COLETÂNEA DA ATIVIDADE NEGOCIAL

André Lemos Jorge
Manoel de Queiroz Pereira Calças
Newton De Lucca
Ricardo Villas Bôas Cueva
Renata Mota Maciel
(*Organizadores*)

UNINOVE

Universidade Nove de Julho – UNINOVE
Rua Vergueiro, 235/249 – 12º andar
CEP: 01504-001 – Liberdade – São Paulo, SP – Brasil
Tel.: (11) 3385-9191 – editora@uninove.br

André Lemos Jorge
Manoel de Queiroz Pereira Calças
Newton De Lucca
Ricardo Villas Bôas Cueva
Renata Mota Maciel
Organizadores

COLETÂNEA DA ATIVIDADE NEGOCIAL

São Paulo
2019

UNINOVE

© 2019 UNINOVE Todos os direitos reservados. A reprodução desta publicação, no todo ou em parte, constitui violação do copyright (Lei nº 9.610/98). Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer meio, sem a prévia autorização da UNINOVE.

Conselho Editorial: Eduardo Storópoli
Maria Cristina Barbosa Storópoli
Nadir da Silva Basílio
Cristiane dos Santos Monteiro

Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores

Capa: Big Time Serviços Editoriais
Diagramação: Big Time Serviços Editoriais
Revisão: Antonio Marcos Cavalheiro

Catalogação na Publicação (CIP)
Cristiane dos Santos Monteiro – CRB/8 7474

Coletânea da atividade negocial / organizadores: André Guilherme Lemos Jorge et al. – São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2018. 596 p.

ISBN: 978-85-89852-91-3 (e-book)

1. Direito empresarial 2. Sociedades comerciais – legislação
I. Organizadores II. Título

CDU 347.7

Sumário

I. Atividade negocial (introdução à obra) 13
Newton De Lucca

II. Princípios da ordem econômica e empresa..... 18
Eros Roberto Grau

III. Empresa e direitos humanos 24
Marcelo Benacchio

IV. Direito ambiental e empresa 29
Celso Antonio Pacheco Fiorillo

V. Regulação econômica e seu contributo para a promoção do desenvolvimento sustentável 36
Gina Vidal Marcílio Pompeu
Andreia Maria Santiago

VI. Os futuros da empresa 49
João Maurício Adeodato

VII. Empresas de pequeno porte: papel social e disciplina jurídica..... 56
Gabriel Benedito Issaac Chalita
Wilson Levy

VIII. Teoria da empresa 61
Fábio Ulhoa Coelho

IX. Empresário I (da caracterização e da inscrição) 65
Marcelo Guedes Nunes

X. Empresário II (da capacidade) 70
Antônio Augusto de Souza Coelho

XI. O empresário rural..... 77
Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira e Silva

XII. Do registro público de empresas 84
Armando Rovai
Paulo Sérgio Nogueira Salles Júnior

XIII. O estabelecimento empresarial 90
Marcelo Andrade Féres

XIV. Nome empresarial 96
Maitê Cecilia Fabbri Moro

XV. Limitação de responsabilidade 103
Felipe Chiarello de Souza Pinto

XVI. Desconsideração da personalidade jurídica 108
Leonardo Parentoni
Érico Andrade

XVII. Empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI 119
Wilges Bruscato

XVIII. Sociedade em conta de participação 127
Luis Felipe Spinelli
João Pedro Scalzilli

XIX. Sociedade simples 134
Antonio Carlos Cedenho

XX. Da sociedade em nome coletivo 142
Rosemarie Adalardo Filardi

XXI. Sociedade limitada I (disposições preliminares, quotas, administração e conselho fiscal) 146
Manoel de Queiroz Pereira Calças

XXII. Sociedade limitada II: resolução da sociedade em relação a sócios minoritários, dissolução e liquidação 151
Marcus Elidius Michelli de Almeida

XXIII. Sociedade Anônima I 156
Guilherme Amorim Campos da Silva

XXIV. Sociedade anônima II: (assembleia de acionistas, direito de voto e conflito de interesses 164
Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França

XXV. Sociedade anônima III (direito de retirada, dissolução, liquidação e extinção) 172
Luis Felipe Bedendi

XXVI. Capital social 176
Paulo de Tarso da Cruz Domingues

XXVII. Poder de controle e alienação de controle 182
Gabriel Saad Kik Buschinelli

XXVIII. Valores mobiliários e o mercado de capitais 188
Márcio Ferro Catapani

XXIX. Aspectos jurídicos importantes acerca dos ilícitos do mercado de capitais 194
Ilene Patrícia de Noronha Najjarian

XXX. *Insider trading* – o uso de informações privilegiadas no mercado de capitais 198
José Marcelo Martins Proença

XXXI. *Compliance*, corrupção e empresa 205
Fabiano Augusto Martins Silveira

XXXII. Governança Corporativa e *Compliance* 213
Renata Weingrill Lancellotti

XXXIII. Ética empresarial 221
José Renato Nalini

XXXIV. Grupos de Sociedades – Grupos de Fato e de Direito ... 228
Maria Isabel Fontana

XXXV. Consórcios de empresas 234
Luciana Temer

XXXVI. Empresa estatal 237
Gilberto Bercovici

XXXVII. Empresas públicas 244
André Guilherme Lemos Jorge

XXXVIII. Sociedade de economia mista 249
José Fernando Vidal de Souza

XXXIX. Empresas controladas pelo poder público 262
Sérgio Antônio Ferreira Victor
Antônio Pedro Machado

XL. A Sociedade em comandita por ações 268
Jarbas Andrade Machioni

XLI. Sociedades cooperativas 279
Emanuelle Urbano Maffioletti
Camila Yano Sato

XLII. Sociedades coligadas 285
Gustavo Saad Diniz

XLIII. Arbitragem em fusões e aquisições 292
Thomas Law

XLIV. Sociedade dependente de autorização 298
Marcus Vinicius Furtado Coêlho

XLV. Função econômica da empresa 303
Karim Regina Nascimento Possato
Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques

XLVI. Sociedade Estrangeira 308
Luís Inácio Lucena Adams
Giuseppe Giamundo Neto

XLVII. Escrituração empresarial 311
Joice Ruiz Bernier

XLVIII. Direito das empresas em crise 315
Paulo Fernando Campos Salles de Toledo

XLIX. Preservação da empresa 320
Adriana Valéria Pugliesi

L. Falência (noções gerais) 327
Manoel Justino Bezerra Filho

LI. Competência e universalidade do juízo concursal 332
Renata Mota Maciel

LII. O Administrador Judicial: atribuições, eficiência, ética e celeridade na condução dos trabalhos 337
Adriana Lucena

LIII. O deferimento da recuperação judicial 344
Marcos Andrey de Sousa

LIV. Aspectos gerais do Plano de Recuperação Judicial 349
Francisco Satiro de Souza Júnior

LV. Financiamento da empresa em crise 353
Leonardo Adriano Ribeiro Dias

LVI. A assembleia de credores e o direito de voto 359
Carolina Mansur da Cunha de Grandis

LVII. Concessão da recuperação judicial e convolação da recuperação judicial em falência 366
Marcelo Barbosa Sacramone

LVIII. Papel dos credores na recuperação judicial 371
Sheila C. Neder Cerezetti

LIX. Encerramento da recuperação judicial 379
Paulo Furtado de Oliveira Filho

LX. Recuperação judicial da pequena empresa 384
Ivan Vitale Junior

LXI. Pedido de falência e decretação 390
Bruno Oliveira Castro

LXII. Efeitos da falência sobre os bens, obrigações e ao falido 395
João Pedro Scalzilli
Luis Felipe Spinelli
Rodrigo Tellechea

LXIII. Extensão dos efeitos da falência 403
Fernando Netto Boiteux

LXIV. Classificação de créditos na falência 409
Eduardo Azuma Nishi

LXV. Da ineficácia e da revogação de atos praticados antes da falência 416
Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos

LXVI. Encerramento da falência e extinção das obrigações do falido 422
Márcio Souza Guimarães

LXVII. Contrato de distribuição 429
Paula A. Forgioni

LXVIII. Arrendamento mercantil 436
Ivo Waisberg

LXIX. *Franchising* 443
Adalberto Simão Filho

LXX. A faturização (*factoring*) 450
Miguel Pestana de Vasconcelos

LXXI. Contrato de seguro 457
Ernesto Tzirulnik

LXXII. Contrato de locação comercial 465
Maria Rita Rebello Pinho Dias

LXXIII. Criptomoedas 491
Cíntia Rosa Pereira de Lima
Kelvin Peroli

LXXIV. Contratos híbridos 498
Rodrigo Octávio Broglia Mendes

LXXV. Títulos de crédito 504
Leonardo Miessa De Micheli

LXXVI. Títulos de crédito eletrônicos 511
Reinaldo Velloso dos Santos

LXXVII. Sistema brasileiro de defesa da concorrência 517
Vinicius Marques de Carvalho

LXXVIII. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE 522
Ricardo Villas Bôas Cueva

LXXIX. A centenária regra da razão nos tempos modernos 525
Paula Farani de Azevedo Silveira
Bruno Droghetti Magalhães Santos

LXXX. Atos de concentração 533
Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo

LXXXI. A concorrência desleal em licitações e o papel do tribunal de contas da união 540
Bruno Dantas

LXXXII. Propriedade industrial 543
Balmes Vega Garcia

LXXXIII. Propriedade intelectual 553
Silmara J. A. Chinellato

LXXXIV. Um panorama da arbitragem tributária no Brasil: vantagens e desafios 559
Renato de Toledo Piza Ferraz

LXXXV. Consórcios públicos 565
João Antonio da Silva Filho
Filippe Soares Lizardo

Autores 570

I. Atividade negocial (introdução à obra)

Newton De Lucca

Discorrer sobre a chamada atividade negocial é, indubitavelmente, prestar uma justa homenagem à memória do saudoso professor Sylvio Marcondes. Fora ele quem, na Exposição de Motivos do então Projeto de Código Civil, que se converteu na Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (atual Código Civil brasileiro, em vigor desde 11 de janeiro de 2003), haveria de esclarecer, de forma lapidar: "Do corpo do Direito das Obrigações se desdobra, sem solução de continuidade, a disciplina da Atividade Negocial. Naquele se regram os negócios jurídicos; nesta se ordena a atividade enquanto se estrutura para exercício habitual de negócios. Uma das formas dessa organização é representada pela empresa, quando tem por escopo a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Apesar, porém, da relevância reconhecida à atividade empresarial, esta não abrange outras formas habituais de atividade negocial, cujas peculiaridades o Anteprojeto teve o cuidado de preservar, como se dá nos casos: 1) Do pequeno empresário, caracterizado pela natureza artesanal da atividade, ou a predominância do trabalho próprio, ou de familiares, em relação ao capital; 2) Dos que exercem profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística, ainda que se organizem para tal fim; 3) Do empresário rural, ao qual, porém, se faculta a inscrição no Registro das Empresas, para se subordinar às normas que regem a atividade empresária como tal; 4) Da sociedade simples, cujo escopo é a realização de operações econômicas de natureza não empresarial. Como tal, não se vincula ao Registro das Empresas, mas sim ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Note-se, outrossim, que uma atividade de fins econômicos, mas não empresária, não se subordina às normas relativas ao 'empresário', ainda que se constitua segundo uma das formas previstas para a 'sociedade empresária', salvo de por ações. Como se depreende do exposto, na empresa, no sentido jurídico deste termo, reúnem-se e compõem-se três fatores, em unidade indecomponível: a habitualidade no exercício de negócios que visem à produção ou à circulação de bens ou de serviços; o escopo de lucro ou o resultado econômico; a organiza-

ção ou estrutura estável dessa atividade. Não será demais advertir, para dissipar dúvidas e ter-se melhor entendimento da matéria, que, na sistemática do Anteprojeto, empresa e estabelecimento são dois conceitos diversos, embora essencialmente vinculados, distinguindo-se ambos do empresário ou sociedade empresária que são os 'titulares da empresa'. Em linhas gerais, pode dizer-se que a empresa é, consoante acepção dominante na doutrina, a 'unidade econômica da produção', ou 'a atividade econômica unitariamente estruturada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços'. A empresa, desse modo conceituada, abrange, para a consecução de seus fins, um ou mais 'estabelecimentos', os quais são complexos de bens ou 'bens coletivos' que se caracterizam por sua unidade de destinação, podendo, de per si, ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos. Dessarte, o tormentoso e jamais claramente determinado conceito de 'ato de comércio' é substituído pelo de empresa, assim como a categoria de 'fundo de comércio' cede lugar à de 'estabelecimento'. Consoante a justa ponderação de René Savatier, a noção de 'fundo de comércio' é uma concepção jurídica envelhecida e superada, substituída com vantagem pelo conceito de estabelecimento, 'que é o corpo de um organismo vivo', 'todo conjunto patrimonial organicamente grupado para a produção' (La Théorie des Obligations, Paris, 1967, p. 124). Disciplina especial recebem, no Projeto, os 'titulares da empresa', que podem ser tanto uma pessoa física (empresário) como uma pessoa jurídica (a sociedade empresária). Fixados esses pressupostos para a disciplina de todos os tipos de sociedade, fica superada de vez a categoria imprópria, ora vigente, de 'sociedade civil de fins econômicos', pois, no âmbito do Código Civil unificado, são civis tanto as associações como as sociedades, qualquer que seja a forma destas. Distinguem-se apenas as sociedades em simples ou empresárias, de conformidade com o objetivo econômico que tenham em vista e o modo de seu exercício".

Repita-se, pois, à exaustão, a didática frase do eminente professor: Apesar, porém, da relevância reconhecida à atividade empresarial, esta não abrange outras formas habituais de atividade negocial. Como venho repetindo, insistentemente – embora sem grande êxito, é verdade –, as considerações da Exposição de Motivos retro transcritas são absolutamente fundamentais para a adequada compreensão do significado do Livro II do Código Civil, relativo ao Direito de Empresa.

Em primeiro lugar, servem elas para salientar o reconhecimento da extrema importância da empresa no contexto da ordem econômica. De outro lado, porém –, e, aqui, evidencia-se a impropriedade da substituição da expressão atividade negocial por atividade empresarial –, o Código deixa claro que o notório relevo da atividade empresarial não é de molde a esgotar todo o fenômeno da atividade negocial, compreendendo este, além da organização empresarial para a produção ou circulação de bens ou de serviços, também a atividade exercida pelas figuras do pequeno empresário, dos que exercem profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística, do empresário rural e, finalmente, da sociedade simples. Não se desconhece, evidentemente, que as quatro exceções apontadas não se separam, ontologicamente, da atividade empresarial propriamente dita. O pequeno empresário – que se caracteriza, quer pela natureza artesanal de seu negócio, quer pela predominância de trabalho próprio ou de seus familiares – não deixa de exercer, igualmente, uma atividade organizada para a produção de bens ou de serviços e, por isso mesmo, de ser considerado um empresário, ainda que pequeno... O mesmo se diga em relação aos que exercem profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística. Embora afastados, em princípio, da caracterização como empresários – ainda que organizados para o desempenho de sua atividade estejam –, serão também tidos por empresários se o exercício de sua profissão constituir elemento de empresa, como diz o parágrafo único, *in fine*, do art. 966 do Código Civil. Bastante similar, igualmente, a situação dos que se dedicam à atividade rural, sempre concebida como algo inteiramente *a latere* da atividade tipicamente empresarial. Faculta-lhes o Código, agora, consoante a disposição expressa do art. 971, o requerimento de sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, tornando-se equiparados, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro, convolando-se em empresários rurais. E, por fim, no que se refere às sociedades simples – quarto e último caso em que haveria atividade negocial e não empresarial propriamente dita –, embora claro que o seu propósito seja a prática de operações econômicas de natureza não empresarial, não se vinculando, por isso mesmo, ao Registro das Empresas e sim ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, não deixa de reconhecer o Código, em certo sentido, que elas também exercem uma atividade econômica organizada, tanto assim que a elas foram destinados mais de quarenta dispositivos (arts. 997 a 1.038), resulta-

do da coordenação dos preceitos gerais das sociedades, tanto do Código Comercial quanto do Código Civil, estruturando-se, em consequência, como bem salientado pelo Professor Sylvio Marcondes (Problemas de direito mercantil, São Paulo, Max Limonad, 1970, p. 147 e, igualmente, na Exposição de Motivos complementar do Anteprojeto, retro aludida) como "um compartimento comum, de portas abertas para receber e dar solução às apontadas questões".

Insista-se, pois, em afirmar que, conquanto destacadas como quatro exceções da atividade empresarial propriamente dita – pequeno empresário, exercício de profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística, empresário rural e sociedade simples –, tais atividades jamais poderiam ser consideradas, cientificamente falando, como distintas da atividade empresarial, como terá ficado claro. Tal como sucedeu, no passado, na distinção entre o que era civil e o que era mercantil, reedita-se um critério semelhante, de natureza puramente empírica...

Prosseguindo-se na análise das considerações da Exposição de Motivos feita pelo professor Sylvio Marcondes – fundamentais, como se disse, para a adequada compreensão do Livro II –, foi dito que elas terão servido, em primeiro lugar, para pôr em realce a assinalada importância da empresa no contexto da ordem econômica. Ao lado disso, conforme terá ficado claro, reconheceu-se o relevo daquelas atividades que, embora não tipicamente empresariais, em sentido estrito – mas sim, negociais, em denotação mais ampla –, pudessem desfrutar, conforme o caso, tanto de uma disciplina específica de sua atividade como, igualmente, daquela com que se contempla a figura do empresário, permitindo-se-lhes a opção por um ou outro regime.

Não apenas para tal *desideratum*, porém, serviram as explicações da Exposição de Motivos. Destaque-se, em segundo lugar, o esforço para precisar os três fatores – componentes e indecomponíveis – do núcleo da atividade empresarial: a sua habitualidade, a finalidade lucrativa ou de um resultado econômico e a sua organização estável. E, em terceiro, foram aquelas considerações igualmente importantes no esclarecimento da necessária distinção conceitual entre a empresa e o estabelecimento, pondo-se em destaque, por via oblíqua, os ensinamentos do grande mestre Waldemar Ferreira a respeito dos três conceitos que reinam sobre a matéria: empresário, empresa e estabelecimento.

Utilizou-se esse grande comercialista pátrio da conhecida figura geométrica dos três círculos concêntricos, conforme se recorda, colocando no círculo menor o estabelecimento, englobado pelo segundo círculo maior da empresa e ambos pelo círculo maior de todos, correspondente ao empresário (Instituições de direito comercial, São Paulo, 1952, v. 2, p. 45 e s.).

Fica, assim, ainda que apenas palidamente entrevista, a ideia de atividade negocial que norteou todo o atual Livro II do Código Civil, relativo ao Direito de Empresa, concebida e desenvolvida pelo grande jurista que foi o professor Sylvio Marcondes.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito comercial*. São Paulo: s. n., 1952, v. 2.

MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970.

SAVATIER, René. *La Théorie des Obligations*. Paris: s. n., 1967.

II. Princípios da ordem econômica e empresa

Eros Roberto Grau

O artigo 170 da Constituição do Brasil estabelece que *a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios*.

O vocábulo *princípios* não é, nesse preceito, expressivo de *princípios normativos*, mas de *parâmetros*. *Parâmetros* no quadro dos quais há de ser alcançado o objetivo de assegurar-se a todos existência digna.

Dizendo-o de outro modo, a existência digna – conforme os ditames da justiça social – será assegurada no quadro de tais *parâmetros*. A expressão *ordem econômica* no texto do artigo 170 diz com o *mundo do ser*, não com o *dever ser*, sentido sob o qual aparece no texto do § 5º do artigo 173.

Daí a afirmação de que, no quadro da nossa Constituição, a empresa há de atuar e a atividade empresarial há de ser empreendida em coerência com e nos limites dos *parâmetros* I – da soberania nacional; II – da propriedade privada; III – da função social da propriedade; IV – da livre concorrência; V – da defesa do consumidor; VI – da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – da redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – da busca do pleno emprego; e IX – do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Esses *parâmetros* se desdobram em *regras* e – em sentido amplo – em *princípios* que hão de ser observados nas e pelas condutas das empresas, no desempenho de suas atividades. *Parâmetros* no quadro dos quais, repita-se, há de ser alcançado o objetivo de assegurar-se a todos existência digna.

O que mais importa considerarmos no quadro desses *parâmetros*, em relação a elas, empresas, encontra-se nas afirmações da livre concorrência e da defesa do consumidor e do meio ambiente, temas a respeito dos quais são farta e extremamente expressivas nossa doutrina e jurisprudência.

Lembre-se que o direito é *prescritivo*. Não descreve situações ou fatos senão para a eles atribuir consequências jurídicas. O texto do artigo 170 não afirma que a ordem econômica *está* fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e *tem* por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, senão que ela *deve estar* – vale dizer, *tem de necessariamente estar* – fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e *deve ter* – vale dizer, *tem de necessariamente ter* – por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. A perfeita compreensão dessa obviedade é essencial na medida em que informará a plena compreensão de que qualquer prática econômica (*mundo do ser*) incompatível com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, será adversa à ordem constitucional. Será, pois, inconstitucional. São constitucionalmente inadmissíveis quaisquer condutas adversas ao disposto no artigo 170 da Constituição.

No seu art. 1º, IV, a Constituição de 1988 enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o *valor social da livre iniciativa*; de outra parte, no art. 170, *caput*, afirma dever estar a ordem econômica fundada na *livre iniciativa*; e, mais, neste mesmo art. 170, IV, refere como um dos princípios da ordem econômica a *livre concorrência*. Enunciado no art. 1º, IV e afirmação no art. 170, *caput*, consubstanciam *princípios políticos constitucionalmente conformadores*; *livre concorrência*, no art. 170, IV, constitui *princípio constitucional impositivo*. No que tange ao primeiro dos princípios ora sob consideração, cumpre verificarmos como e em que termos se dá a sua enunciação no texto. E isso porque, ao que tudo indica, as leituras que têm sido feitas do inciso IV do art. 1º são desenvolvidas como se possível destacarmos de um lado "os valores sociais do trabalho", de outro a "livre iniciativa", simplesmente. Não é isso, no entanto, o que exprime o preceito. Este enuncia, como fundamentos da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho e o *valor social da livre iniciativa*. Isso significa que a *livre iniciativa* não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do

Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso.

Já no art. 170, *caput*, afirma-se que a ordem econômica deve estar fundada na *valorização do trabalho humano* e na *livre iniciativa*. Note-se, assim, que esta última é então tomada singelamente e aquele – o trabalho humano – é consagrado como objeto a ser valorizado. *Livre iniciativa* é termo de conceito extremamente amplo. Não obstante, a inserção da expressão no art. 170, *caput*, tem conduzido à conclusão, restrita, de que toda a *livre iniciativa* se esgota na *liberdade econômica* ou *de iniciativa econômica*. Dela – da *livre iniciativa* – se deve dizer, inicialmente, que expressa desdobramento da *liberdade*. Considerada desde a perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder quanto como reivindicação por melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade social e econômica), podemos descrever a liberdade como *sensibilidade* e *acessibilidade* a alternativas de conduta e de resultado. Pois não se pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí a *sensibilidade*; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonegado – aí a *acessibilidade*. Examinada, por outro lado, desde a perspectiva institucional, teremos que o traço constitutivo e diferencial da liberdade, modernamente é o seu caráter jurídico. Existem como tais, as liberdades, mundanizadas e laicizadas, enquanto objeto de reconhecimento jurídico e sistematização positiva. Vale dizer: o perfil da liberdade – ou os perfis das liberdades, que ela se decompõe em inúmeras espécies: liberdade política, econômica, intelectual, artística, de ensino, de palavra, de ação etc. – é o definido pela ordem jurídica. Entre nós, no plano da Constituição de 1988, a liberdade é consagrada, principiologicamente, como fundamento da República Federativa do Brasil e como fundamento da ordem econômica[1]. Ao princípio, dá concreção, a própria Constituição, nas regras (normas) inscritas, *v.g.*, no seu art. 5º – incisos II, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XX – e 206, II. Vê-se para logo, destarte, que se não pode reduzir a *livre iniciativa*, qual consagrada no art. 1º, IV do texto constitucional, meramente à feição que assume como *liberdade econômica* ou *liberdade de iniciativa econômica*.

[1] Ademais, o art. 3º define como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma *sociedade livre*.

Uma das faces da *livre iniciativa* se expõe como *liberdade econômica* ou *liberdade de iniciativa econômica*, cujo titular é a empresa. O princípio da liberdade de iniciativa econômica – originariamente postulado no édito de Turgot, de 9 de fevereiro de 1776 – inscreve-se plenamente no decreto d'Allarde, de 2-17 de março de 1791, cujo art. 7º determinava que, a partir de 1º de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo contudo ela obrigada a se munir previamente de uma *patente*, a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis. Meses após, na chamada Lei Le Chapelier – decreto de 14-17 de junho de 1791 –, que proíbiu todas as espécies de corporações, o princípio foi reiterado. Vê-se para logo, nestas condições, que nem mesmo em sua origem consagrava-se a liberdade absoluta de iniciativa econômica. Vale dizer: a visão de um Estado inteiramente omisso, no liberalismo, em relação à iniciativa econômica privada, é expressão pura e exclusiva de um tipo ideal. Pois medidas de polícia já eram, nesse estágio, quando o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e contra as corporações, a eles impostas.

Inúmeros sentidos podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos: a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública; b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.

A *livre iniciativa* é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. A Constituição, ao contemplar a *livre iniciativa*, a ela só opõe, ainda que não a exclua, a "iniciativa do Estado"; não a privilegia como bem pertinente apenas à empresa. Pois a *livre ini-*

ciativa é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho. Daí por que o art. 1º, IV do texto constitucional – de um lado – enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o *valor social* e não as virtualidades individuais da livre iniciativa e – de outro – o seu art. 170, *caput,* coloca lado a lado *trabalho humano* e *livre iniciativa*. De mais a mais, assim como a liberdade contratual não é adversa ao modo de produção socialista, também não o é a *livre iniciativa* como aqui concebida. A liberdade, amplamente considerada, liberdade real, material, é um atributo inalienável do homem, desde que se o conceba inserido no todo social e não exclusivamente em sua individualidade (o homem social, associado aos homens e não o homem inimigo do homem). A *liberdade de iniciativa* é um dos desdobramentos da liberdade. E, porque assim é não está jungida, enquanto *liberdade de iniciativa econômica*, à *propriedade*. Nem a toma, a Constituição, como *direito fundamental*, entre aqueles inscritos no seu Título III. Não se trata, pois, no texto constitucional, de atributo conferido ao capital ou ao capitalista, porém à empresa.

A ponderação das observações enunciadas a propósito do valor social do trabalho e do valor social da livre iniciativa permite-nos alinhar às verificações seguintes. São fundamentos da República, isto é, do Brasil, entre outros, o *valor social do trabalho* e o *valor social da livre iniciativa*. A ordem econômica (mundo do ser) deve estar fundada na *valorização do trabalho humano* e na *livre iniciativa* – a Constituição consagra, aí, *valorização do trabalho humano* e *livre iniciativa*, simplesmente. A *livre iniciativa*, ademais, é tomada no quanto expressa de socialmente valioso; por isso não pode ser reduzida, meramente, à feição que assume como *liberdade econômica* empresarial (isto é, da empresa, expressão do dinamismo dos bens de produção); pela mesma razão não se pode nela, *livre iniciativa*, visualizar tão somente, apenas, uma afirmação do capitalismo. Assim, *livre iniciativa* é expressão de liberdade titulada não apenas pelo capital, mas também pelo trabalho.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

AGESTA, Luis Sánchez (coord.). *Constitución y Economía:* la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales. Madrid: Centro de Estudios y Comunicación Econõmica, 1977.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador:* contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952.

DIMOULIS, Dimitri. Fundamentação constitucional dos processos econômicos: reflexões sobre o papel econômico do direito. *In* SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri & MINHOTO, Laurindo Dias. *Direito social, regulação econômica e crise do estado.* Rio de Janeiro: Revan, 2006, pp. 77-152.

IRTI, Natalino, *L'ordine giuridico del mercato*. 4. ed. Roma/Bari: Laterza, 2001.

MANITAKIS, Antonis. *La liberté du commerce et de l'industrie*. Bruxelas: Bruylant, 1979.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da constituição econômica.* Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

VENÂNCIO Filho, Alberto, *A Intervenção do estado no domínio econômico:* o direito público econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1968.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Estimativa y política constitucionales (los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español).* Madrid: Sección de Publicaciones – Facultad de Derecho (Universidad Complutense de Madrid), 1984.

Jurisprudência (STF)

Em relação ao caráter não absoluto da livre iniciativa e à regulamentação do mercado, veja-se, da jurisprudência do STF, as ADIs nº 1.950/SP, DJ de 02-06-2006, e nº 3.512/ES, DJ de 23-06-2006, e o RE nº 349.686/PE, DJ de 05-08-2005.

III. Empresa e direitos humanos

Marcelo Benacchio

Regulação estatal e atividade econômica no mercado globalizado

O Estado moderno recebe da monarquia, que perece com a Revolução Francesa, os monopólios da tributação e da força, o que é implementado pela função da produção do direito e garantia da segurança (GRAU, 2018).

No século XIX e no início do século XX, o Estado ordena as imperfeições do liberalismo, especialmente os monopólios que afetam a livre concorrência, e se firma como centro de produção legislativa enquanto emanação de sua soberania.

Fernando Herren Aguillar refere esse momento nos seguintes termos:

> A consolidação do Estado Nacional acentuou o valor das ideias de território e de soberania. Do ponto de vista prático, significava que cada país buscava decidir de forma individualista suas próprias políticas econômicas e sociais e protegia econômica e militarmente suas fronteiras. A soberania interna significava a superioridade do poder estatal em face de todos os cidadãos e de grupos de cidadãos ou de sociedades dentro do território nacional. A soberania externa representava a insubmissão nacional a qualquer ingerência externa, exceto quando escolhia livremente obrigar-se a tanto. (2006, p. 43)

No final do século XX, o Estado-nação que fora o centro do poder político e, econômico em grande parte, passa a ser incapaz de sua atuação soberana tradicional em virtude da globalização econômica, a qual torna difícil, senão impossível, o controle das ações das empresas e indivíduos num mercado globalizado com problemas de comércio, capital e meio ambiente (STIGLITZ, 2007, p. 84-6).

Ainda que as pessoas vivam em espaços situados na soberania de seus países e comunidades, passam a integrar uma comunidade mundial, ca-

racterizada pela revolução (não mera evolução) dos meios de comunicação e da sociedade da informação.

A forma de atendimento das necessidades das pessoas nas economias capitalistas impõe intensa relação comercial com outros centros de produção, interligando todo o planeta por meio da globalização econômica.

O mercado globalizado implica na inviabilidade do modelo de soberania do Estado-nação para regulação de seus problemas internos que perde sua exclusividade para regulação da sociedade por meio das tradicionais estruturas institucionais políticas e jurídicas.

O Estado-nação não perde seus órgãos institucionais, entretanto, são "relativizados alguns dos instrumentos básicos que caracterizam sua ação nas últimas décadas, como a "gestão normalizadora" dos mercados; a intervenção nas negociações entre capital e trabalho" (FARIA, 2004, p. 37).

A regressão do Estado de Bem-Estar social depois da queda do muro de Berlim em 1989 e o fim da guerra em fria, redundaram na formação de um mercado global cuja regulação escapa aos Estados nacionais, que passam a ter dificuldade na proteção de direitos trabalhistas e do meio ambiente.

A globalização econômica é ditada pelas empresas transnacionais, que se fracionam por diversos países na busca dos menores custos, com comando central na busca do atendimento dos interesses de seus acionistas.

O direito estatal é substituído em parte por uma nova *lex mercatoria* enquanto ordenação jurídica criada pelas empresas transnacionais por meio de contratos, caracterizada como não democrática e tecnocrática, imposta pelo exercício do poder privado (GALGANO, 2005, p. 74).

Desse modo, o Estado não tem plenas condições de regular a atividade econômica no espaço de sua soberania por força da globalização econômica que impõe outras fontes de regulação por entes privados.

Como a atividade econômica é exercida em grau mundial, não é possível a total regulação da atividade das empresas em virtude de sua conexão com o mercado internacional e globalizado.

Os Estados em desenvolvimento passam a não dispor de instrumentos políticos e normativos para o controle da atividade empresarial transnacional, sobretudo em razão do apoio que as empresas transnacionais recebem dos países ricos, o que acaba por constituir uma "armadura jurídica

difícil de romper unicamente desde la perspectiva del Estado-nación". (ZUBIZARRETA, 2015, p. 99).

Empresa e direitos humanos

A empresa na economia atual participa e se relaciona com terceiros por meio de contratos, assim, a aquisição de insumos, a produção, distribuição e venda de produtos e serviços envolve uma série de contratos realizados no mercado.

Essas trocas econômicas decorrentes da atividade empresarial normalmente não coincidem com o espaço das soberanias, assim, um mercado abarca vários países, daí a dificuldade no controle da atuação empresarial no âmbito dos países, notadamente, os mais pobres ou periféricos (IRTI, 2004).

A empresa, portanto, é compreendida pelas relações jurídicas geradas no exercício de sua atividade e, igualmente, os critérios utilizados para atribuição de responsabilidade em decorrência dos direitos, obrigações e deveres decorrentes de sua atuação no mercado. (FORGIONI, 2009, p. 127-28).

Na atual ordem econômica e social, o progresso e atendimento das necessidades humanas passam a depender do adequado funcionamento do mercado e da equânime distribuição das riquezas geradas. (BENACCHIO, 2011).

Assim, o anseio das pessoas por mais renda ou riqueza, como destaca Amartya Sen (2005), não ocorre "porque elas sejam desejáveis por si mesmas, mas porque são meios admiráveis para temos mais liberdade para levar o tipo de vida que temos razão para valorizar".

Entre muitos exemplos de violação de direitos pelas empresas, recorde-se do desastre ocorrido em nosso país, na cidade de Brumadinho, em Minas Gerais, no dia 25 de janeiro de 2019, consistente no rompimento da barragem situada no Córrego do Feijão, destinada à deposição de 11,7 milhões de metros cúbicos de rejeitos.

O acidente decorreu das atividades empresariais exercidas pela Companhia Vale S/A, empresa brasileira com atividade transnacional, maior produtora de minério de ferro e de níquel do mundo.

Os danos ambientais irreparáveis, o prejuízo às condições de vida das pessoas da localidade e a perda de duzentos e cinquenta vidas decorren-

tes da catástrofe ambiental, afastam qualquer racionalização ou continuação dessas atividades na compreensão do lucro e poder econômico acima de qualquer outro valor. Cabe destacar o médio impacto dos danos frente ao patrimônio da Vale S/A.

As dificuldades dos Estados para regular as atividades das empresas decorre da inserção destas na economia globalizada, assim, os direitos humanos são o instituto jurídico mais adequado para o controle e direcionamento da atividade empresarial para realização dos valores humanos.

Essa é a compreensão do Capitalismo Humanista ao defender a atividade empresarial enquanto meio de efetivação dos direitos humanos em todas as suas dimensões (SAYEG, 2011).

A aplicação dos direitos humanos para a regulação da atividade empresarial também encontra previsão no âmbito das Nações Unidas por força dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU em 2011 e adotado pelo Brasil.

Os pilares fundamentais dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos estabelece a obrigação dos Estados em "proteger, respeitar e reparar" os direitos humanos no espaço de suas soberanias.

A compreensão envolve a eficácia horizontal dos direitos humanos entre particulares, competindo ao Estado a obrigação de proteção dos direitos das pessoas e comunidades por quanto a eventuais violações praticadas pelas empresas.

A segunda vertente encerra o dever das empresas em respeitar os direitos humanos reconhecidos no plano nacional e internacional. Assim, as empresas devem adotar medidas efetivas em sua estrutura organizacional para prevenir e impedir violação dos direitos humanos com suas atividades.

A obrigação de reparar trata do acesso a meios estatais e não estatais que permitam a reparação integral de violações ocorridas.

Esses princípios se completam e entrelaçam de molde a proporcionar a efetividade dos direitos humanos enquanto meios de regulação das atividades das empresas no mercado interno e externo.

O respeito e a concretização dos direitos humanos pelas empresas é um meio de proteção e realização da dignidade humana em todos os países, bem como nas relações privadas no âmbito internacional.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico*: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

BENACCHIO, Marcelo. A ordem jurídica do mercado na economia globalizada. In: LEMOS JORGE, ANDRÉ Guilherme; ADEODATO, João Maurício; DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira (org.). *Direito empresarial*: estruturas e regulação. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2018.

BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da.; MEZZAROBA, Orides (coord.). *Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARRASCO, Carmen Márquez; TESÓN, Inmaculada Vivas (coord.). *La implementación de los principios rectores de las naciones unidas sobre empresas y derechos humanos por la unión europea y sus estados miembros*. Navarra: Aranzi, 2017.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto. Bologna*: Il Mulino, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2018.

IRTI, Natalino. *L´ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 2004.

LIESA, Carlos R. Fernández; DÍAZ, Eugenia López-Jacoiste. *Empresas y derechos humanos*. Navarra: Aranzi, 2018.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista*. Petrópolis: KBR, 2011.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

STIGLITZ, Joseph E. *Globalização com dar certo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ZUBIZARRETA, Juan Hernández; RAMIRO, Pedro. *Contra la lex mercatoria*. Barcelona: Icaria, 2015.

IV. Direito ambiental e empresa

Celso Antonio Pacheco Fiorillo

Tipo de "instituição econômica que gerada embrionariamente no bojo da Revolução Industrial[1], ampliou-se desmedidamente até dominar o panorama da economia atual" [2–3–4], conforme lição fundamental

[1] "Expressão surgida nos anos 1820 para designar uma ruptura nas formas tradicionais de produção. Por extensão, aplicou-se ao grande crescimento econômico resultante de inovações técnicas que alteraram radicalmente os métodos de trabalho. Embora o termo *revolução* evoque uma mudança rápida e profunda, a industrialização foi muitas vezes um processo lento, que coexistiu com modos de vida e de produção tradicionais. A Inglaterra, a partir dos anos 1780,foi o primeiro país a entrar na era industrial".

Vide Enders, Armelle Ferreira, Marieta de Moraes e Franco, Renato História em Curso Da antiguidade à Globalização 1ª edição São Paulo: Editora do Brasil; Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 20008.

[2] Usada na Grécia Antiga para indicar a administração da casa, do patrimônio particular, como lembra Sandroni, a economia, como ciência que estuda a atividade produtiva "focaliza estritamente os problemas referentes ao uso mais eficiente de recursos materiais escassos para a produção de bens; estuda as variações e combinações na alocação dos fatores de produção (terra, capital, trabalho, tecnologia), na distribuição de renda, na oferta e procura e nos preços das mercadorias. Sua preocupação fundamental refere-se aos aspectos mensuráveis da atividade produtiva, recorrendo para isso aos conhecimentos matemáticos, estatísticos e econométricos".

Vide Sandroni, Paulo Novíssimo Dicionário de Economia São Paulo: Best Seller, 1999.

[3] Classificada em 2017 como a oitava maior economia do mundo, com um produto interno bruto (PIB) de 6,559 trilhões de reais, ou 2,080 trilhões de dólares estadunidenses nominais, de acordo com estimativas do Fundo Monetário Internacional (FMI), a economia brasileira é também a segunda maior do continente americano, atrás apenas da economia dos Estados Unidos.

[4] O BNDES apresentou trabalho que teve como objetivo apresentar um panorama atual sobre a economia brasileira, destacando a evolução recente e os principais desafios e, sobretudo, apresentando possíveis cenários de crescimento para o período de 2018 a 2023.

Referido documento indica "uma trajetória para a evolução do produto interno bruto (PIB) na forma de um exercício de consistência que considera a existência, na economia brasileira, de um hiato inicial do produto que iria se fechando progressivamente ao longo do horizonte de referência adotado, até o ano de 2023. A dinâmica do crescimento, em que pese a intensidade da queda observada do PIB no biênio 2015-2016, será afetada pela queda muito mais intensa do investimento nesse mesmo período, que, com a redução adicional observada em 2017, alcançou -27% no acumulado de quatro anos: 2014-2017. Consequentemente, o crescimento do produto potencial previsto para 2018 é de apenas 1,7%. Assim sendo, mesmo com um hiato inicial representando um grau de ociosidade de 4,5% em 2017, o maior crescimento do PIB, com uma taxa inicial prevista em 2,5% para 2018, provocaria um encolhimento gradual do hiato do

de Bulgarelli[5], a empresa "como noção referível à atividade econômica[6] organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado[7],

produto ao longo de seis anos. Considera-se que a formação bruta de capital fixo (FBCF) teria um crescimento de 6% em 2018 e de 7% ao ano nos cinco anos posteriores, de modo que a taxa de investimento em 2023 alcançaria 19,5% do PIB. Isso posto, considera-se um crescimento do PIB compatível com a vigência de um hiato do produto que seja, por hipótese, eliminado até 2023, o que corresponde a um crescimento do PIB a taxas gradualmente crescentes, até alcançar 3,4% em 2023. O cenário adotado contempla um crescimento médio anual, na média dos seis anos entre 2018 e 2023, de 4,3% das exportações reais nas contas nacionais, de 5,7% das importações e de 0,8% do consumo do governo, no contexto de vigência de uma forte restrição fiscal. No cenário adotado, o consumo das famílias, nos seis anos compreendidos entre 2018 e 2023, poderia ter uma expansão real média de 2,8% ao ano. Pode-se concluir que, no período considerado, os números apresentados sugerem que a economia brasileira encontra-se em condições de crescer a um ritmo da ordem de 2,5% a 3,0% sem o surgimento de maiores pressões inflacionárias".

Vide PERSPECTIVAS DEPEC 2018 O CRESCIMENTO DA ECONOMIA BRASILEIRA 2018-2023 documento elaborado por Guilherme Tinoco e Fabio Giambiagi, respectivamente economista e economista chefe do Departamento de Pesquisa Econômica do BNDES Editado pelo Departamento de Comunicação Abril de 2018.

[5] Bulgarelli, Waldírio A Teoria Jurídica da Empresa: análise jurídica da empresarialidade São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

[6] "Ghidini ressalta que a atividade econômica é um conceito técnico-jurídico, não constituindo portanto uma categoria extrajurídica(econômica, por exemplo) já que está identificada pelo Direito.Constitui porém, uma categoria histórica porque o seu conteúdo pode variar através do tempo,ou conforme as disposições do direito positivo.E por atividade econômica deve-se entender uma série, uma pluralidade de atos, seja no sentido de negócios jurídicos estipulados com o fim de obter um resultado querido de produção ou de circulação de bens ou de serviços(por exemplo aquisição de matéria prima,contratos de trabalho) seja no sentido de atos materiais praticados pelo empresário,tendo em vista obter o resultado querido(cf. *Lineamenti del diritto dell'impresa,cita,pp.14 e 16".*

Vide Bulgarelli, Waldírio A Teoria Jurídica da Empresa: análise jurídica da empresarialidade São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985; Ghidini, Mario Lineamenti del Diritto Del'Impresa Milão: Giuffrè; 1978.

[7] Como alerta Sandroni, o termo mercado, em sentido geral "designa um grupo de compradores e vendedores que estão em contato suficientemente próximo para que as trocas entre eles afetem as condições de compra e venda dos demais. Um mercado existe quando compradores que pretendem trocar dinheiro por bens e serviços estão em contato com vendedores desses mesmos bens e serviços. Desse modo, o mercado pode ser entendido como o local, teórico ou não, do encontro regular entre compradores e vendedores de uma determinada economia. Concretamente, ele é formado pelo conjunto de instituições em que são realizadas transações comerciais (feiras, lojas, Bolsas de Valores ou de Mercadorias etc.). Ele se expressa, entretanto, sobretudo na maneira como se organizam as trocas realizadas em determinado universo por indivíduos, empresas e governos. A formação e o desenvolvimento de um mercado pressupõem a existência de um excedente econômico intercambiável e, portanto, de certo grau de divisão e especialização do trabalho".

Vide Sandroni, Paulo Novíssimo Dicionário de Economia São Paulo: Best Seller,1999.

exercida profissionalmente[8]–[9] passou a ter, observando-se a noção antes referida, inequívoco enquadramento em nossa Lei Maior a partir de 1988. Daí Eros Grau advertir [10]que "os juristas tradicionalmente se valem dos ensinamentos da teoria econômica para acolher a definição da empresa como "organismos econômicos, que se concretizam na organização dos fatores de produção e que se propões à satisfação das necessidades alheias, mais precisamente, das exigências do mercado em geral"[11]; o conceito de empresa firma-se na ideia de que ela é o exercício da atividade produtiva[12].

Destarte, enquanto atividade econômica[13], a empresa, em nosso País, submete-se juridicamente no plano constitucional não só ao regramento normativo que estrutura as atividades[14] como, particularmente, "como noção referível à atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida profissionalmente", à delimitação jurídica constitucional que organiza os princípios gerais

[8] A questão do objetivo do lucro, normalmente é "vista no plano da profissionalidade, no sentido de que, quem se dedica a uma atividade em caráter profissional, o faz com o objetivo de tirar proveito" já ensinava Bulgarelli lembrando que " a maioria da doutrina propende por admitir que a atividade econômica implica ordinariamente na intenção de ganho".

Bulgarelli, Waldírio A Teoria Jurídica da Empresa: análise jurídica da empresarialidade São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

[9] Bulgarelli, Waldírio A Teoria Jurídica da Empresa: análise jurídica da empresarialidade São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

[10] ADI 3273 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator:Min. CARLOS BRITTO Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU Julgamento: 16/03/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 02-03-2007 PP-00025 EMENT VOL-02266-01 PP-00102.

[11] Requião, Rubens Curso de Direito Comercial,8ª edição, São Paulo: Saraiva,1977.

[12] Requião, Rubens Curso de Direito Comercial,8ª edição, São Paulo: Saraiva,1977.

[13] Conforme lembra Bulgarelli "o substrato que se colhe de variadas e até, por vezes, conflitantes definições de empresa oferecidas pela Economia é o de "organização da atividade econômica", ou "organização dos fatores de produção". Alias, tudo está a indicar que os juristas formularam o seu conceito econonômico de empresa com os elementos colhidos nas variadas definições dos economistas".

Vide Bulgarelli, Waldírio A Teoria Jurídica da Empresa: análise jurídica da empresarialidade São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

[14] Bulgarelli,ao analisar a doutrina especializada em sua obra fundamental, identifica "pelo menos dois princípios básicos orientadores da concepção jurídica da atividade que são: 1) a *efetividade,* caracterizadora do fato de que a atividade só pode ser considerada existente se exercida realmente; e 2) o *resultado,*ou seja, que a atividade deve sempre tender para um resultado, sendo esta tensão um componente necessário da atividade, como o é a efetivação de seu exercício".

Vide Bulgarelli, Waldírio A Teoria Jurídica da Empresa: análise jurídica da empresarialidade São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

da atividade econômica em face dos princípios fundamentais do direito ambiental constitucional conforme inclusive estabeleceu o Supremo Tribunal Federal na ADI 3540[15].

Assim, em face de nossa atual Carta Magna (Arts.1º,IV e 170 e segs.), a empresa no Brasil, fundamentada nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa(Art.1º,IV) bem como fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (Art.170 da CF), passou a ter por fim assegurar a todos existência digna (Arts.1º, III e 170 da CF), conforme os ditames da justiça social, observando obediência obrigatória, dentre os princípios gerais das atividades econômica, ao princípio da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação(Art.170,VI da CF).Além disso a empresa em nosso País, ao ter sua estrutura necessariamente ligada aos referidos princípios fundamentais de nossa Carta Magna, também está vinculada ao que determina o Art.3º de nossa Lei Maior. Destarte construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação são também determinações constitucionais impostas à todas as atividades econômicas organizadas de produção e circulação de bens e serviços em nosso País como princípios fundamentais que devem ser obedecidos.

Cuida-se, portanto de entender e analisar juridicamente a empresa em nosso País, desde logo e preliminarmente, a partir de seu enquadramento constitucional, constatando especificamente dois fundamentos constitucionais que estabelecem seu superior contorno normativo: a dignidade da pessoa humana (Art.1º, III) e os valores sociais do trabalho e da livre

[15] "A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina" ADI 3540 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 01/09/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528

iniciativa (Art.1º,IV) princípios fundamentais constitucionais que se refletem em todas as normas constitucionais e evidentemente em toda a ordem econômica delimitada a partir do que estabelece o Art.170 que aliás, ao fixar os denominados princípios gerais da atividade econômica, praticamente ratifica no âmbito do conteúdo do Art.170 os conteúdos dos Arts.1º,III e 1º,IV de nossa Lei Maior. Daí a obediência por parte das empresas à defesa do meio ambiente restar claramente caracterizada não só em face dos princípios gerais da atividade econômica, mas principalmente em face dos princípios fundamentais de nossa Constituição Federal.

Por via de consequência, para que possam atuar de forma lícita em nosso País, as empresas necessariamente estão constitucionalmente obrigadas a defender o meio ambiente em face dos balizamentos constitucionais que estruturam referido direito, a saber, a empresas necessariamente estão submetidas ao conteúdo normativo da noção jurídica constitucional de meio ambiente, em face do que o Supremo Tribunal Federal já estabeleceu vinculado à interpretação da denominada cláusula constitucional proclamadora do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (ADI 4066[16] e ADI 3470[17]) a, saber:

"Não há dúvida de que a Constituição, tomada como sistema, autoriza o Estado a impor limitações aos direitos fundamentais, em face da necessidade de conformá-lo com outros direitos fundamentais igualmente protegidos. Assim, o postulado da livre concorrência e os direitos fundamentais à liberdade de iniciativa e à propriedade, consagrado nos arts. 1º, IV, 5º, XXII, e 170, caput e IV, da Lei Maior não impedem a imposição, pelo Estado, de condições e limites para a exploração de atividades privadas, tendo em vista a necessidade de sua compatibilização com os demais princípios, garantias, direitos fundamentais e proteções constitucionais, sejam individuais ou sociais, destacando-se, no caso da exploração industrial e comercial do amianto, a proteção da saúde e a preservação do meio ambiente .

[16] 1-)ADI 4066 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relatora: Min. ROSA WEBER Julgamento: 24/08/2017 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018

[17] ADI 3470 / RJ - RIO DE JANEIRO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator: Min. ROSA WEBER Julgamento: 29/11/2017 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019.

A Constituição de 1988 consagra que a finalidade do desenvolvimento econômico não está divorciada do processo social . O art. 170, caput, da Lei Maior eleva a valorização do trabalho humano à condição de fundamento da ordem econômica pátria e os arts. 5º, XXIII, e 170, III, proclamam a função social da propriedade como fator de legitimação, sob a ótica dos direitos fundamentais, dos limites opostos às liberdades de contratar e de empreender.

Já no que se refere à cláusula constitucional proclamadora do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como essencial à sadia qualidade de vida (art. 225), registro a análise minuciosa de Celso Antônio Pacheco Fiorillo, para quem a Constituição da República conclui pela presença de quatro concepções fundamentais no âmbito do direito ambiental: a) de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; b) de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado diz respeito à existência de um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, criando em nosso ordenamento o bem ambiental; c) de que a Carta Magna determina tanto ao Poder Público como à coletividade o dever de defender o bem ambiental, assim como o dever de preservá-lo; d) de que a defesa e a preservação do bem ambiental estão vinculadas não só às presentes como também às futuras gerações.

A Constituição Federal de 1988, ao incluir entre seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), como fundamento destinado a interpretar todo o sistema constitucional, adotou visão explicitamente antropocêntrica, que reflete em toda a legislação infraconstitucional — o que abarca também a legislação ambiental. O Constituinte originário atribuiu aos brasileiros e estrangeiros residentes no País (arts. 12, I, e 52 da Carta Magna) posição de centralidade em relação ao nosso sistema de direito positivo. Nesse sentido o Princípio n. 1 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992: "Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza".

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques *O agronegócio em face do direito ambiental constitucional brasileiro*: as empresas rurais sustentáveis Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Segurança alimentar e desenvolvimento sustentável:* a tutela jurídica da alimentação e das empresas alimentares em face do direito ambiental brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro.* 19. ed. revista, ampliada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Curso de direito da energia* - tutela jurídica da água, do petróleo, do biocombustível, dos combustíveis nucleares, do vento e do sol. 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Direito ambiental tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018..

V. Regulação econômica e seu contributo para a promoção do desenvolvimento sustentável

Economic regulation and its contribution to promoting sustainable development

Gina Vidal Marcílio Pompeu

Andreia Maria Santiago

Introdução

O propósito das Nações Unidas para a efetivação dos 17 objetivos do desenvolvimento sustentável[1] dialoga diretamente com a forma de gestão dos Estados no âmbito de suas economias, haja vista dada gestão refletir diretamente em políticas sociais e em questões ambientais que repercutem no desenvolvimento humano. Diante desse quadro, o estudo que ora se apresenta pretende traçar o arcabouço histórico que propiciou a formação do Estado gerencial brasileiro e sua política de privatização, atuação que caracteriza a atual estrutura de regulação do Estado na economia brasileira. Visa, assim, apresentar as concepções acerca do tema da regulação que influenciaram o sistema brasileiro e como a atual estruturação contribui (ou não) para o crescimento econômico equilibrado, de modo a promover desenvolvimento sustentável.

Diante desse intento, a primeira seção descreve a origem do direito da regulação e explica como a passagem do Estado interventor para o Estado regulador contribui para a criação de agências reguladoras nos diversos setores da economia. A segunda seção apresenta a evolução dos movimentos internacionais que formataram o modelo de economia que concilia lucro com desenvolvimento social e resulta no que se denomina

[1] Os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) foram criados em setembro 2015 pela Organização das Nações Unidas (ONU) e estão presentes em um documento nominado Agenda 2030. O inteiro teor pode ser conferido no link: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E>. Acesso em: 26 maio 2019.

desenvolvimento sustentável. A terceira seção é traçada sob o viés da análise econômica do direito, no intuito de apontar caminhos que possibilitem a concretização de uma ordem econômica interna capaz de conformar as expectativas sociais sem olvidar da necessidade de cumprimento das diretrizes internacionais para o desenvolvimento pautado em sustentabilidade.

Ao final, tenta-se responder ou pelo menos indicar fundamentos que subsidiem a solução do seguinte questionamento: a atual forma de regulação estatal na economia brasileira é capaz de atender às diretrizes internacionais para o desenvolvimento sustentável?

A escolha do método analítico e histórico descritivo justifica-se pela necessidade de se delinear as conexões existentes entre os processos de mudança estrutural do Estado e as teorias econômicas que influenciaram a atuação deste na regulação da atividade econômica.

1 Antecedentes do direito da regulação e a construção do direito da regulação econômica no Brasil

O direito da regulação que exerce significativa influência na formatação da regulação econômica brasileira, segundo Calixto Salomão, é de origem norte-americana (FILHO, 2008). Este foi concebido e implantado em um momento histórico em que a economia estadunidense ainda era de base agrária e pré-industrial. Com efeito, a expansão das fronteiras para o Oeste e a necessidade de escoar a produção agrícola para o restante do país e para portos localizados no Oceano Atlântico demandaram a construção de infraestrutura de transportes com destaque para as ferrovias. Não obstante, em face da inexistência de competição, os detentores das ferrovias praticavam constantemente abuso de poder econômico (ARAÚJO, 2018, p. 203-221).

Para combater esses abusos, o Estado passa a impor limitações aos abusos praticados pelos detentores de ferrovias, a exemplo da fixação ocasional e assistemática de tarifas máximas a serem praticadas. Em um segundo momento, houve o estabelecimento de estatutos que impunham restrições gerais aos fretamentos de transporte ferroviário. Em 1850, formaram-se as comissões com a incumbência de assessorar os poderes legislativos estaduais para a função de regulação das ferrovias (CUSHMAN, 1941, p. 20).

Sérgio Guerra pondera para o fato de que a primeira agência reguladora foi criada, em 1887, para regular o transporte interestadual de pessoas e bens. Esse modelo de agencificação norte-americano, com a *Interstate Commerce Comission* (ICC), é marco da implantação do padrão burocrático na regulamentação da atividade econômica[2] e significou a federalização do movimento regulatório. Magalhães (2019, p. 60) destaca que o objetivo da ICC não era limitar a atividade econômica, mas organizar e racionalizar a atividade ferroviária.

O modelo formatado nos Estados Unidos, no final do século XIX, configura as características do Estado Administrativo (ou de função reguladora), inicialmente, responsável por regular apenas alguns setores específicos. No entanto, ao longo do tempo, com a industrialização e a complexidade das relações comerciais, referido modelo passa a regular inúmeros outros setores da economia, mantendo-se íntegro até os dias atuais.

A crise decorrente da Grande Depressão, na década de 1930, fez repensar as características do Estado mínimo e levou à criação nos EUA do programa conhecido por *New Deal,* com o objetivo de recuperar e reestruturar a economia, inspirado na doutrina econômica desenvolvida por John Maynard Keynes. Nessa ocasião, a intervenção estatal na economia dava-se por meio de normatização e de investimentos públicos. Sobre dada intervenção, Jairo Saddi (2014) arrazoa:

> A intervenção do Estado viria, na esteira da doutrina keynesiana dos investimentos públicos, na forma de regulamentos. Outros tipos de políticas públicas monetárias, fiscal ou cambial, também são considerados no quadro institucional relativo à crescente participação do Estado no domínio econômico. (p. 80-90).

Constatou-se, diante desse modelo de Estado Social, que a injeção de capital para fomentar a economia e promover benefícios sociais, não se processou com a necessária diligência e manutenção do equilíbrio orçamentário fiscal, o que, por fim, acarretou o endividamento estatal. O

[2] Na descrição da evolução burocrática estadunidense do Estado Administrativo (ou de função reguladora), Sérgio Guerra (2015) destaca que, no início do século XXI, Theodore Roosevelt adotou um programa conhecido como "três Cs", o qual tinha por ideias principais proteger os recursos naturais, exercer controle sobre as empresas e defender os consumidores. Esses parâmetros de políticas públicas, se levadas aos dias de hoje a uma efetividade, contribuiriam, sobremaneira, para as diretrizes que tanto se busca para promoção de um desenvolvimento baseado em sustentabilidade.

aumento da dívida pública e a perda da capacidade de investimento do Estado provocam a desregulamentação da atividade econômica e, por via de consequência, a menor participação do Estado como interventor direto na economia.

Nesse contexto de mudança estrutural dos Estados Unidos da América, estabelecem-se as bases para a estrutura administrativa básica do modelo regulatório conhecido nos moldes atuais, em que o Poder Executivo Federal passa a contar com um órgão de apoio direito da Presidência da República e divide a gestão em três esferas: gabinete, departamento executivo e agências responsáveis por atividades afetas a esse poder. (GUERRA, 2015, p. 13-106). Essa estruturação da função regulatória dos Estados Unidos da América permitiu a ampliação do processo de agencificação que se caracterizou como uma política de racionalidade, eficiência e estabilidade econômica.

Deve-se registrar que o modelo gerencial norte-americano estruturado por meio de agências reverbera com intensidade no Brasil na década de 1990, ocasião em que a atividade regulatória "surge como desenrolar de processos de reforma do Estado nos quais houve privatizações, processos de abertura de mercado ('desregulação') e introdução de concorrência". (COUTINHO, 2014). A reestruturação do papel do Estado mostrou-se necessária porque o governo precisava criar um ambiente propício à segurança jurídica dos contratos com o Estado para atração de capital, bem como era fundamental para descentralizar a governança estatal sobre temas complexos e predominantemente técnicos. (GUERRA, 2015).

O presidente Fernando Henrique Cardoso, em consenso com sua equipe econômica liderada por Bresser Pereira, apresenta um modelo de administração gerencial próximo ao modelo norte-americano, denominado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

Ao analisar o contexto supramencionado, Calixto Salomão (2008) estabelece um contraponto e chama a atenção para o fato de que o Brasil deve se preocupar em desenvolver uma teoria jurídica própria de regulação, haja vista que a febre da agencificação propagada pela influência norte-americana não trouxe os mesmos benefícios experimentados por este país. Assim, o processo de criação de agências, em âmbito doméstico, deve ser balizado frente às peculiaridades locais. Com efeito, verifica-se que ocorreu, na década de 1990, o processo de implantação de

agências reguladoras, transmutando o perfil do Estado, antes interventor, para o perfil de Estado regulador de atividades econômicas.

Diante do quadro apresentado, constata-se que os séculos XIX e XX revelam situações pendulares que giram em torno da maior ou menor interferência do Estado no domínio econômico. Nessa perspectiva, chega-se ao século XXI com os mesmos problemas vivenciados outrora: concentração de renda, crescimento econômico e ausência de desenvolvimento humano.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar que o Relatório de 2019, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), aponta para a existência de mais 50 milhões de brasileiros vivendo abaixo da linha da pobreza. Ante o exposto, evidencia-se que direito, política e economia percorrem o mesmo trajeto, e assim, é impossível ignorar que as soluções dos problemas de sustentabilidade perpassam por questões de eficiência econômica e justiça social. (POMPEU, 2014, p. 2).

2 Construção global do modelo de desenvolvimento sustentável

Na segunda metade do século XX, com a intensificação do crescimento econômico, agravaram-se os problemas ambientais, de modo a se tornarem mais evidentes, principalmente nos países centrais, haja vista terem sido os primeiros afetados pelos efeitos da Revolução Industrial (DIAS, 2009).

Em 1962, Rachel Carson publicou o livro *Silent Spring* (Primavera Silenciosa[3]), que revelou os danos causados pelo uso dos inseticidas DDT, evidenciando que o uso generalizado desses produtos coloca em risco a vida dos animais selvagens e dos seres humanos. Essa obra teve repercussão pública nos EUA e provocou, nos anos seguintes, alerta para a necessidade de inspeção por diversos países de seus ecossistemas, dada a preocupação com os danos que poderiam ser causados ao meio ambiente.

A partir das décadas de 1960 e 1970, iniciaram-se os primeiros movimentos internacionais ambientalistas, decorrentes da tomada de consciência, por diversos setores da sociedade, de que o crescimento econômico ado-

[3] Livro, com tradução de Raul Polillo, disponível para *download* gratuito em PDF no link: <https://biowit.files.wordpress.com/2010/11/primavera_silenciosa_-_rachel_carson_-_pt.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2019.

tado e o processo de industrialização predatória prejudicam a preservação do planeta e comprometem a disponibilidade de recursos naturais para as gerações futuras.

Nesse contexto, em 1968, a Suécia propõe à ONU a realização de uma conferência internacional para discutir os principais problemas ambientais de alcance global. Tal proposta foi aceita e a conferência realizou-se em 1972, em Estocolmo. Resulta desta conferência a produção da Declaração sobre o Meio Ambiente (Declaração de Estocolmo) e a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), encarregado de monitorar o avanço dos problemas ambientais no mundo.

Na década de 1980, torna-se evidente a interdependência entre meio ambiente e desenvolvimento. No âmbito doméstico, essa temática ingressou de forma inovadora no seio da Constituição Federal, no artigo 225, sublinhado ser direito de todos o meio ambiente equilibrado, bem como impôs ao Poder Público e a coletividade o dever de preservá-lo para gerações presentes e futuras. (BRASIL, 1998). Nessa lógica, constata-se que os problemas ambientais são sistêmicos e, em virtude disso, necessitam de atuação global para resolvê-los ou, pelo menos, amenizá-los. Frente a essa conjuntura instalada, Sidney Guerra (2005) expõe:

> A necessidade de ações estratégicas no sentido de reduzir os riscos ambientais, no complexo equilíbrio com os interesses e misteres econômicos, exigem estudos e conhecimentos multi e transdisciplinares, assim como o estabelecimento de políticas públicas ativas orientadas à solução de macroproblemas que nem sempre se apresentam com a mesma dimensão.

Vale lembrar, nessa mesma esteira de raciocínio, que a Assembleia Geral da ONU cria, em 1983, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD), também conhecida por Comissão *Brundtland*, formulada para ouvir a opinião mundial sobre a relação entre desenvolvimento e meio ambiente e apresentar propostas viáveis para as mudanças necessárias.

O relatório, conhecido por *Our Commom Future* (Nosso Futuro Comum), é divulgado em 1987, sendo responsável pela amostragem de algumas opiniões, como a de que o crescimento econômico não é incompatível com a proteção ambiental (ecoeficiência), e de que a questão social deve ser observada, bem como as consequências das ações atuais para as gera-

ções futuras. Assim, restou formalizado o conceito de desenvolvimento sustentável, como aquele que atende às necessidades das gerações presentes sem comprometer o atendimento das necessidades das gerações futuras. (OLIVEIRA, 2008).

As ideias desenvolvidas no relatório mostraram que, para haver efetivação do desenvolvimento sustentável, faz-se necessária a interconexão entre três esferas, quais sejam: a ambiental, a econômica e a social. Jonh Elkington (2012, p. 5), ao estabelecer que a sustentabilidade está intimamente relacionada ao futuro da humanidade, arquiteta a tese de que a prosperidade econômica, a qualidade ambiental e a justiça social constituem os três pilares da sustentabilidade, constituindo, assim, o conceito do *triple bottom line,* que se apresenta como conceito mais abrangente e por isso capaz de albergar os processos negociais das grandes corporações.

O relatório "Nosso Futuro Comum" serviu de referência para os debates da segunda Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), também conhecida como "Cúpula da Terra", realizada no Rio de Janeiro, em 1992. Segundo Oliveira (2008), a Rio-92 objetivou implementar o conceito de desenvolvimento sustentável em escala mundial e apresentar soluções para os problemas globais, com destaque para o aquecimento global e para a perda de biodiversidade.

Nessa conferência, criam-se importantes documentos no intuito de traçar as diretrizes a serem seguidas, quais sejam: Agenda 21, conhecida como "a cartilha do desenvolvimento sustentável"; Convênio sobre a Diversidade Biológica (CDB); Princípios para a Gestão Sustentável das Florestas; Declaração do Rio de Janeiro sobre meio ambiente e desenvolvimento. Para assegurar a implantação das propostas desses documentos, foram criadas a Comissão do Desenvolvimento Sustentável (CDS) e a Comissão do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC).

Em 2002, realiza-se uma conferência, em Johanesburgo, para avaliar os resultados da Rio-92, conhecida como Cúpula Global, Rio+10. Porém, as conclusões apresentadas são nefastas, haja vista várias metas não terem sido efetivadas, além de somarem-se a elas novos problemas, como a degradação dos recursos hídricos.

Pavan Sukhdev, em 2010, ao liderar a pesquisa do PNUMA intitulada "Rumo à economia verde", sugeriu, por meio do Relatório TEEB, um modelo econômico capaz de evitar riscos relacionados às mudanças cli-

máticas. Ao conferir valor econômico para a biodiversidade, demonstrou que a prosperidade das nações e a redução da pobreza dependem do "fluxo de benefícios dos ecossistemas" de modo eficiente e com foco no uso sustentável dos recursos naturais. (SUKHDEV, 2010).

Vale lembrar que em agosto 2015, com a realização da Cúpula das Nações Unidas para o desenvolvimento sustentável, a Organização das Nações Unidas, em parceria com governos de 193 países, empresários e milhares de pessoas ao redor do mundo, lança a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável mundial, com 17 objetivos e 169 metas, em documento chamado de Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS). Os ODS começaram a ser elaborados na Conferência Rio + 20, já com a pretensão de substituíram os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs). Deve-se registrar que, desde a primeira reunião para a elaboração dos ODS, houve o cuidado de reunir as três dimensões do desenvolvimento sustentável, quais sejam, econômica, social e ambiental.

Conforme o texto da Agenda 2030, no item 10, os ODS são guiados pelos propósitos e princípios da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Desse modo, estão integrados e buscam o equilíbrio das três dimensões do desenvolvimento sustentável, em movimento cíclico que objetiva concretizar os direitos humanos, ponto em que se destaca o lema "ninguém será deixado para trás". (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU)).

Nessa ótica, a Agenda 2030 salienta que o respeito aos direitos humanos inclui o direito ao desenvolvimento (item 35 da Agenda), portanto as nações não podem utilizar do princípio da autodeterminação dos povos para criar medidas que afetem negativamente o desenvolvimento econômico, social e ambiental.

Diante dessas ponderações sobre a implementação do desenvolvimento sustentável, percebe-se que a cooperação internacional é de salutar relevância, visto que a problemática da degradação se insere no contexto global. Coadunam-se com essa afirmativa os ensinamentos de Milaré (2007):

> [...] a ação isolada de um ou de alguns países em defesa do patrimônio ambiental – que, afinal, pertence à humanidade, de hoje e de amanhã – pouco resultado produzirá na contenção de problemas de alcance transfronteiriço, como a poluição atmosférica, a contaminação dos ecossistemas aquáticos, a degradação do solo e da vegetação, a extinção

> de espécies animais e vegetais. É por isso que a afirmação 'o meio ambiente não tem fronteiras' tornou-se bastante comum, tanto nos meios científicos como dentro das próprias comunidades nacionais, malgrado os pruridos nacionalistas ainda frequentes, pela falta de visão holística, sistêmica e planetária.

Pelo exposto, é inquestionável a necessidade de ação internacional conjunta que vise implementar globalmente políticas de cooperação que tenham por escopo integrar, de modo equilibrado, crescimento econômico, desenvolvimento social e preservação ambiental. Não obstante, sabe-se que a realização desse escopo se inicia em âmbito local, no seio de cada ordenamento jurídico, que tem de certo modo que abdicar de um pouco de sua soberania, para cumprir as diretrizes internacionalmente traçadas para o desenvolvimento sustentável. Assim, a cooperação vem no sentido de estimular as nações a aderirem às diretrizes internacionais para a promoção do desenvolvimento sustentável.

Nesse particular, é salutar registrar que a ordem jurídica pátria compatibiliza-se com as diretrizes internacionais para o desenvolvimento sustentável, uma vez que a Constituição Federal de 1988 estabelece, no artigo 170, que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observado o princípio de defesa do meio ambiente, assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica.

3 Direito da regulação econômica e sua inter-relação para a promoção das diretrizes internacionais para o desenvolvimento sustentável

Atribuir um conteúdo ao direito da regulação, de modo que ele contribua para a temática do desenvolvimento sustentável, requer diálogo com as principais teorias econômicas no âmbito da lógica jurídica delineada na ordem econômica constitucional brasileira. Trata-se de entender como o processo regulatório se organiza em face das diversas demandas política, econômica e social.

Em virtude dessa complexidade, compreender o fenômeno jurídico regulatório conjugado com a busca pelo desenvolvimento sustentável exige, no mínimo, a familiaridade com os princípios econômicos de raciona-

lidade e de eficiência associados à Teoria de *Law e Economics*[4]. Isso porque regular a economia, de modo a torná-la propicia à efetivação de políticas desenvolvimentistas, exige escolhas eficazes em um ambiente de recursos escassos.

Nessa linha de pensamento, ao examinar a possibilidade de análise econômica na Constituição de 1988, Jairo Saddi constata, por meio de um paralelo traçado no contexto da crise financeira de 2008-2009, que os impactos sofridos foram de tal monta que exigiram maior participação do Estado na economia. Aduz assim que, em ocasiões semelhantes, o Estado atuará como "condutor do desenvolvimento econômico, por meio do instrumental regulatório". (SADDI, 2014, p. 80).

Entrementes, a regulação estatal da economia, em uma visão ampla, apresenta-se como instrumento capaz de fixar normas de condutas que auxiliem o Estado no seu *mister* de corrigir falhas de mercado, redistribuir renda, de modo a maximizar o bem-estar social. Essa perspectiva de análise é ratificada pelas palavras de Alexandre de Aragão, quando conceitua o termo regulação:

> A regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis. (ARAGÃO, 2004, p. 37).

Nessa definição, observa-se uma justificativa para a regulação da economia alinhada à teoria do interesse público, a qual tem por pressupostos que os mercados serão ineficientes se deixados a seu autogerenciamento e que a regulação é fruto de uma demanda de controle social em decorrência de uma falha de mercado.

---

[4] "A chamada escola da análise econômica do direito (*law and economics*), surgida nos anos 1950 e reforçada a partir da publicação, em 1972, da *Economic Analysis of Law,* de Richard Posner, é tida como uma vertente interdisciplinar da economia neoclássica por buscar, na produção e aplicação do direito, explicações para comportamentos de agentes econômicos maximizadores de utilidade. A análise econômica do direito do direito é, assim, definida como a aplicação de teoria econômica e métodos econométricos para examinar a formação, estruturação, processos e impactos do direito e instituições jurídicas". (COUTINHO, 2014, p. 29).

Outras razões apresentam-se para justificar a necessária regulação da economia, como falhas relacionadas a monopólios, externalidades, assimetria de informações e insuficiente provisão de bens públicos. (CAMPOS, 2008, p. 281-303).

Observa-se, então, que o direito da regulação se filia, de forma intrínseca, à análise econômica do direito e torna-se verdadeiro pressuposto de políticas públicas desenvolvimentistas, nas quais o Estado irá atuar na minimização de problemas estruturais.

É nessa perspectiva de encontro do direito com a economia, por intermédio da regulação da atividade econômica, como meio para se maximizar o bem-estar social, em uma racionalidade de longo prazo, que se encontra o fio condutor que liga políticas desenvolvimentistas de governo à sua agenda em prol da promoção das diretrizes internacionais para o desenvolvimento sustentável.

Considerações finais

O modelo de Estado regulador foi confirmado no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição de 1988. Não obstante, é na década de 1990 que esse modelo ganha as características atuais e passa efetivamente a regular a atividade econômica. Essa atividade regulatória ocorreu no contexto de reestruturação estatal, momento em que se iniciou a privatização de empresas estatais prestadoras de serviços públicos e abriu-se mercado interno ao capital estrangeiro.

Ao tempo em que resta inserido o princípio da eficiência no art. 37 da Constituição brasileira, instala-se nesse contexto a reforma administrativa gerencial, na qual o Estado regulador estabelece ambiente propício à criação de agências, descentralizando a governança estatal em setores predominantemente técnicos.

Paralelamente à reforma gerencial, o Estado brasileiro reafirma seu escopo de promover um modelo de crescimento econômico baseado em políticas sociais desenvolvimentistas que busquem o equilíbrio das dimensões econômica, social e ambiental, de modo a possibilitar o desenvolvimento sustentável, conforme as diretrizes internacionais estabelecidas mais recentemente pela Agenda 2030 das Nações Unidas.

Nesse aspecto, o presente estudo propugna que se o Estado regulador brasileiro conseguir pôr em prática as ideias de racionalidade e eficiência

da máquina administrativa, de tal forma a conseguir efetivar suas políticas públicas desenvolvimentistas, conseguirá atender às diretrizes internacionais para a promoção do desenvolvimento sustentável. Por fim, conciliar crescimento econômico com desenvolvimento humano não mais será uma quimera, posto que a atração de novas empresas, emprego e renda perpassam pelo planejamento, fiscalização e controle público e privado. Sobremaneira, exige boa governança que almeja fins republicanos por meios democráticos.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.* Rio de janeiro: Forense, 2004.

ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. O controle das agências reguladoras pelo poder legislativo. *Revista da Informação Legislativa*, Brasília, ano 55, n. 217, p. 203-221, jan./mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Sistema de indicadores sociais*. Disponível em: ibge.gov.br. Acesso em: 08 ago. 2019.

CAMPOS, Humberto Alves de. Falhas de Mercado e falhas de governo: uma visão da literatura sobre regulação econômica. *Prisma: Direito, Políticas e Mundialização*. Brasília, v.5, n.2, p. 281-303, jul/dez. 2008.

CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. Tradução de Raul de Polillo. 2 ed. São Paulo: Portico, 1962.

COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos.* São Paulo: Saraiva, 2014, p. 29.

CUSHMAN, Robert Eugene. *The independent regulatory commissions*. New York: Oxford University Press, 1941, p. 20.

DIAS, Reinaldo. *Gestão ambiental*: responsabilidade social e sustentabilidade. São Paulo: Atlas, 2009.

ELKINGTON, Jonh. *Sustentabilidade, canibais com garfo e faca*. Tradução de Milton Mira de Assumpção Filho. São Paulo: M. Books do Brasil, 2012.

FILHO, Calixto Salomão. *Regulação da atividade econômica*: princípios e fundamentos jurídicos. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a regulação brasileira: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 13-106.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. *Direito internacional público.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. *Legitimidade e limites à normatividade técnica dos reguladores sob a ótica da nova economia*. Tese (Doutorado). Universidade de Fortaleza. Programa Doutorado em Direito, Fortaleza, p. 60, 2019. Disponível em: www.unifor.br/ppgd.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*: doutrina, jurisprudência, glossário. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1.164.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. *Empresas na sociedade*: sustentabilidade e responsabilidade social. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Transforming our world*: the 2030 Agenda for Sustainable Development. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E>. Acesso em: 26 maio 2019.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. Apresentação. In: POMPEU, Gina Marcílio; CARDUCCI, Michele; SÁNCHEZ, Miguel Revenga (Org.). *Direito constitucional nas relações econômicas*: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SADDI, Jairo. É possível a análise econômica da constituição? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILLHO, André (orgs.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUKHDEV, Pavan. *A economia dos ecossistemas e da biodiversidade*: integrando a economia da natureza. Uma síntese da abordagem, conclusões e recomendações do

TEEB. ONU, 2010. Disponível em: <http://doc.teebweb.org/wp-content/uploads/

Study%20and%20Reports/Reports/Synthesis%>. Acesso em: 2 ago. 2019.

VI. Os futuros da empresa

João Maurício Adeodato

Dados da Revista Fortune mostram que das 100 maiores economias do planeta, em termos de disponibilidade de recursos, 40 são empresas e 60 são Estados soberanos. Ou seja, hoje 40 empresas têm mais dinheiro do que a maioria dos países. Há pouco tempo isso seria impensável e daí a necessidade de refletir sobre o futuro, mesmo sabendo que a construção do futuro depende da própria espécie humana, pois o futuro é imprevisível porque simplesmente não existe. O determinismo ou qualquer outra forma de premonição é contraditório e, mesmo se o futuro estivesse pré-fixado, não poderia ser conhecido. Os deterministas, quando algo acontece, podem dizer que estava pré-determinado. O difícil é dizer antes.

Isso não diminui a importância de especular sobre os futuros possíveis para as empresas e aqui vai ser útil refletir a partir dos conceitos de distopia e utopia. Ambas as palavras provêm de topos, um conceito tradicional da retórica, que significa "lugar", "lugar-comum".

A palavra "distópico" difundiu-se pelo jargão médico e significa "órgão fora do lugar (comum)", do lugar em que normalmente está, como ter o coração do lado direito. Na metáfora é a antiutopia, um lugar de sofrimento, o que implica uma visão pessimista do futuro. São exemplos famosos de distopias Animal Farm (A Revolução dos Bichos) e 1984, de George Orwell, e Brave New World (Admirável Mundo Novo), de Aldous Huxley, contra o comunismo e o nazismo. Em comum, essas obras combatem a falta de liberdade individual e refletem as agruras da primeira metade do século XX.

A palavra Utopia, sobre um futuro otimista, é mais antiga. As mais famosas, na História da Filosofia, são a de Thomas Morus, que gerou o nome, e a de Tommasio Campanella (A Cidade do Sol). Utopia é o "não lugar", já sugerindo que a sociedade perfeita não existe.

São obras por vezes designadas "socialistas", pois os chamados socialistas utópicos parecem ter-se inspirado nelas. Não é à toa que Morus

foi executado em Londres e Campanella passou quase 30 anos de sua vida preso em Nápoles.

Tanto utopias quanto distopias são visões normativas do futuro. O que quer dizer isso?

As formas de abordagem do ambiente social por parte dos juristas, cientistas políticos e outros estudiosos podem ser aqui isoladas sob três tipos ideais. Essa visão normativa tem como vetor o futuro, para o qual procura prescrever otimizações, melhorias sobre o ambiente, quer modificar, dirigir, influenciar a conduta das pessoas e sua realidade, em geral com objetivos idealistas que lhe parecem edificantes, para construir um mundo futuro que ainda não existe. É uma tendência antropológica do ser humano, daí a força e a importância das teorias normativas, mas daí também sua impropriedade e sua cegueira para com outras visões de mundo.

Uma teoria que se pode chamar de escatológica é aquela que pretende utilizar o passado para descrever o futuro, isto é, compreender algo que está por acontecer a partir da observação daquilo que supostamente aconteceu; são perspectivas de inspiração científica, admiradoras do sucesso das chamadas "ciências naturais" (físicas, químicas e biológicas), para as quais é possível explicar a sociedade a partir da "descoberta" de "leis" e nexos causais (etiologias) e assim prever situações futuras (escatologias). Enquanto as visões normativas pretendem prescrever o que deve acontecer no futuro, as escatológicas pretendem prever o que vai acontecer no futuro.

Uma visão empírica como aquela adotada neste verbete acha que isso não é possível. A pessoa que pensa, para ter uma atitude tentativamente descritiva, tem que se restringir ao passado, procurar entender os acontecimentos tais como se mostraram ao observador; é uma visão menos ambiciosa, mas nem por isso livre de divergências, sobretudo quanto à sua característica de tentar abster-se de juízos de valor. É uma postura analítica, de observador que procura não tomar partido, jamais de ator ou torcedor. Parte da opção metodológica de que a função social da filosofia, e daí da filosofia do direito, não é externar posições políticas, para isso existem partidos, agremiações e votos em uma sociedade democrática. O ambiente de pesquisa não pode fornecer palanques para pontificar ideologias.

Posturas normativas são humanas e legítimas, mas devem ficar claras. Se o orador não deixa claro que não é espectador, mas jogador na partida, o ouvinte precisa perceber isso. O orador muitas vezes não faz isso porque a postura do distanciamento, "científica", pode ter grande força persuasiva em determinados ambientes e ser utilizada como estratégia retórica diante de incautos, pois o que é "fático" não precisa de "argumentos", impõe-se por si. Em lugar de se apresentar como opinião, o argumento é mostrado como "realidade", como "fato".

Independentemente da visão normativa de cada pessoa, a história mostra uma hegemonia da concepção capitalista da sociedade, a qual se consolidou no conceito de empresa e seu corolário de maximização do lucro. Paradoxalmente, gerou as ideias socialistas, fruto dos inevitáveis conflitos entre empresários e trabalhadores, embate ainda em curso e sem resultados definidos. Com o caráter inusitado da globalização e da internet, mais nebuloso ainda ficou o futuro, pois passou a existir um único sistema de comércio pela primeira vez na história da humanidade.

A grande quantidade de denominações desse ramo do direito, chamado de empresarial, comercial, mercantil, dos negócios, dá sinal claro das questões persistentes sobre sua autonomia e mesmo da própria identidade. Começa na Idade Média como um direito de comerciantes, com a revolução burguesa, e evolui dos atos de comércio para a empresa, como conceito aglutinador fundamental, sem estabelecer claramente suas fronteiras. As mudanças na concepção da empresa vão muito além de questões de mera denominação. Reconhecidamente uma instituição em contínua mutação, a dinâmica da empresa é diretamente proporcional às modificações aceleradas por que passa a economia.

Daí a importância de pensar o futuro da empresa, levando em conta a atividade empresarial sob o enfoque das relações de poder econômico dos agentes, problema estrutural muitas vezes despercebido. Além disso, o estudo da empresa no século XXI impõe o reconhecimento de sua importância não apenas para os detentores de capital e controle, mas para toda a sociedade, razão pela qual o estudo do direito empresarial voltado ao desenvolvimento dos países constitui tema fundamental, inaugurando uma nova visão, mais internacionalista, do direito empresarial. O futuro da empresa interessa, assim, não apenas aos juristas e economistas, mas também para a análise e superação dos desafios impostos no caminho para um mundo de mais equidade, com respeito à diversida-

de cultural, baseado substancialmente na ética, na educação, no rompimento das assimetrias norte-sul do planeta, portanto, consubstanciado na ideia de acordos prospectivos, de ordem negociada e não imposta, de discriminação positiva, de respeito à diversidade de identidade e cultura no espaço público.

A nova empresa surge com padrões éticos diferenciados, bem como do sistema de regulação de mercado por meio de agências, dependentes direta ou indiretamente do Estado, com reflexos na sociedade civil e seus prolongamentos, tudo com vistas à obtenção de um mercado mais harmônico no ambiente informacional. No campo da filosofia do direito, um problema importante é a evolução do monopólio da jurisdição sobre a empresa contemporânea, herdado do Estado moderno, tendo a universalidade do processo como espinha dorsal, por um lado, e a internacionalização da empresa e desestatização de diferentes fontes de solução de conflitos, por outro. É importante também pensar nas interferências fora do campo tradicional do Estado constitucional, tais como aquelas impostas pelas agências reguladoras, no âmbito dos entes regulados e consumidores, assim como outras ferramentas de autorregulação, sobretudo no âmbito transnacional. Isso sempre sem descurar da possibilidade de implementação de outros sistemas de soluções de controvérsias, estatais ou não, mediante instrumentos provenientes de novas tecnologias.

O problema de um eventual enfraquecimento do Estado com o deslocamento de diversos centros decisórios e supostamente protetores da cidadania e concretização dos direitos é, assim, uma preocupação unificadora desta linha de pesquisa. O ponto crítico é que o monopólio estatal do direito, ou sua pretensão, é uma das principais características do direito dogmaticamente organizado. E os possíveis futuros das empresas têm como ambiente a sociedade internacional, não se restringindo, portanto, ao Estado. Essa pretensão de monopólio está claramente expressa nos axiomas tradicionais, tais como a plenitude hermética do ordenamento jurídico, sua coerência e a proibição do non liquet. Tal monismo clássico, muito embora questionado já a partir do século XIX, com a definitiva consagração do fenômeno da positivação do direito, mostra-se, na sociedade internacional atual, claramente inadequado aos novos problemas.

É por isso que os profissionais de todas as áreas precisam reformular seus conhecimentos, adquiridos numa formação tradicional, recheada de concepções inadequadas às novas realidades, em temas que vão do

local do contrato às fronteiras do Estado, da autoregulação às disputas por mercados, do nacional ao internacional.

O pensamento social, inclusive o jurídico, está por conseguinte vivendo um período de exaustão de modelos em decorrência desses fenômenos, vendo-se obrigado a enfrentar o desafio de reflexões inéditas, que levam à reconstrução inevitável da concepção de atividade empresarial e a colocar em novos termos sua interface, quer com a teoria social, quer com a ciência política, para não falar do direito. Não são os mais fortes que vão sobreviver às inovações tecnológicas, mas os que mais rapidamente se adaptarem às mudanças.

A relativização do princípio da soberania e a desformalização dos direitos da pessoa humana, dentre outras grandes mudanças sociais mais recentes, induzem o analista a indagar do enfraquecimento do Estado diante do desafio da globalização, aqui especificamente no que concerne ao direito da empresa.

A sociedade internacionalizada em redes de conexão, longe de viabilizar o respeito e a disseminação dos direitos humanos e da personalidade (basta lembrar, à guisa de exemplo, o argumento frequente de que a Internet constituiria um meio de difusão da liberdade política, religiosa e sexual), tem sido, simultaneamente, um meio de difusão da intolerância, do desrespeito do direito à vida, à integridade física, à honra, à intimidade, à imagem e a outros direitos extra-patrimoniais

A boa empresa vê assim dificultado o desempenho de sua função social e enfrenta essa mesma realidade de violação sistemática de direitos subjetivos, sem que existam mecanismos aptos a neutralizá-la, seja pelas limitações tecnológicas dos órgãos de defesa, seja pela insuficiência de normas estatais que apresentem respostas adequadas às novas realidades sociais. Como pano de fundo filosófico, verificando a celeridade com que tais violações surgem, em decorrência das inovações tecnológicas, é preciso confrontar a ampliação da eficiência dos mercados com a regulação estatal, ora liberal, ora intervencionista. A existência de organismos disciplinadores multilaterais, com redes de agências regulatórias independentes, leva ao problema das empresas transnacionais e seus códigos corporativos globalizados, muitas vezes desafiando a hegemonia jurídica pretendida pelo Estado moderno, que se desfaz a olhos vistos.

O papel ético de orientação e balizamento da atividade criadora e empreendedora deve também ser assumido pela novas empresas, que precisam, para cumprir esse papel, alargar os seus conhecimentos, reformular velhas lições, abrindo-se, enfim, para a diversidade, porque o mundo tornou-se mais complexo do que jamais supuseram quaisquer teorias tradicionais.

Isso inclui os diversos contextos da empresa transnacional e sua regulação. A globalização dos mercados e acordos internacionais de uniformização precisam ser entendidos de maneira interdisciplinar, voltados à cooperação e também ao desenvolvimento econômico, vinculado ao capitalismo, porém balizado a partir do conceito de dignidade da pessoa humana e seus direitos. Nessa linha, fica propiciado o aprofundamento de temas pouco explorados com tal transversalidade, como a regulação do mercado de commodities agrícolas, mineiras, genéticas e ambientais.

Em razão dessa nova realidade das empresas contemporâneas, uma visão dinâmica não deve dar às concepções tradicionais um papel mais importante do que de fato têm hoje. Existem outros meios de controle social, como os preventivos, que devem funcionar mais pela persuasão do que pela sanção repressiva e posterior ao delito. O perfil do profissional adequado a compreender a mudança e atender a essa realidade abandona a preocupação apenas com o passado, como sugerem o estudo da irretroatividade da lei e a garantia do negócio jurídico perfeito, posto que o presente é determinado pela ideia de flexibilização, planejamento futuro e controle atual de expectativas de comportamento.

A continuar no mesmo ritmo, o mundo vai mudar mais nos próximos 30 do que mudou nos últimos 300 anos. E estes já foram os mais rápidos da história. Alguns sinais quanto às direções desses futuros possíveis já podem ser percebidos.

Mudam as perspectivas sobre a privacidade de dados, a mentalidade europeia de proteção da privacidade a todo custo fica para trás, como se vê na perspectiva de países outrora periféricos, como a China. E mesmo se, por um lado, critica-se a diminuição de importância do indivíduo como fator negativo, o culto da eficiência a todo custo, por outro lado, dos estigmas de perdedor e vencedor, vem cedendo lugar a atividades e formas de pensar mais coletivas e ao culto da colaboração e do aprendizado. O ser humano é normativo, inventa futuros, e encarar uma "derrota" como "aprendizado" pode ser relevante e benéfico.

Ganhar dinheiro não é mais o critério definidor do fracasso e da vitória, parâmetro característico da antiga mentalidade de explorar e ganhar a qualquer custo. Já se fala em indicadores tão relevantes quanto o sucesso financeiro e o produto (PIB) de outrora. Valores como a maternidade, o cuidado de idosos e demais pessoas fragilizadas, a atividade de administrar o lar, dentre muitas outras, passam a ser reconhecidas como cruciais.

Claro que nos países subdesenvolvidos da periferia capitalista essas mudanças são muito mais lentas, pois os problemas infraestruturais são prementes. O papel do professor e da educação em geral, de mais longo prazo, por exemplo, é relegado pelo imediatismo de elites predatórias, de instituições vilipendiadas por maus representantes e seus séquitos de aproveitadores e bajuladores idiotizados por pseudo-ideologias políticas. Aí mais necessidade ainda de repensar a educação em todos os seus níveis para atender a jovens que hoje parecem se preocupar mais com soluções práticas do que com ideologias.

O grande desafio, longe de utopias e distopias, é equacionar as emoções diante das extremas desigualdades de oportunidades com o respeito pelo mérito. As pessoas podem ser educadas e capacitadas, mas o ritmo de cada um varia e muitos ficarão para trás, os quais não podem por isso ser abandonados. A empresa do futuro não deve esquecer a velha lição dos melhores filósofos sobre o conceito de justiça: o difícil equilíbrio entre igualdade e mérito, norteado pela dignidade da pessoa humana.

VII. Empresas de pequeno porte: papel social e disciplina jurídica

Gabriel Benedito Issaac Chalita

Wilson Levy

As empresas de pequeno porte (EPP), assim definidas no art. 3º, II, da Lei Complementar nº 123/2006 como as que auferem, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), a despeito do nome, têm importância crucial na economia brasileira. De acordo com dados de 2018 do Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), o conjunto formado por elas e pelas microempresas corresponde a 98,5% do total de empresas privadas no Brasil e por cerca de 30% do Produto Interno Bruto (PIB) do país, além de empregar 54% dos trabalhadores formais.

Trata-se, portanto, de uma das mais pujantes manifestações da atividade econômica da nação e que, pela escala de seus indicadores, representa verdadeira vocação brasileira, presente de forma expressiva em todas as regiões do país. Elas abrangem, em sua maioria, os setores do comércio e dos serviços, que concentram 84,2% do total de EPPs existentes no Brasil, com cerca de 10% de EPPs ligadas a atividades industriais e 4,2% à construção civil. Os campeões de participação nas atividades das EPPs são, pelo comércio, o ramo varejista de artigos de vestuário e acessórios, com 4,2% do total de EPPs do país, e no setor de serviços, o transporte rodoviário de carga, com 2,9% do total de EPPs do país.

A análise dos indicadores de escolaridade dos donos das EPPs mostra prevalência dos níveis mais elevados de formação: cerca de 40% têm ensino superior completo e 10% cursaram pós-graduação. Outros 28% cursaram até o ensino médio. 62% são brancos e 29% pardos, com 4% de pretos, e metade auferem faturamento mensal médio superior a seis salários mínimos. Apenas um em cada quatro donos de EPPs empreendeu por necessidade – como nos casos de desemprego e incremento de

renda – e os demais se motivaram por conhecimento e experiência na área ou vontade e oportunidade.

Em resumo, trata-se de um retrato fiel do empreendedorismo brasileiro em todas as suas nuanças. Tamanho o seu significado que o legislador constituinte derivado reservou-lhe destaque na Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, determinando "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País" (art. 170, IX) e "tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias, creditícias ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei" (art. 179).

Em atendimento ao mandamento constitucional, o legislador ordinário concedeu-lhe um marco regulatório específico: a já mencionada Lei Complementar nº 123/2006, que trouxe inúmeras regras de natureza fiscal, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação (art. 1º, I), que abrange o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI, exceto aquele pago na importação), o Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS, exceto aquela paga na importação), o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) e a contribuição devida pela pessoa que tomou serviço de cooperativa prestado por cooperado, nos termos da lei (art. 13).

Referido diploma legal proíbe alguns sujeitos de optar pelo regime único, denominado simples nacional: a sociedade cujo capital participe outra pessoa jurídica; a sociedade que seja filial, sucursal, agência ou representação, no país, de pessoa jurídica estrangeira; a sociedade cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de R$ 3.600.000,00; a sociedade constituída na forma de sociedade anônima; a sociedade constituída na forma de cooperativa, exceto a sociedade cooperativa de consumo; a sociedade que exerça as atividades de banco comercial, de investimento e desenvolvimento de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou crédito

imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar; a sociedade resultante ou remanescente de cisão (ou qualquer outra forma de desmembramento) de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos cinco anos-calendário anteriores.

Quanto ao titular ou sócio que participe com mais de 10% de outro empresário ou sociedade não beneficiada pelo Super Simples ou de pessoa jurídica que participe de outra pessoa jurídica, tal impedimento não se aplica a participação no de cooperativas de crédito, bem como em centrais de compras, bolsas de subcontratação, no consórcio referido no art. 50 da LC 123/2006 e na sociedade de propósito específico prevista no art. 56 da LC 123/2006, e em associações assemelhadas, sociedades de interesse econômico, sociedades de garantia solidária e outros tipos de sociedade, que tenham como objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte.

Há inequívoca relação entre as proteções legais e constitucionais e a exuberância da atividade empresarial de pequeno porte no país. Nada obstante, segue singela a participação das EPPs nos contratos com a Administração Pública. A esse respeito, buscou o legislador garantir tratamento especial às EPPs nesse diapasão, prevendo, em seus arts. 42 a 49, o direito de (i) preferência à ME/EPP em caso de empate de propostas; (ii) provar a regularidade fiscal apenas para efeitos de contratação; e, (iii) requerer a inovada cédula de crédito microempresarial, em face de contrato público executado e não pago – em que este último garante ao micro e pequeno empresário o direito de obter carta de crédito dotada de liquidez para assegurar pagamentos de créditos atrasados no interior de contrato administrativo, cujo título poderá ser objeto de execução contra a Fazenda Pública.

Expressão da benesse legal às EPPs é a hipótese de "empate ficto". De acordo com Rafael Carvalho Rezende Oliveira,

> "O art. 44 da LC 123/2006 presume o empate nas hipóteses em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte forem iguais ou até 10% superiores à melhor proposta (a diferença percentual será de 5% em caso de pregão). [...] Apesar do silêncio da Lei, entendemos que o empate ficto somente será possível se a licitação for

> pautada pelo critério de preço (exs.: 'menor preço', 'maior lance'), não sendo viável a presunção do empate nos tipos de licitação fundados na técnica ('melhor técnica' ou 'técnica e preço'), tendo em vista que a legislação, ao tratar do empate ficto e do desempate, utilizou constantemente a expressão 'preço' (art. 44, § 2º; art. 45, I e III, da LC 123/2006). Em caso de empate ficto, a microempresa ou empresa de pequeno porte com melhor classificação poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado (art. 45, I)". (OLIVEIRA, 2018, p. 150).

A correta interpretação constitucional impõe que se observe à perfeição a dicção da Lei Complementar em comento, de modo a dar plena efetividade a seu conteúdo, que materializa, como dito, o comando constitucional em vigor. Espera-se, com isso, prosseguir no enfrentamento da inglória – porém auspiciosa – trajetória de incentivo à atividade empresária no Brasil, a despeito das dificuldades que as oscilações típicas de um ambiente democrático de baixa densidade provocam.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado.* 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello. *Garantia de Tratamento Diferenciado, Simplificado e Favorecido para as Micro e Pequenas Empresas.* O Simples e a igualdade tributária: comentários à Lei Complementar n. 147/2014. Brasília: OAB, Conselho Federal. Organização: Ordem dos Advogados do Brasil e Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República, 2014, p. 190. Disponível em: http://ambiente.educacao.ba.gov.br/conteudos/download/4084.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AMORIM, João Luiz. *ICMS*: questões controvertidas – doutrina e jurisprudência. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

AVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário.* 5. ed. Saraiva, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária.* São Paulo: Malheiros, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações ao poder de tributar.* 7. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2006.

CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS.* 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CARRAZZA, Roque. *Curso de direito constitucional tributário.* 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário.* 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro.* 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CORREIA NETO, Celso de Barros. *O avesso do tributo.* São Paulo: Almedina, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário.* 31. ed. rev. e atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito constitucional tributário.* 2. ed. rev. e atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS teoria e prática.* 7. ed. atual. São Paulo: Dialética. 2004.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*: teoria e prática. 7. ed. São Paulo: Editora Forense, 2018.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário:* completo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. *Impostos Federais, Estaduais e Municipais.* 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Tributação e concorrência.* Série Doutrina Tributária Vol. IV. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

SERVIÇO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *Perfil das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.* Brasília: SEBRAE, abril de 2018. Disponível em: http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/RO/Anexos/Perfil%20das%20ME%20e%20EPP%20-%2004%202018.pdf. Acesso em: 15 jul. 2019.

SOUSA, Rubens Gomes. *Compêndio de legislação tributária.* São Paulo, Resenha Tributária. 1975.

VIII. Teoria da empresa

Fábio Ulhoa Coelho

Por "teoria da empresa" costuma-se designar um conjunto de reflexões, desenvolvidas inicialmente por juristas italianos, que orientam a definição do âmbito de incidência das normas de direito comercial (ASQUINI, 1996, p. 109). Serve, nesse sentido, de contraponto a outro conjunto de reflexões com igual objetivo, desta vez ambientado no direito francês, e conhecido como "teoria dos atos de comércio".

Pela chamada "teoria da empresa", a definição do objeto do direito comercial não é orientada pela espécie de ato jurídico praticado, mas sim pelo sujeito que o pratica. Sempre que alguém se dedicar à organização de uma atividade econômica com determinadas características, estará sujeito ao direito especial (comercial) e não ao geral (civil), em suas relações privadas.

O direito positivo brasileiro transitou da teoria dos atos de comércio para a da empresa, ao fim de um longo processo. O Código Comercial, de 1850, era considerado um diploma filiado ao sistema francês, principalmente porque o diploma processual que o acompanhou (o Regulamento 737, do mesmo ano), ao circunscrever a competência dos Tribunais do Comércio (art. 19), listou uma série de atos, que costumava ser apontada pela doutrina como abrangendo os "atos de comércio" (MENDONÇA, 1963, p. 444). Albergavam-se naquele rol a compra de bens móveis ou semoventes para a revenda, a manufatura (indústria), os bancos, seguros e outros.

Basicamente, três atividades econômicas de relevo não se encontravam na lista dos "atos de comércio", e eram, por isso, disciplinadas pelo direito civil: imobiliária, rural e a de prestação de serviços.

Na segunda metade do Século XX, a insuficiência do critério de delimitação do âmbito de vigência do direito comercial acabou por se patentear, principalmente em função do aumento da complexidade da economia. Leis esparsas passaram a não diferenciar certas atividades econômicas, tratando igualmente tanto as incluídas como as excluídas da relação dos atos de comércio. O exemplo mais significativo é o Código de Defesa do Consumidor, de 1990 (FÁBIO ULHOA COELHO, 1994).

A transição do direito positivo brasileiro para a "teoria da empresa" completouse com a edição do Código Civil, de 2002. A partir do conceito de empresário abrigado no seu art. 966 e parágrafo único, pode ser extraído o de "empresa": é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

Do conceito de empresa, extraído da lei, destacam-se quatro noções que merecem ser aprofundadas: atividade, econômica, organizada, para a produção ou circulação de bens ou serviços.

Atividade. Esse é uma noção de fundamental importância, para a "teoria da empresa". Ela afasta algumas imprecisões de linguagem, nas quais incorremos no dia a dia.

Se empresa é atividade, não se mostra tecnicamente correto chamar por esta expressão o sujeito que a explora. O mais adequado é empregarmos a expressão "empresário", que identifica tanto a pessoa natural ("empresário individual") como a pessoa jurídica ("sociedade empresária"). É errado, por exemplo, dizermos "a empresa faliu", a "a empresa comprou" etc, pois quem fale ou compra é o sujeito de direito, o empresário.

Do mesmo modo, é incorreto chamar de "empresa" o local em que a atividade é explorada. O termo técnico, neste caso, é "estabelecimento empresarial". Não devemos dizer "a empresa foi ampliada", por exemplo, referindo-se ao imóvel em que ela se instalou.

Por fim, sendo a empresa uma atividade, também se mostra indevida a utilização dessa expressão como sinônimo de "sociedade empresária", como costuma acontecer em frases como "fulano e sicrano abriram uma empresa" (na verdade, eles contrataram uma sociedade), ou "os bens da empresa" (a rigor, os bens sociais ou da sociedade).

Apenas está correta a utilização da expressão "empresa" quando for sinônima de "empreendimento", porque somente neste caso estaremos nos referindo a uma atividade, como decorre do art. 966 do CC. Deste modo, quando mencionamos o princípio da "preservação da empresa", não estamos nos reportando nem ao empresário, nem ao estabelecimento ou a uma sociedade empresária, mas sim a um determinado empreendimento econômico, cuja manutenção interessa à coletividade (mesmo que sob a propriedade e direção de outro sujeito de direito; mesmo que instalada em localidade diversa etc.).

Atividade econômica. A empresa é uma atividade econômica, ou seja, algo que se faz visando ganhar dinheiro. O lucro é a motivação principal, senão única, do empresário ao organizar uma atividade com o objetivo de oferecer bens ou serviços no mercado. No âmbito do direito comercial, os atos gratuitos têm presença bastante reduzida e nenhuma importância.

Atividade econômica organizada. Não é qualquer tipo de atividade econômica que se caracteriza como uma empresa. É indispensável que ela ostente determinadas características, que são referidas pela noção de "organização".

Organizada, então, é a atividade econômica em que se articulam os fatores de produção (que são o capital, mão de obra, insumos e tecnologia) com um mínimo de densidade. Quer dizer, o empresário reúne capital significativo (próprio ou de terceiros), adquire ou desenvolve tecnologia de certa complexidade, contrata vários empregados e adquire insumos de outros empresários, em quantidade apreciável.

A exata configuração da organização empresarial nem sempre é fácil de definir; mas é razoavelmente possível distinguirem-se as atividades não organizadas (explorada, por exemplo, por um pescador que trabalha diretamente na pesca, com a ajuda de um auxiliar ou parente) das organizadas (hotel, hospital, fábrica etc). O direito comercial disciplina apenas estas últimas.

Atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. A produção de bens é exemplificada pelas fábricas (têxtil, siderúrgicas, de eletrodomésticos etc); a produção de serviços pelos bancos, seguradoras, hotéis, laboratórios de análise clínica etc; a circulação de bens se encontra nas atividades comerciais, como as dos supermercados, revenda de automóveis, lojas de roupa etc; e, por fim, a circulação de serviços se pode encontrar nas agências de turismo, por exemplo.

Note que as atividades econômicas imobiliárias e as de prestação de serviços, de acordo com a teoria da empresa, passam para o âmbito do direito comercial, desde que, naturalmente, sejam exploradas com a organização característica das atividades empresariais.

Para encerrar, convém tratar de alguns casos específicos.

Atividades rurais. Os agricultores, pecuaristas, extrativistas e exercentes de outras atividades rurais estão sujeitos a um regime próprio. Estarão

sujeitos ao direito comercial, independentemente do elemento organizacional, se estiverem registrados na Junta Comercial; e submetem-se ao direito civil, caso não tenham solicitado esse registro (art. 971 do CC).

Profissionais liberais. Os profissionais liberais, enquanto exercentes de atividade intelectual, estão em princípio excluídos do conceito de empresários, pelo parágrafo único do art. 966 do CC. Somente se submetem ao direito comercial, caso sua atividade constitua "elemento de empresa".

Sociedades anônimas. Se o empresário for uma pessoa jurídica (sociedade empresária) do tipo sociedade anônima, não há que se indagar nada a respeito da atividade econômica por ele exercida, porque estará, independentemente das características desta, sujeita ao direito comercial (Lei n. 6.404/76, art. 2º, § 1º).

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

ARDUIN, Ana Lúcia Alves da Cunha. A teoria jurídica da empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa (coord.). *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1, p. 74-102.

ASQUINI, Alberto. Os perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo: RT, outubro-dezembro de 1996, vol. 104, p. 109.

CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial* – direito de empresa. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1. p. 25-32.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 22. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 25-47. v. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 1-21.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa (coord.). *Tratado de direito comercial.* São Paulo: Saraiva, 2015, vol. 1, pgs.103/121.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7ª edição. Atualizado por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro e São Paulo: Freitas Bastos, 1963, vol. I, pgs.444 e ss.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Estatuto dogmático do direito comercial. *In:* COELHO, Fábio Ulhoa (coord.). *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 13-48. v. 1.

IX. Empresário I (da caracterização e da inscrição)

Marcelo Guedes Nunes

1 Caracterização

O Brasil é um país de empreendedores. As obras historiográficas recentes de Jorge Caldeira (2017) nos ajudaram a entender e em certa medida reescrever o papel do empreendedor na construção da identidade e da riqueza nacional, que desde muito cedo estiveram lastreadas na atividade empresarial econômica e em um mercado doméstico pujante.

Essa história de empreendedorismo, a despeito de seus percalços, prossegue nos dias atuais.

Os dados do PNAD[1] revelam que em maio de 2019 havia 92,9 milhões de pessoas trabalhando no País, das quais 33,222 milhões eram empregados com carteira assinada e 28,455 milhões eram empregadores por conta própria profissionais liberais, trabalhadores por conta própria e empregadores em geral.

Essa mesma pesquisa realizada em janeiro de 2012 demonstrou que das 87,632 milhões de pessoas trabalhando no País, 33,393 milhões eram trabalhadores com carteira assinada e 23,907 milhões estavam por conta própria.

Os resultados do PNAD indicam que a população de empreendedores (gênero que inclui empresários, profissionais liberais e demais pessoas que trabalham por si ou têm empregados) aumenta em média em 700.000 pessoas por ano, enquanto a quantidade de empregados registrados diminui. Mantido esse padrão, estima-se que em 2025 a quantidade de empreendedores ultrapassará a de trabalhadores com carteira registrada, fato demográfico com profundas implicações não apenas jurídicas, mas também políticas e sociológicas (FRANCO, 2018).

[1] Disponível em: http://www.cbicdados.com.br/menu/emprego/pnad-ibge-arquivos-resultados-brasil. Acesso em: 23 jul. 2019.

Essa é a razão de o direito empresarial ter adquirido nos últimos anos uma proeminência inédita, com a proliferação de legislações especializadas e a ampliação de instâncias judiciárias especializadas.

O Código Civil define empresário no seu art. 966 como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens e serviços. A compreensão desse conceito pode ser melhor acessada através da decomposição e discussão dos principais elementos que integram a sua definição.

O empresário pode ser uma pessoa física ou jurídica. A pessoa física que exerce isoladamente atividade empresarial é denominada empresário individual. A sociedade que exerce atividade empresarial é denominada sociedade empresária.

No que se refere às pessoas físicas, qualquer pessoa que estiver em pleno gozo da sua capacidade civil e não estiver legalmente impedida pode exercer atividade empresarial.

A situação de incapacidade civil impede, por exemplo, que os menores de 16 anos, os portadores de deficiência ou enfermidade mental que afete seu discernimento ou aqueles que não possam exprimir sua vontade exerçam atividade empresarial.

Já os impedimentos são impostos como sanção (por exemplo, no caso do falido) ou como vedação ao exercício concomitante de outras funções tidas como incompatíveis com o exercício da atividade empresarial, seja por provocar conflito de interesses ou por demandar dedicação integral (por exemplo, militares, leiloeiros, funcionários públicos e magistrados).

Outra característica importante é a do profissionalismo. O empresário no desempenho de suas atividades assume riscos, cuja contrapartida é a possibilidade de auferir lucros. Ele é o único responsável pela realização do cálculo econômico de correspondência entre os investimentos feitos e a rentabilidade esperada de sua atividade e assume sozinho os riscos a ela inerentes. Assim, por força do profissionalismo, todo empresário presume-se experiente, informado e parassuficiente nas relações com seus pares.

A presunção de profissionalismo acarreta relevantes consequências jurídicas.

Primeiro, o empresário não é tido como hipossuficiente diante de outros empresários e não pode, por exemplo, invocar o Código de Defesa do Consumidor em sua defesa.

Segundo, a invalidação ou revisão contratuais estão sujeitas ao princípio da intervenção mínima e só podem ser decretadas em casos excepcionais.

Dessa forma, mesmo que prestação e contraprestação sejam desproporcionais o contrato deve ser cumprido, salvo se essa excessiva onerosidade for superveniente, imprevista, extraordinário e seu risco não estiver objetivamente considerado pelo próprio contrato.

Da mesma forma, o empresário não pode alegar inexperiência em sua defesa e o vício da lesão, aplicável aos contratos cíveis, não se aplica aos contratos empresariais.

Por fim, as regras de interpretação dos contratos não privilegiam a parte mais fraca ou com menos recursos, como no direito do consumidor ou trabalhista. A interpretação dos contratos entre empresários incentiva a criação de um ambiente de previsibilidade das relações, com regras de significado contra proferentum ou que melhor se adequem aos usos e costumes do mercado.

O último elemento é o da atividade econômica para produção de bens ou prestação de serviços.

Atividade é definida como um conjunto de atos e negócios jurídicos organizados em função de um objetivo. A atividade de panificação, por exemplo, pode ser organizada através da compra de equipamentos (forno, pás, rolos, embalagens), locação de um imóvel dotado de pontos de energia elétrica, gás e água e a contratação de funcionários, notadamente um padeiro com assistentes.

Trata-se de um conjunto de negócios jurídicos, alguns instantâneos e outros continuados, cujo encadeamento bem-sucedido resultará na produção de pães.

Se quem organiza esse encadeamento tem o objetivo de vender pães a um preço agregado superior ao valor gasto na prática dos atos e negócios, auferindo lucro, temos uma atividade com fins econômicos. A partir desse ponto, a atividade se torna uma empresa, os bens adquiridos para a sua constituição, e contratos celebrados com empregados, fornecedores e outros parceiros correspondem ao estabelecimento empresarial e o organizador se torna um empresário.

As atividades que não perseguem fins econômicos não são de natureza empresarial. Associações com finalidades artísticas, científicas ou educa-

cionais, por exemplo, a despeito de assumirem estruturas organizacionais de elevada complexidade, não são empresa porque não visam o lucro.

Da mesma forma, o exercício de profissão de natureza estritamente científica, literária e artística (advocacia e medicina são os exemplos mais comuns) não é considerado empresa ainda que vise lucro, tendo em vista que a atividade desempenhada pelos profissionais, mesmo que reunidos em sociedade, é preponderantemente intelectual.

2 Inscrição

O empresário, tanto pessoa física como jurídica, é obrigado a se inscrever no Registro Público de Empresas Mercantis do local da sua sede antes do início de sua atividade (art. 967 do Código Civil). A inscrição obrigatória e a criação de um registro público de empresários tem o objetivo de incrementar a segurança nas relações negociais, viabilizar o cálculo do risco econômico e reduzir custos de transação.

Constarão obrigatoriamente da inscrição as informações básicas do empresário (art. 968 do Código Civil), incluindo nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens. Além disso, constarão ainda a firma, o capital, o objeto e a sede. Caso venha a admitir sócios, o empresário individual poderá solicitar ao Registro Público de Empresas Mercantis a transformação de seu registro de empresário para registro de sociedade empresária. Em sendo uma sociedade empresária seus atos constitutivos indicarão obrigatoriamente a razão, o objeto e o capital social, além do regime de responsabilidade (se limitado ou não) e a qualificação das pessoas físicas aptas a representar validamente a sociedade.

As informações pessoais da firma (no caso do empresário individual) ou da administração (no caso de sociedade empresária) têm o objetivo de facilitar o controle da representação adequada e da validade dos negócios empresariais. Já as informações financeiras, em especial o regime de bens do eventual casamento, o objeto e o capital investido, almejam disponibilizar informações públicas que auxiliem o cálculo de riscos em geral, notadamente o de crédito.

O registro das empresas é realizado nas juntas comerciais. Há uma junta comercial para cada unidade federativa. São 27 no total. Além das juntas, o registro está a cargo do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração – DREI, órgão federal central, integrante do

Ministério da Economia, Indústria, Comércio Exterior e Serviços, que disciplina e supervisiona o registro mercantil.

A não inscrição da sociedade empresária no registro acarreta a sua irregularidade. Como consequência, aquelas que optaram pelo regime de limitação perdem essa prerrogativa e os sócios passam a responder ilimitadamente pelas obrigações sociais. O sócio que se apresentou como representante responde de maneira direta enquanto os demais respondem de forma subsidiária.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

ASCARELLI, Tulio. *A atividade do empresário.* Trad. Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes França. Revista de Direito Mercantil, São Paulo: Malheiros, ano XLII (Nova série), n. 132, p. 203-215, out./dez. 2003.

ASCARELLI, Tulio. *O empresário.* Trad. Fábio Konder Comparato. Revista de Direito Mercantil, São Paulo: Malheiros, n. 109, p. 183-189, jan./mar. 1988.

ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa.* Trad. Fábio Konder Comparato. Revista de Direito Mercantil, São Paulo: Malheiros, n. 104, Ano XXXV (Nova Série), out./nov. 1996.

CALDEIRA, Jorge. *História da riqueza no Brasil*. São Paulo: Estação Brasil, 2017.

FRANCO, Gustavo. *27 milhões de empreendedores.* 2018. Disponível em: https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,27-milhoes-de-empreendedores,70002241267. Acesso em: 23 jul. 2019.

MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil.* São Paulo: Max Limonad, 1970. (Capítulo V – Da atividade negocial: empresários e sociedades)

X. Empresário II (da capacidade)

Antônio Augusto de Souza Coelho

O termo capacidade é utilizado no Direito para designar a aptidão jurídica para a prática de certos atos ou para figurar como titular de determinada situação ou complexos de relações jurídicas. Embora a capacidade de exercício (ou capacidade de gozo), prevista nos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, seja a mais conhecida dentre as capacidades jurídicas, consistindo na aptidão genérica para a prática dos atos da vida civil de forma autônoma, certo é que tal capacidade não é a única prevista no ordenamento jurídico. Ao lado dessa capacidade genérica encontram-se outras capacidades, tidas como específicas, dentre as quais se encontra a capacidade de ser empresário.

> Os ordenamentos jurídicos, além da capacidade jurídica, reconhecem sujeitos de direito outras capacidades, tanto de direito material, como de direito formal, que se referem à possibilidade de exercício de direitos ou de prática de condutas idôneas a compor suportes lácticos de fatos jurídicos lato sensu, em face da particularidade que caracteriza cada uma e que as diferencia da capacidade jurídica, cujo traço distintivo se singulariza na generalidade de que se reveste. Assim é que há, dentre as mais importantes: (i) em direito privado material, (a) a capacidade de agir, de que são espécies: (a.a) a capacidade negocial, (a.b) a capacidade de praticar ato jurídico stricto sensu, (a.c) a capacidade de praticar ato-fato jurídico, (a.d) a capacidade de praticar ato ilícito relativo e ato ilícito stricto sensu, (a.e) a capacidade para obrigar-se por fato jurídico indenizativo, (a.f) legitimação hereditária; (b) a capacidade de ser empresário. (MELLO, 2015, p. 114).

Assim, na medida em que a Lei pode estipular requisitos para que alguém possa atuar como empresário, é possível falar em capacidade de ser empresário[1]. Tal capacidade só pode se referir, portanto, a uma ap-

[1] Regulada hoje pelos artigos 972 e seguintes do Código Civil de 2002. Enquanto vigia o CC/16, a matéria era tratada pelo Código Comercial e a denominação empregada era a "*capacidade*

tidão para exercer "empresa". E, nesse ponto, em que pese a equivocidade do termo "empresa" – uma vez que o vocábulo se refere tanto a fato econômico, como a sujeito econômico e ainda a um sujeito de direito econômico[2] –, o fato é que a capacidade de ser empresário é tratada pelo ordenamento privado como sendo a aptidão específica que alguém possui para exercer atividade econômica organizada e profissional com a finalidade de promover a produção de bens ou a circulação de bens e serviços (CC/02, art. 972[3] c/c art. 966). Veja-se que "a capacidade de ser empresário é espécie da capacidade de agir, e não se confunde com a capacidade negocial. Rege-se por normas próprias, que estabelecem incapacidades específicas" (MELO, 2015, p. 128-129). Tais elementos que tornam alguém incapaz para exercer atividade empresarial seriam, então, a própria incapacidade civil e/ou a existência de um impedimento legal.

Veja-se que o art. 972 do CC/02[4] estabelece uma distinção lógica entre capacidade de ser empresário e impedimentos para ser empresário, uma vez que estabelece a ausência de impedimentos como um requisito negativo para se ter capacidade de ser empresário. Assim sendo, não se confundem estes três conceitos: capacidade de ser empresário, capacidade de exercício e impedimentos para ser empresário[5]. Estes dois últimos são usados como elementos daquele primeiro.

---

para comerciar". Neste sentido, ver ambos os Códigos, disponível no sítio eletrônico do Planalto: BRASIL. União. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002** [CC/02 – Código Civil]. Brasília: Congresso Nacional, 2002 [ano da publicação originária]. Portal da Legislação do Governo Federal, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 8 abr. 2019; e BRASIL. União. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916** [CC/16 – Código Civil]. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1916 [ano e local da publicação originária]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 31 jan. 2019.

[2] Conforme ensinado desde há muito por Ana Maria Ferraz Augusto. Nesse sentido, ver: AUGUSTO, Ana Maria Ferraz. Verbete "Empresa". In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1977, v. 31, p. 284.

[3] CC/02: "Art. 972. Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos".

[4] Repito a transcrição para facilitar a consulta: CC/02, "Art. 972. Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos".

[5] No mesmo sentido, ver: RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de empresa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 52. Disponível em: https://minhabiblioteca.com.br/ e MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da eficácia, 1ª parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 128-129. Aliás, este último afirma o seguinte: "Não se confunde a incapacidade para comerciar com as proibições (impedimentos) para exercer a empresa. Os magistrados, os membros do Ministério Público e os funcionários públicos em geral são proibidos (impedidos) de ser empresários

Assim, conforme sistematização procedida por Arnaldo Rizzardo, elaborada a partir da Instrução Normativa DREI n. 38/2017 e das normas do Código Civil de 2002, temos que as seguintes pessoas não possuem aptidão de serem empresárias:

> a) as pessoas absolutamente incapazes (exceto quando autorizadas judicialmente para continuação da empresa):
>
> i) – os menores de 16 (dezesseis) anos;
>
> ii) – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
>
> iii) – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade;
>
> b) as pessoas relativamente incapazes (exceto quando autorizadas judicialmente para continuação da empresa):
>
> i) os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos[6];
>
> ii) os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
>
> iii) os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
>
> iv) os pródigos;
>
> c) os impedidos de ser empresário, tais como:
>
> i) os Chefes do Poder Executivo, nacional, estadual ou municipal;
>
> ii) os membros do Poder Legislativo, como Senadores, Deputados Federais e Estaduais e Vereadores, se a empresa "goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada";
>
> iii) os Magistrados;

em razão dos cargos que ocupam, e o falido, enquanto não reabilitado. Não são, no entanto, incapazes. Deixando os cargos ou sendo o falido reabilitado, nada os impede de exercer a empresa. A incapacidade para ser empresário não impede que o incapaz nessa espécie seja sócio ou acionista de sociedade empresarial, embora não possa exercer gerência ou função de órgão da sociedade" (p. 128-129).

[6] Ressalvadas a situação de emancipação nos termos do art. 5º, parágrafo único, do CC/02, conforme apontado por Mário Luiz Delgado em: SCHREIBER, Flávio; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 654.

iv) os membros do Ministério Público Federal;

v) os empresários falidos, enquanto não forem reabilitados;

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

vii) os leiloeiros;

viii) os cônsules, nos seus distritos, salvo os não remunerados;

ix) os médicos, para o exercício simultâneo da farmácia; os farmacêuticos, para o exercício simultâneo da medicina;

x) os servidores públicos civis da ativa, federais (inclusive Ministros de Estado e ocupantes de cargos públicos comissionados em geral). Em relação aos servidores estaduais e municipais observar a legislação respectiva;

xi) os servidores militares da ativa das Forças Armadas e das Polícias Militares;

xii) estrangeiros (sem visto permanente);

xiii) estrangeiros naturais de países limítrofes, domiciliados em cidade contígua ao território nacional;

xiv) estrangeiro (com visto permanente), para o exercício das seguintes atividades:

1) pesquisa ou lavra de recursos minerais ou de aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica;

2) atividade jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

3) serem proprietários ou armadores de embarcação nacional, inclusive nos serviços de navegação fluvial e lacustre, exceto embarcação de pesca;

4) serem proprietários ou exploradores de aeronave brasileira, ressalvado o disposto na legislação específica. (RIZZARDO, 2019, p. 52).

Caso uma das pessoas impedidas exerça atividade de empresário, ela responderá pessoalmente pelas obrigações contraídas, perdendo, portanto, a proteção legal obtida com a separação entre a pessoa jurídica empresária e a pessoa natural do sócio[7].

É possível que o supervenientemente incapaz continue exercendo a atividade empresarial, com o auxílio de seus assistentes ou representantes, se houver autorização judicial, tudo na forma do artigo 974, caput e §§, do CC/02[8]. Nesses casos, os bens que o incapaz possuía ficarão a salvo das consequências da atividade empresarial, desde que isso venha previsto no alvará de autorização e sejam estranhos à atividade empresarial. Se o representante do impedido for ele mesmo também impedido, poderá, com aprovação judicial, nomear gerentes para administrarem a atividade, na forma do art. 975, do CC/02[9]. Nesses casos, haverá registro específicos a ser realizado no órgão responsável pelo registro da empresa[10].

---

[7] Nos termos do art. 973 do CC/02, que determina o seguinte: "Art. 973. A pessoa legalmente impedida de exercer atividade própria de empresário, se a exercer, responderá pelas obrigações contraídas".

[8] CC/02, "Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança. § 1º Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros. § 2º Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização. § 3º O Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais deverá registrar contratos ou alterações contratuais de sociedade que envolva sócio incapaz, desde que atendidos, de forma conjunta, os seguintes pressupostos: (Incluído pela Lei nº 12.399, de 2011): I – o sócio incapaz não pode exercer a administração da sociedade; (Incluído pela Lei nº 12.399, de 2011) II – o capital social deve ser totalmente integralizado; (Incluído pela Lei nº 12.399, de 2011) III – o sócio relativamente incapaz deve ser assistido e o absolutamente incapaz deve ser representado por seus representantes legais. (Incluído pela Lei nº 12.399, de 2011)".

[9] CC/02, "Art. 975. Se o representante ou assistente do incapaz for pessoa que, por disposição de lei, não puder exercer atividade de empresário, nomeará, com a aprovação do juiz, um ou mais gerentes. § 1o Do mesmo modo será nomeado gerente em todos os casos em que o juiz entender ser conveniente. § 2o A aprovação do juiz não exime o representante ou assistente do menor ou do interdito da responsabilidade pelos atos dos gerentes nomeados", op. cit., loc. cit.

[10] CC/02, "Art. 976. A prova da emancipação e da autorização do incapaz, nos casos do art. 974, e a de eventual revogação desta, serão inscritas ou averbadas no Registro Público de Empresas Mercantis. Parágrafo único. O uso da nova firma caberá, conforme o caso, ao gerente; ou ao representante do incapaz; ou a este, quando puder ser autorizado", op. cit., loc. cit.

Finalmente, é possível a constituição de sociedade empresária entre cônjuges, contanto que eles não tenham casado nos regimes da separação obrigatória de bens ou no regime da comunhão universal de bens[11]. Caso o empresário seja casado, mesmo assim poderá alienar ou gravar bens da empresa sem necessidade de outorga conjugal, em virtude da autorização prevista no art. 978 do CC/02[12]. Referido dispositivo serve para não travar a atividade empresarial com burocracia indevida, já que não faria sentido vincular decisões empresariais ao cônjuge que não participa da atividade econômica.

Aplicando na prática os conceitos abordados até aqui, o TRF4 julgou um caso em que se pretendeu a desconsideração da personalidade jurídica de sociedade constituída por dois sócios, quando um deles, na data de celebração do contrato, possuía cerca de 3 (três) anos de idade, e foi representado naquela ocasião pelo outro sócio, que por sinal era seu próprio genitor. Neste caso, os julgadores no caso consideraram como desnecessário levantar o véu da personalidade jurídica, pois a incapacidade absoluta de um dos sócios, desde a criação da sociedade, teria gerado a nulidade do negócio jurídico, o que tornaria a sociedade irregular e autorizaria, portanto, que somente os responsáveis fossem alcançados[13].

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

AUGUSTO, Ana Maria Ferraz. Verbete "Empresa". In: FRANÇA, Rubens Limongi. (Coord.) *Enciclopédia Saraiva do Direito*.. Coord.:. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 31: de embargos de terceiro a empréstimo particular.

[11] CC/02, "Art. 977. Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória", op. cit., loc. cit.

[12] CC/02, "Art. 978. O empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real", op. cit., loc. cit. Ainda sobre o tema das relações familiares na *capacidade de ser empresário,* insta considerar os seguintes artigos: "Art. 979. Além de no Registro Civil, serão arquivados e averbados, no Registro Público de Empresas Mercantis, os pactos e declarações antenupciais do empresário, o título de doação, herança, ou legado, de bens clausulados de incomunicabilidade ou inalienabilidade. Art. 980. A sentença que decretar ou homologar a separação judicial do empresário e o ato de reconciliação não podem ser opostos a terceiros, antes de arquivados e averbados no Registro Público de Empresas Mercantis", CC/02, op. cit., loc. cit".

[13] TRF-4 – AG: 4453 PR: 2008.04.00.004453-1, Relator: JOEAL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 30.04.2008, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicacão: DE 13.05.2008.

BRASIL. União. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002* [CC/02 – Código Civil]. Brasília: Congresso Nacional, 2002 [ano da publicação originária]. Portal da Legislação do Governo Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

BRASIL. União. *Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916* [CC/16 – Código Civil]. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1916 [ano e local da publicação originária]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 31 jan. 2019.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*: empresas, empresários e sociedades. 42. ed. rev. atual. e ampl. por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia, 1ª parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 114.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de empresa. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 52. Disponível em: minhabiblioteca.com.br.

SCHREIBER, Flávio; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil Comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

XI. O empresário rural

Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira e Silva

1 Notas introdutórias

O Código Civil regulou no art. 971 a possibilidade de o empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, poder optar por se inscrever no Registro Público de Empresas Mercantis, sendo que, se o fizer, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro obrigatório, tanto no que diz respeito aos ônus como às vantagens.

Desta forma, valendo-se o empresário rural da faculdade legal de inscrever-se na Junta Comercial, poderá adotar uma firma individual, será inscrito no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, terá a obrigação de escriturar contabilmente os livros empresariais e deverá levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico. Outra possibilidade seria a constituição de uma empresa individual de responsabilidade limitada, com a evidente vantagem da limitação patrimonial, mas o ônus de ter o capital mínimo ao menos igual a cem vezes o maior salário mínimo vigente no país. Recentemente, tornou-se possível transpor este óbice em decorrência da mais nova alteração legislativa[1] que autorizou o funcionamento da sociedade limitada unipessoal, não apenas de forma temporária. Também seria viável a utilização de outros tipos societários previstos na Lei Civil, caso haja a associação de pessoas.

De toda sorte estará sujeito à falência e terá o direito de requerer a recuperação judicial ou a homologação da recuperação extrajudicial, nos termos da Lei nº 11.101/2005. A faculdade de equiparação do produtor rural ao empresário mercantil, com a consequente sujeição daquele à falência e a concessão do direito de postular a recuperação judicial é uma novidade instituída pelo Código Civil de 2002, já que o Código Comercial e

[1] A Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, alterou o art. 1052 do CC, que passou a vigorar a com a seguinte redação: "Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social. § 1º A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas. § 2º Se for unipessoal, aplicar-se-ão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social."

o Decreto-lei nº 7.661/45 não admitiam a falência nem a concordata de agricultor ou agropecuarista.

Hodiernamente, tem sido suscitado perante os tribunais discussão sobre a natureza jurídica do registro do empresário rural nas juntas comerciais, isto é, se o registro opcional tem natureza declaratória ou constitutiva, debate este que se estende à interpretação do artigo 48 da Lei de Falências, o qual exige como requisito para se requerer a recuperação judicial que no momento do pedido o empresário exerça regularmente a atividade empresarial há mais de dois anos.

Tais questões, como veremos, têm implicações práticas extremamente relevantes mercê do que, a análise deste tema se reveste de importância e atualidade.

2 O empresário rural: implicações práticas em se definir a natureza jurídica do seu registro na Junta Comercial

Cumpre agora analisar o empresário rural no Código Civil e na Lei de Falências e Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101/2005), já que o mesmo historicamente tem tratamento diferenciado e privilegiado, em virtude das particularidades e dificuldades enfrentadas na exploração da atividade rural.

Como salientado linhas acima nosso atual Código Civil inovou ao permitir, no art. 971, a faculdade de o empresário rural, voluntariamente, equiparar-se legalmente ao empresário mercantil e submeter-se à regência da legislação comercial.

Trata-se de mera permissão, ou melhor, de faculdade, conferida pela lei ao empresário rural evidenciada pelo legislador na utilização do verbo "poder" no artigo 971 do Código Civil.

Segundo Gladson Mamede a principal particularidade da empresa rural é a concessão ao empresário rural de uma faculdade de optar ou não pelo registro mercantil.[2]

Apenas poderá exercer tal faculdade o "empresário cuja atividade rural constitua sua principal profissão", a contrario sensu, se outra for a principal atividade do ruralista, por exemplo, a industrial ou comercial, não caberá referida faculdade, pois, no caso, ele obrigatoriamente de-

[2] Gladson Mamede. *Empresa e atuação empresarial*, 2004, p. 90.

verá registrar-se como empresário, por se enquadrar nos artigos 966 e 967 do Código Civil.

Observadas as formalidades do art. 968, do Código Civil, o produtor rural poderá requerer sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede.

Em um primeiro momento doutrina[3] e jurisprudência consideraram como constitutiva a natureza jurídica de tal registro, uma vez que antes de exercer a faculdade de inscrever-se na Junta Comercial o ruralista não é reputado pelo Código Civil como empresário razão pela qual, a natureza deste registro, facultativo ou opcional, constitui a condição de empresário, uma vez que é a partir do ato registral que o produtor rural se equipara juridicamente, para todos os efeitos, ao empresário sujeito ao registro compulsório.

Referido entendimento foi inclusive objeto do enunciado 201 aprovado na III Jornada do Conselho da Justiça Federal: "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." Entretanto, recentemente, em virtude da necessidade de se estimular a atividade econômica e ao mesmo tempo preservar a empresa rural, bem como em decorrência da inclusão do § 2º ao art. 48[4] da Lei 11.101/2005, a doutrina e a jurisprudência passaram a questionar tal posicionamento jurídico.

Isto porque a questão relativa à natureza jurídica do registro do empresário rural não é meramente teórica, uma vez que pode acarretar importantes implicações práticas principalmente no que concerne à possibilidade do rural pedir recuperação judicial. O que passamos a analisar.

O artigo 48 da Lei de Falências e Recuperação de Empresas determina para que a recuperação possa ser deferida que o devedor no momento do pedido de recuperação "exerça regularmente suas atividades há mais de

[3] Neste sentido Alfredo Gonçalves neto assevera: "Por isso, a natureza constitutiva da inscrição: ela implica modificação no status pessoal do optante, submetendo-o a novas regras definidoras de obrigações e direitos no exercício de sua empresa, diversas daquelas a que antes se subsumia" *in* Alfredo de Assis Gonçalves Neto. *Direito de empresa*, 2008, p. 85.

[4] § 2º Tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013).

2 (dois) anos". Diante de tal imposição legal exigia-se que o ruralista estivesse devidamente matriculado, por um período de dois anos anteriores ao pedido de recuperação judicial, como requisito para a sua concessão.[5]

Isto porque, considerando ser o registro do rural constitutivo este só poderia pedir recuperação judicial depois de transcorrido o prazo registral de dois anos exigido pelo caput do art. 48 da Lei 11.101/2005, uma vez que antes do registro ele não seria considerado empresário regular.

Ocorre que em sendo o registro do rural facultativo não há nenhuma irregularidade no fato dele exercer a sua atividade sem o devido registro, o que não ocorre com os outros empresários, ou seja é possível a utilização de outros meios de prova, que não o registro na Junta Comercial, para comprovar o exercício regular da atividade rural.

Todavia não é possível o deferimento da recuperação judicial sem o devido registro, ou seja, o registro não precisa ter sido efetivado dois anos antes do pedido de recuperação judicial, mas precisa ter sido requerido antes do processamento do pedido de recuperação. Isto porque, o registro é facultativo, mas apenas após o registro é que o rural se equipara ao empresário sujeito a registro.

Na lição de Araldo Telles[6]:

> Assim, não é difícil concluir que, se, para os empresários em geral, exige-se registro mercantil antecedente de dois anos para que possa requerer a recuperação judicial ou extrajudicial, o mesmo não sucede com os empresários rurais porque para eles, o registro na Junta Comercial é facultativo. Exige-se, é certo, que o façam para deduzir o requerimento, mas estão dispensados de comprová-lo pelos dois anos antecedentes, bastando que comprovem o exercício da atividade por tal lapso de tempo.

Em decorrência desta importante mudança concernente aos requisitos para que o rural tenha seu pedido de recuperação judicial deferido parte expressiva dos juristas passaram a defender ser declaratório o registro do rural dado que a atividade antecedente ao ato do registro também deve ser considerada regular e viabiliza que sejam computados para fins

[5] Ap. 994.09.293031-7, rel. Des. Romeu Ricupero, j. 6/4/2010; AI 994.09.283049-0, rel. Des. Lino Machado, j. 6/10/2010.

[6] AI 2037463-15.2018.8.26.0000, rel. Des. Araldo Telles, j. 25/03/2019.

de admissibilidade do pedido de recuperação judicial o lapso temporal atinente a esta atividade[7].

Neste sentido, Manoel Justino Bezerra Filho assinala que[8]:

> A inscrição na Junta Comercial não é elemento regularizador da atividade, é apenas elemento de mudança da conceituação da atividade, que era civil e passa a ser empresária. A natureza jurídica da inscrição não é constitutiva, é meramente declaratória, incidindo sobre atividade que já se configurava como regular exercício.

Além disto, os débitos contraídos pelo produtor rural antes de seu registro na junta também devem ser incluídos no pedido de recuperação judicial.[9]

Importante ressaltar a advertência do Ministro Sidnei Benetti, no julgamento do REsp 1.193.115/MT, que embora o exercício da atividade empresária regular independa do registro na Junta Comercial, a concessão de recuperação judicial depende da certidão de inscrição na Junta Comercial, por força do art. 51 da Lei 11.101/2005, a qual poderia ser obtida a qualquer momento, antes do pedido de recuperação judicial.

Partindo deste posicionamento, concluímos que não é possível a recuperação do produtor rural não cadastrado na junta, ou seja, o registro do rural é requisito essencial à propositura da recuperação judicial. Entretanto, este registro pode se dar em qualquer momento, desde que anterior ao pedido de recuperação judicial, isto significa que a atividade exercida pelo produtor rural antes do registro poderá ser considerada empresarial se o rural tiver como comprovar esta sua natureza por outros meios probatórios. Desta forma, tornou-se forçoso entender como declaratório o registro do empresário rural na junta, uma vez que não mais é ele que constitui a condição de empresário, mas sim o efetivo exercício da atividade empresarial. Ou seja, assim como se dá com o empresário em geral o registro apenas declara o exercício da atividade empresarial.

Impede ainda ressaltar que, no julgamento do referido REsp 1.193.115/MT, a Ministra Nancy Andrighi votou em sentido contrário, admitindo que a recuperação judicial fosse concedida a despeito do fato dos pro-

[7] Corrobora este entendimento o AI. 2094438-23.2019.8.26.0000, rel. Des. Fortes Barbosa, j. 31/07/2019.

[8] Manoel Justino Bezerra Filho. Lei de recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005 – comentada artigo por artigo. 2018, p. 169.

[9] AI. 2108610-67.2019.8.26.0000, rel. Des. Fortes Barbosa, j. 07/08/2019.

dutores rurais não estarem inscritos na junta comercial antes do ingresso do pedido em juízo. Ou seja, no entendimento da Ministra o registro do rural além de declaratório não seria obrigatório nem mesmo para o requerimento da recuperação judicial. A Ministra fundamentou sua decisão nos princípios da preservação da empresa, da observância da sua função social e na necessidade de se estimular a atividade econômica.

Apesar da inegável importância do princípio da preservação da empresa partilhamos do já referido posicionamento do Ministro Sidnei Benetti o qual defende que a exigência legal de comprovação documental da condição de comerciante é elemento essencial ao pedido de recuperação judicial, embora não haja necessidade desta comprovação ocorrer durante todo o período mínimo de dois anos, em algum momento ela deve se dar.

Exsurge evidente necessidade de o Superior Tribunal de Justiça pacificar a questão, o que poderia ter ocorrido na Proposta de Afetação no REsp 1.684.994/MT, mas que infelizmente fora rejeitada em razão da ausência de precedentes sobre a matéria.

É inegável a relevância do setor agropastoril para a economia do nosso país o que per se justifica a possibilidade de se comprovar o exercício da atividade rural por outros meios de prova, mas, frise-se, mais uma vez, que defendemos que esta importância não dispensa, a necessidade de que em algum momento o rural se registre para que possa ser considerado empresário.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. trad. Fábio Konder Comparato. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 104, outubro-dezembro, 1996.

BEZERRA FILHO. Manoel Justino. *Lei de recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005 – comentada artigo por artigo*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa: à luz do novo Código Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação* de empresas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DELGADO, José Augusto. *Interpretação contemporânea da Lei de recuperação judicial e sua aplicação ao produtor rural quando pratica atos empresariais*. Revista de direito empresarial e recuperacional. Florianópolis: Editora conceito editorial, vol. 0, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FERREIRA, Waldemar. *Instituições de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Editora Livraria Freitas Bastos, vol. 1, 1951.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito De Empresa – Comentários Aos Artigos 966 A 1.195 Do Código Civil.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial.* 9ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2014.

MAMEDE, Gladson. *Empresa e atuação empresarial*. São Paulo: Atlas, vol. 1, 2017.

PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. *O empresário no Código Civil*. Revista do advogado: homenagem a Theotonio Negrão. São Paulo: AASP, nº 81, abril, 2005.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário.* São Paulo: Atlas, vol. 1, 2019.

VALERI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Firenze: Casa Editrice Carlo Cya, vol. 1, 1950.

XII. Do registro público de empresas

Armando Rovai

Paulo Sérgio Nogueira Salles Júnior

1 Introdução acerca do registro público de empresas

Quando se trata do Registro Público de Empresas, deve-se observar que este tem fundamental importância no cenário empresarial, pois tem as seguintes finalidades: dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas; cadastrar as empresas nacionais e estrangeiras em funcionamento no País e manter atualizadas as informações pertinentes; proceder à matrícula dos agentes auxiliares do comércio, bem como ao seu cancelamento.

Aqui, deve-se, trazer à baila, os ensinamentos do Professor Fábio Ulhoa Coelho, especificamente, referente ao volume que é dedicado à "introdução ao direito comercial" e "teoria geral das sociedades" e compreende quatro núcleos temáticos: teoria da empresa, função social da empresa, empresário e introdução ao direito societário, alguns pontos de relevância para o aprofundamento do tema registro público de empresas na atualidade, devem ser observados, assim vejamos:

> As juntas comerciais são as responsáveis pela execução do arquivamento dos documentos relativos à constituição, alteração e dissolução de empresas individuais, sociedades empresárias e cooperativas, respectivamente, em cada unidade federativa.
>
> Por questões organizacionais e de competência processual, cumpre esclarecer que as juntas possuem subordinação ao Departamento de Registro Empresarial e Integração que tem por finalidade supervisionar e coordenar, no plano técnico, os órgãos de execução dos serviços de Registro de Empresas, estabelecendo normas procedimentais de arquivamento de atos societários e, administrativamente, subordinam–se ao governo estadual competente. (ULHÔA, [2015]).

2 Dos tipos societários e suas formas de registro

Tecidos os primeiros comentários acerca do Registro Público de Empresas, devemos verificar as regras principais que devem ser aplicadas aos Empresários Individuais, Empresários Individuais de Responsabilidade Limitada, Sociedades Limitadas, Sociedades Anônimas e Cooperativas, como será abordado em sequência.

2.1 Empresário individual

Será considerado empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, conforme dispõem o Código Civil Brasileiro.

É obrigatória, pois, a inscrição deste no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade. A referida inscrição far-se-á mediante requerimento de inscrição de Empresário Individual que contenha o seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens; a firma, com a respectiva assinatura; o capital e o objeto e a sede da empresa.

À margem da inscrição, e com as mesmas formalidades, serão averbadas quaisquer modificações nela ocorrentes, como alteração do nome civil, do objeto, do capital declarado e do tipo jurídico.

2.2 Empresário individual de responsabilidade limitada – Eireli

A constituição de uma Empresa Individual de Responsabilidade Limitada deve conter, no mínimo, o título (Ato Constitutivo); o preâmbulo, com a qualificação do titular da empresa ou de seu procurador; e o corpo do ato constitutivo, contendo o nome empresarial e o capital; e o fecho. Caso seja constituída apenas por pessoa natural deverá constar, também, cláusula com a declaração de que o seu titular não participa de nenhuma outra empresa dessa modalidade.

Aqui deve ser feita uma ressalva, quando se trata da EIRELI, tem-se a particularidade do seu capital social mínimo de 100 salários mínimos, bem como que a pessoa natural só pode ter uma empresa deste tipo societário.

2.3 Sociedade limitada

Principal ponto a ser tratado na sociedade limitada trata-se da sua limitação de responsabilidade, tendo em vista que a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social. A sociedade limitada rege-se, nas omissões das regras estipuladas entre os arts. 1052 ao 1087 do Código Civil, pelas normas da sociedade simples. O contrato social, contudo, poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

Assim, para se efetuar a Constituição de Sociedade Limitada é necessário que o Contrato Social contemple o nome empresarial, que poderá ser firma social ou denominação social; capital da sociedade, expresso em moeda corrente, a quota de cada sócio, a forma e o prazo de sua integralização; endereço completo da sede (tipo e nome do logradouro, número, complemento, bairro/distrito, município, unidade federativa e CEP) bem como o endereço das filiais; declaração precisa e detalhada do objeto social; prazo de duração da sociedade; data de encerramento do exercício social, quando não coincidente com o ano civil; as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições; qualificação do administrador não sócio, designado no contrato; participação de cada sócio nos lucros e nas perdas; e foro ou cláusula arbitral.

O contrato social ainda poderá conter as regras das reuniões de sócios (art. 1.072 do CC); previsão de regência supletiva da sociedade pelas normas da sociedade anônima (§ único, art. 1.053 do CC); exclusão de sócios por justa causa (art. 1.085 do CC); designação de pessoa não sócia como administrador (art. 1.061 do CC); instituição de conselho fiscal (art. 1.066 do CC); e outras, de interesse dos sócios.

O objeto social não poderá ser ilícito, impossível, indeterminado ou indeterminável, ou contrário aos bons costumes, à ordem pública ou à moral. Do fecho do contrato social deverá constar a localidade e data do contrato; e nomes dos sócios e respectivas assinaturas.

A administração da sociedade será exercida por uma ou mais pessoas designadas no contrato ou em ato separado. Quando o administrador for nomeado em ato separado, este deverá conter seus poderes e atribuições.

2.4 Sociedades anônimas

Como primeira caraterística para a Constituição de Sociedade Anônima, a assembleia de constituição instalar-se-á, em primeira convocação, com a presença de subscritores que representem, no mínimo, metade do capital social e, em segunda convocação, com qualquer número.

Observadas as formalidades legais e não havendo oposição de subscritores que representem mais da metade do capital social, o presidente da assembleia geral de constituição declarará constituída a companhia.

As atas de assembleias gerais preliminares para avaliação de bens devem conter: local, hora, dia, mês e ano de sua realização; composição da mesa: nome completo do presidente (um dos fundadores) e secretário; "quórum" de instalação; e publicação do edital de convocação, salvo no caso de comparecimento de todos os subscritores, que torna desnecessária a publicação;

A indicação dos jornais (Diário Oficial e o jornal de grande circulação) que publicaram o edital, por 3 (três) vezes, mencionando, ainda, as datas e os números das folhas/páginas torna desnecessária a apresentação à junta comercial dos originais dos jornais para arquivamento/anotação.

Neste tipo societário, especificamente, vê-se a obrigatoriedade na realização das assembleias gerais, as quais tem de ser realizadas nos quatro meses seguintes ao final do exercício social, as Sociedades por Ações devem realizar a Assembleia Geral Ordinária, com finalidade de tomar as contas dos administradores, examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras; deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos; eleger os administradores e os membros do conselho fiscal, quando for o caso (art.132).

As atas das assembleias de acionistas – lavradas em livro próprio (art. 100, IV, da Lei 6.404/1976), deverão conter a assinatura, de próprio punho, dos acionistas que subscreveram o original lavrado no livro próprio e as da mesa, presidente ou secretário, salvo disposição diversa do Estatuto (art. 128 da Lei 6.404/1976), obedecendo-se ao quórum mínimo necessário para as deliberações tomadas.

2.5 Das sociedades cooperativas

As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica própria e, independentemente de seu objeto, a Lei as classifica como

sociedade simples, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados (art. 4º da Lei 5.764/1976).

Desde já, cumpre esclarecer que a junta comercial não detém poder fiscalizatório quanto a dispositivo legal que reza que as cooperativas, para seu funcionamento, sejam registradas em outras entidades.

As cooperativas têm as seguintes características, conforme segue disposto no artigo 1.094 do Código Civil e também no artigo 4º da Lei. 5.764/1971.

3 Conclusões

Tendo em vista o estudo abordado neste verbete, pode ser observado todos os pontos intrínsecos a forma de constituição e registro dos tipos societários abordados no Código Civil brasileiro.

Vale aqui destacar a função das Juntas Comerciais em arquivar os atos societários e também em promover a publicidade destes, porém têm-se uma questão polêmica, a qual é o fato destes órgãos acabarem entrando no mérito das questões societárias que são levadas ao seu registro.

Assim, não há uniformidade no registro societário, com decisões conflitantes e antagônicas, muitas vezes em expedientes societários idênticos; reitere-se, em todo o Brasil. Não são poucas as vezes que um instrumento societário apto para registro numa determinada junta, não está em condições de registro em outra.

Convive-se, assim, com um nefasto fator lotérico registrário, ou seja, exara-se exigências em documentos aptos para o arquivamento e defere-se, indevidamente, o registro societário de empresas que não poderiam ser registradas.

Nessa seara enquadra-se a necessidade premente de implementação de um novo regramento para impedir o excesso de burocracia e liturgia das juntas comerciais, incumbindo-as, apenas e taxativamente, da análise formal dos atos societários levados para registro, de acordo com os bons costumes empresariais e a ordem pública.

Por fim, as Juntas Comerciais não podem ser vistas como um entrave a vida negocial do empresário, mas sim um local de registros, onde os assessores e vogais tem a principal função de analisar os documentos segundo os parâmetros legais e arquivá-los, tomando por base a boa-fé do

particular, conforme determina o artigo 2º, inciso III, da supramencionada Medida Provisória.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

ALMEIDA, Marcelo Manhães de; ROVAI, Armando Luiz. *Registro mercantil.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito empresarial.* 22. ed. Saraiva: São Paulo.

COELHO, Fábio Ulhoa (Org.). *Tratado de direito comercial*: introdução ao direito comercial, teoria geral das sociedades. São Paulo: Saraiva, São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

ROVAI, Armando Luiz. *A justa causa na exclusão de sócio na sociedade empresária limitada.* Belo Horizonte: Del Rey, [19--?].

ROVAI, Armando Luiz. *Curso de iniciação ao direito comercial.* 2. ed. São Paulo: Campus; Elsevier, 2011.

ROVAI, Armando Luiz. *Direito de empresa.* São Paulo: Campus; Elsevier, 2011.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico.* Atual. por: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, [19--?].

XAVIER, José Tadeu Neves. O estabelecimento empresarial no direito brasileiro. *Revista de direito mercantil*, 159/160. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 90/111.

XIII. O estabelecimento empresarial

Marcelo Andrade Féres

O Código Civil brasileiro, em seu art. 1.142, prevê: "[c]onsidera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária". O estabelecimento empresarial, assim, não se confunde com o empresário (sujeito exercente da atividade econômica) nem com a empresa (atividade em si). Ele é a base material sobre a qual se exerce a empresa.

Não se pode, de modo abstrato e absoluto, proceder à elaboração de um rol dos elementos comuns a todo e qualquer estabelecimento. Ao contrário, são as características do respectivo ramo de atividade que orientam a eleição de seus elementos. Por exemplo, para a representação empresarial, o elemento preponderante talvez seja a marca. Por outro lado, para uma banca de revistas, o ponto pode se apresentar como o principal bem utilizado pelo agente econômico. A propósito, YVES GUYON assevera que toda distinção ou classificação entre os elementos do fundo é mais ou menos arbitrária, pois não há uma lógica geral acerca do tema (GUYON, 1988, p. 679). São os dados da vida que orientam o empresário sobre a utilização de um ou outro bem.

O atual Código Civil, inspirado na experiência italiana, optou por conceituar o estabelecimento, considerando-o todo complexo de bens organizado, para o exercício da empresa. Apesar da inexistência de uma enumeração dos elementos que o constituem, a doutrina costuma arrolá-los e até mesmo classificá-los.

A respeito, Newton de Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues tecem considerações elogiosas ao legislador brasileiro, pela conceituação e sistematização do estabelecimento. Confira-se:

> Por todas essas dificuldades, nunca será demais insistir na ideia de que o legislador nacional enfrentou corajosamente – e fê-lo de maneira bem sucedida – a árdua questão do estabelecimento. Tal afirmação não implica – era escusado dizê-lo – a inexistência de dificuldades de interpretação do

> sentido e alcance de alguns dispositivos do atual Código Civil, como se verá ao longo deste artigo.
>
> Aplausos, portanto, devem ser creditados ao legislador pátrio a respeito dessa importante matéria, que tanto tem desafiado a mente dos juristas. (DE LUCCA; DOMINGUES, 2010, p. 15).

No estabelecimento, de fato, além de outros elementos, podem figurar as mercadorias, o mobiliário ou as instalações, o nome empresarial, as invenções, os modelos de utilidades, os desenhos industriais, as marcas, os imóveis, o ponto empresarial e os nomes de domínio. Concorrem para a composição do estabelecimento bens corpóreos e incorpóreos, móveis e imóveis. Não há qualquer restrição prévia. Tudo depende da sorte da empresa a que se destinam os bens.

Atentando-se ao conceito legal do estabelecimento, restam, portanto, as teorias das universalidades. Afinal, no Brasil, ele seria uma universalidade de fato ou de direito?

Antes do Código Civil de 2002, a doutrina variava, ora respondendo num sentido, ora noutro. Ocorre que, naquele contexto, não havia um conceito de estabelecimento, tampouco normas referentes aos efeitos obrigacionais do trespasse, o que deu margem à formação de sólidas divergências.

Apesar desse campo de possibilidades, a doutrina brasileira há muito alinhou-se majoritariamente entre os que atribuem à azienda a qualidade de *universitas facti*. Nesse sentido, apontam-se, por exemplo, Fábio Ulhoa Coelho, João Eunápio Borges Waldemar Ferreira, Oscar Barreto Filho e Carvalho de Mendonça. Isso, a propósito, deu-se em atenção às ideias italianas que já permeavam o estudo do tema no Brasil.

Após a codificação de 2002, não há espaço para a formação de dissidências. O trato legal do estabelecimento trilha o caminho da universalidade de fato. Lembre-se que o seu art. 1.142 considera estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, seja por empresário singular ou coletivo.

Assim, a articulação dos bens caros à empresa (atividade) não se dá por força de lei, mas, sim, pelo exercício da vontade do empresário. É o sujeito titular da empresa que, ao organizá-la, amealha e mantém coesos os bens que lhe são necessários. Entre esses bens não se compreendem dívidas, créditos ou contratos. As relações jurídicas inte-

gram, outrossim, o patrimônio do empresário, ao lado dos elementos do estabelecimento.

Há algumas décadas, Oscar Barreto Filho já rejeitava a inserção de relações obrigacionais no bojo do estabelecimento, ao escrever:

> Para nós, conciliam-se perfeitamente os conceitos de patrimônio separado e de *universitas juris*, pois em ambos existem as mesmas conotações: complexo de relações jurídicas unificadas em função de uma finalidade comum, e por isso sujeito a uma regulamentação especial; embora observada de ângulos diferentes, a realidade fenomenológica é a mesma.
>
> Esclarecida dessa forma a questão, segue-se que somente poderá ser reconhecida ao estabelecimento a natureza de *universitas juris*, se lhe fôr atribuido o caráter de patrimônio separado, coexistindo a par do patrimônio restante do comerciante. (BARRETO FILHO, 1969, p. 105).

Pois bem, como a legislação brasileira vigente não cuidou de qualificar a azienda como *universitas iuris*[1], continua ele sob os auspícios de *universitas facti*. Existem pensamentos em sentido contrário e mesmo aqueles que atribuem ao estabelecimento uma natureza particular, dizendo não poder ser reconduzido às categorias das universalidades, como é a compreensão de José Tadeu Neves Xavier (ano?).

De qualquer forma, diferenciando a universalidade de fato daquela de direito, Silvio Rodrigues leciona, *in verbis*:

> Todavia, o que mais efetivamente as distingue é o liame que une as coisas componentes de uma e de outra universalidade. A universalidade de fato se apresenta como conjunto ligado pelo entendimento particular; enquanto a universalidade de direito consiste na pluralidade de coisas corpóreas e incorpóreas, a que a lei, para certos efeitos, atribui o caráter de unidade (como na herança, no patrimônio, na massa falida etc.). (2002, p. 134).

[1] Nesse particular, a doutrina tem expendido severas críticas ao Professor Sylvio Marcondes, autor do projeto do Livro do Direito de Empresa do Código Civil. O mencionado doutrinador, em sua vida acadêmica, publicou a obra intitulada *Limitação da responsabilidade de comerciante individual* (São Paulo: RT, 1956), em que pregava a limitação da responsabilidade do comerciante através da técnica do patrimônio separado ou de afetação. Causa espécie o fato de ele não ter sustentado a ideia no âmbito da codificação.

Seguindo essa inteligência, resta patente o caráter de universalidade de fato do estabelecimento empresarial no hodierno estádio da ordem jurídica brasileira. A vontade particular, de que trata o doutrinador citado, é que atua para a organização do complexo de bens. É a engenhosidade do empresário o ponto de coesão – voluntária, e não legal – do estabelecimento.

A sistemática delineada pela codificação de 2002 ocupa-se dos efeitos obrigacionais da negociação unitária da azienda, mas isso, note-se, não significa que relações obrigacionais nela se contenham. Claramente, o Codex primeiro define o que é o estabelecimento, para, a partir de sua negociação, disciplinar efeitos obrigacionais. Perceba-se que esses efeitos não estão no âmbito de estabelecimento em si. Ela é uma universalidade de fato – e é enquanto tal que interessa –, que, uma vez alienada, enseja circulação de algumas obrigações, tão-somente, com o intuito de preservação da empresa (atividade) nas mãos de seu adquirente e de proteção dos credores. Não se pode olvidar, ademais, que o Código Civil de 2002 admite, por exemplo, com respeito aos contratos – conforme será estudado oportunamente –, a exclusão dos efeitos de que cuida o seu art. 1.148. Decididamente, não se cuida de uma universalidade de direito.

Os bens que formam a universalidade de fato podem ser objeto de relações jurídicas autônomas, segundo dispõe o parágrafo único do art. 90 do Código Civil. Os bens do estabelecimento podem ser negociados de maneira unitária e, no caso, tem lugar o trespasse, ou mesmo comportam negociações singulares.

A alienação de um estabelecimento empresarial pode se dar por inúmeros títulos. Por exemplo, pode ela ter lugar em desapropriação levada a efeito pela Administração Pública, em sucessão mortis causa, em doação ou em contrato de trespasse, sendo este último a hipótese mais frequente. Conforme assinala Orlando de Carvalho (1967, p. 183), "em qualquer tipo de direito moderno que faculte ao indivíduo a liberdade das empresas ou, pelo menos, certas zonas de liberdade, existem hoje, e sempre em número maior, negociações que mobilizam o estabelecimento como um todo".

Sem dúvida alguma, foi essa praxe do trespasse que levou o legislador peninsular a dispor sobre a alienação do estabelecimento no *Codice Civile* de 1942, principalmente no tocante a seus efeitos obrigacionais, o que, de certa maneira, também se materializou ao Código Civil brasileiro.

De fato, a codificação, em seus arts. 1.146, 1.148 e 1.149, dispõe, respectivamente, sobre a circulação de obrigações (débitos), contratos e créditos entre as partes do trespasse.

Ademais, o art. 1.147 do Código Civil disciplina a vedação de concorrência no caso de alienação do estabelecimento. Em síntese, a cláusula (legal) de não concorrência traduz, no silêncio das partes, uma obrigação de não fazer do trespassante no momento pós-contratual, constituindo uma manifestação específica dos princípios da probidade e da boa-fé, cujo intuito é assegurar o pleno gozo do estabelecimento pelo trespassário, especialmente no que toca à clientela.

Permite-se, contudo, o afastamento voluntário da cláusula, pois, em alguns casos, ela é inócua, não gerando qualquer utilidade para o adquirente. Essa cláusula é endereçada precipuamente à tutela da clientela pessoal, o que pode inexistir em certos episódios. Portanto, não se mostrando conveniente às partes essa cláusula, elas deverão afastá-la expressamente; o silêncio dos contratantes comunica a interdição da concorrência.

Conclui-se, portanto, que o Código Civil, ao regular o trespasse do estabelecimento, preocupou-se basicamente com a continuação da empresa (atividade) nas mãos de seu adquirente e com a tutela dos credores do alienante.

Todavia, o índice da proteção aos credores é extremamente mais rigoroso que aquele da preservação da empresa. A codificação transfere, de forma progressiva, ao adquirente a responsabilidade pelos débitos passados, desde que regularmente escriturados. Enquanto isso, em matéria de entrega de créditos e contratos, a autonomia privada opera de maneira ampla, podendo articular arranjos, conforme a conveniência das partes.

Nesse contexto normativo, em que não é dado ao adquirente concorrer para o balizamento das dívidas que irá assumir com o trespasse, em determinados episódios, as operações de caráter societário, como, por exemplo, a cisão, a aquisição de ativos ou de controle, podem se apresentar mais convenientes. Nesses negócios, há oportunidade para se limitar o montante de passivos que será imputado à pessoa adquirente.

Um outro ponto do Código Civil que pretere a opção pela negociação do estabelecimento é a vedação peremptória de se alienar o nome empresarial, nos exatos termos do seu art. 1.164. Embora o respectivo parágrafo

único enseje a possibilidade de o adquirente "usar o nome do alienante, precedido do seu próprio, com a qualificação de sucessor", isso não é satisfatório na maioria das vezes.

Enfim, espera-se que, com essas considerações, esteja apresentado, panoramicamente, o estabelecimento na conformação que lhe imprime o direito brasileiro.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial:* fundo de comércio ou fazenda mercantil. São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 105.

CARVALHO, Orlando de. *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*: o problema da empresa como objeto de negócios. Coimbra, 1967, p. 183.

DE LUCCA, Newton *et* DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Análise Crítica da Evolução do Instituto do Estabelecimento Empresarial. *In:* FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (coord.). *Tipos societários.* São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 03/80.

DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Análise crítica da evolução do instituto do estabelecimento empresarial. *In:* FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (coord.). *Tipos societários.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15.

FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento empresarial:* trespasse e efeitos obrigacionais*.* São Paulo: Saraiva: 2007.

GUYON, Yves. *Droit des affaires.* Paris: Economica, 1998, p. 679. t. 1.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil.* São Paulo: Saraiva, 2002, p. 134. v. 1.

XAVIER, José Tadeu Neves. O Estabelecimento Empresarial no Direito Brasileiro. *In: Revista de direito mercantil,* 159/160. São Paulo: Malheiros, pp. 90/111. SEM ANO.

XIV. Nome empresarial

Maitê Cecilia Fabbri Moro

No âmbito comercial, os empresários utilizam sinais distintivos para identificar e diferenciar a si mesmos, seus produtos e seus serviços dos inúmeros concorrentes existentes no mercado.

Constituem espécies do gênero sinais distintivos: os nomes empresariais, as marcas, títulos de estabelecimentos, insígnias, indicações geográficas e, mais recentemente, os nomes de domínio.

A Constituição Federal assegura proteção aos sinais distintivos por meio de seu art. 5°, inc. XXIX, como abaixo se observa:

> Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
>
> XXIX – **a lei assegurará** aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais**, à propriedade** das marcas, **aos nomes de empresas** e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico do País (grifo do autor)

Nome empresarial, conforme os ensinamentos de Fabio Ulhoa Coelho: "é aquele utilizado pelo empresário para se identificar, enquanto sujeito exercente de uma atividade econômica"[1]. Fran Martins[2] também esclarece que é por meio do nome empresarial "que o comerciante se identifica e assume as obrigações atinentes ao seu comércio" e Modesto Carvalhosa o considera como "atributo essencial de identificação da empresa"[3]. Em outras palavras, é pelo nome empresarial que a socieda-

[1] Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2002.p. 175.

[2] Fran Martins**.** *Curso de Direito Comercial.* 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 346

[3] Modesto Carvalhosa. *Comentários ao Código Civil.* Parte Especial. Direito de empresa. Vol. 13. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 702

de reconhece o empresário, como exercendo uma determinada atividade empresarial ou industrial.

Vale notar que o nome empresarial não se confunde com o título de estabelecimento. Enquanto o nome empresarial identifica o comerciante ou industrial, o título de estabelecimento é o sinal distintivo que identifica a fachada do estabelecimento em que o empresário ou industrial exercem sua atividade.

O Código Civil de 2002 juntamente com a Lei 8.934/94, traçam os pilares para a compreensão da proteção do nome empresarial no Brasil. A Lei n° 8.934, de 18.11.1994, conhecida como Lei dos Registros Públicos das Empresas Mercantis, tratou especificamente da proteção aos nomes empresariais[4].

O nome empresarial, de acordo com o Novo Código Civil (Lei 10.406/02), distingue o empresário (art. 966) ou a sociedade empresária (art. 982) no trato diário dos negócios sociais, em suas relações jurídicas. A lei estabelece duas espécies de nomes empresariais: a firma e a denominação, bem como estabelece os casos em que se pode ou deve usar cada uma delas.

A firma, conforme o art. 1156 do CC, é formada pelo nome civil, completo ou abreviado, do empresário individual (ex. Pedro Araújo ou P. Araújo) ou de um ou todos os sócios da sociedade empresária, neste caso também chamada de razão social (ex: Pedro Araújo & Paulo Silva; Araújo & Silva ou Araújo & Cia), acrescidos do tipo societário eleito.

> Art. 1.156. O empresário opera sob firma constituída por seu nome, completo ou abreviado, aditando-lhe, se quiser, designação mais precisa da sua pessoa ou do gênero de atividade.

Já a denominação social é formada por qualquer nome, palavra ou expressão, acrescida da indicação do objeto da sociedade (ex: Global Biscoitos) e do tipo societário escolhido.

O uso da firma ou denominação dependerá do tipo societário adotado pela sociedade empresária, sendo que será obrigatória firma para sociedades que tiverem sócios de responsabilidade ilimitada. Nesse sentido estabelece o art. 1157 da CC:

[4] Vale aqui destacar também o Decreto regulamentar 1.800/96, ter ido além do disposto na lei ordinária que regulamenta, estabelecendo expressamente que a proteção ocorreria no âmbito estadual.

> Art. 1.157. A sociedade em que houver sócios de responsabilidade ilimitada operará sob firma, na qual somente os nomes daqueles poderão figurar, bastando para formá-la aditar ao nome de um deles a expressão "e companhia" ou sua abreviatura.
>
> Parágrafo único. Ficam solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações contraídas sob a firma social aqueles que, por seus nomes, figurarem na firma da sociedade de que trata este artigo.

Assim sendo, deverão adotar firma as sociedades em comandita simples, em nome coletivo. A sociedade em comandita por ações e a limitada poderão adotar firma ou denominação, como preferirem, conforme o art. 1161 e 1158, respectivamente. Já a sociedade anônima e as cooperativas deverão adotar denominação, conforme o art. 1160 e 1159, respectivamente.

O nome empresarial deve constar obrigatoriamente do Contrato social (art. 997, inc. I, CC) ou do requerimento pelo qual o empresário se inscreve no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 968 CC).

A proteção não advém de nenhum registro específico de nome empresarial, mas decorre automaticamente do arquivamento dos atos constitutivos de firma individual e de sociedades empresárias, ou de suas alterações (art. 33, Lei 8.934/94), sendo que devem obedecer a dois princípios: o da veracidade e o da novidade (art. 34, Lei 8.934/94).

> Art. 33. A proteção ao nome empresarial decorre automaticamente do arquivamento dos atos constitutivos de firma individual e de sociedades, ou de suas alterações.
>
> Art. 34. O nome empresarial obedecerá aos princípios da veracidade e da novidade.
>
> Art. 35. Não podem ser arquivados:
>
> [...]
>
> V – os atos de empresas mercantis com nome idêntico ou semelhante a outro já existente. (grifo do autor)

Observando-se o disposto nos artigos 1.163 e 1.166 do Código Civil, tem-se ainda que:

> Art. 1.163. O nome do empresário deve distinguir-se de qualquer outro já inscrito no mesmo registro.
>
> Parágrafo único. Se o empresário tiver nome idêntico ao de outros já inscritos, deverá acrescentar designação que o distinga.
>
> Art. 1.166. A inscrição do empresário, ou dos atos constitutivos das pessoas jurídicas, ou as respectivas averbações, no registro próprio, asseguram o uso exclusivo do nome nos limites do respectivo Estado.
>
> Parágrafo único. O uso previsto neste artigo estender-se-á a todo território nacional, se registrado na forma especial em lei.

Estes dispositivos gerais da legislação deixam, em suma, claro que não se podem arquivar em uma mesma Junta Comercial[5] nomes empresariais idênticos ou semelhantes a outro nela já existente e que a proteção ao nome empresarial se dá tão somente no âmbito estadual. Em outras palavras, A possibilidade de proteção nacional é prevista no parágrafo único, mas até o presente momento não foi regulamentada. É certo que, atualmente, critica-se esta limitação da proteção posto que a mesma ignora o aspecto objetivo-concorrencial do nome empresarial e o alcance geográfico que muitas empresas conseguem, ainda que estabelecidas fisicamente em um único estado da federação. Entretanto, a experiência é que os Tribunais não poucas vezes reconhecem proteção mais ampla do que a meramente estadual.

Clóvis Bevilacqua há muito já lecionava

> O nome comercial já não é uma simples designação da pessoa, e envolve interesses de ordem econômica, de ordem mercantil, que o desprendem da pessoa para se poder tornar exclusivo e alienável. É um valor. [...] Em todo o caso, diferem, essencialmente, entre si o nome civil e o comercial. Este é um valor econômico, um bem; aquele uma simples designação do individuo, que não poderá ter outro valor além do moral[6] (grifo do autor).

[5] Esclareça-se aqui que, no Brasil, cada estado federativo tem sua respectiva Junta Comercial.

[6] *Apud* Thomas Leonardos. *Origem, evolução, natureza e tutela do nome comercial***.** Rio de Janeiro, Leuzinger, 1934. P. 19.

Vale destacar ainda a definição de Jacques Azéma e Jean-Christophe Galloux, segundo a qual, "o nome empresarial é a denominação sob a qual uma pessoa física ou moral explora uma empresa; ele também distingue um fundo de comércio de outros similares"[7].

Do exposto é possível depreender que o nome empresarial desempenha duas funções, quais sejam, designar o empresário (também conhecida como função subjetiva) e distinguir o empresário dos demais (esta a função objetiva). Esta última pode-se dizer refere-se à "sua caracterização ou individualização dentro do universo empresarial"[8].

A respeito da dupla função dos nomes empresariais, já lecionava João da Gama Cerqueira:

> Dupla função, portanto, subjetiva e objetiva, exercem as firmas e denominações, como simples designação da pessoa física ou jurídica, como sujeito de direitos e têrmo de obrigações comerciais, e como projeção da individualidade do comerciante singular ou da universalidade do estabelecimento comercial no campo da concorrência. [...] Só em sua função objetiva as firmas de denominações constituem modalidade do nome comercial e objeto da propriedade industrial.[9]

É, assim, sob o ponto de vista objetivo que o nome empresarial liga-se à propriedade industrial e, também, às normas de concorrência, sendo visto também pela jurisprudência brasileira sob este aspecto, quando for o caso.

Sob este aspecto objetivo, ressalta o conceito de elemento distintivo do nome empresarial, também conhecido como "mot vedette". *Mot Vedette* é o núcleo distintivo do nome empresarial, constitui a parte do nome empresarial que efetivamente se presta a identificar e diferenciar o empresário e o estabelecimento comercial, em meio ao restante da concorrência.

Em outras palavras, como identificador da empresa, o nome empresarial concentra e carrega um *goodwill* (ou fundo de comércio), que se

---

[7] Jacques Azéma e Jean-Christophe Galloux. *Droit de la propriété industrielle*. 6ed. Paris, Dalloz, 2006. p. 897. Tradução livre. Texto original "Le nom commercial est la dénomination sous laquelle une personne physique ou morale exploite une entreprise; Il distingue ainsi un fonds de commerce des fonds similaires".

[8] Gabriel Francisco Leonardos**.** A Proteção Jurídica ao Nome Comercial, ao Título de Estabelecimento e à Insígnia no Brasil. *Revista da ABPI 13*, São Paulo, Nov/Dez de 1994, p. 20.

[9] João da Gama Cerqueira. *Tratado da Propriedade Industrial.* Vol. I. Parte I. Rio de Janeiro, Forense, 1946. p. 472.

constrói em virtude da forma como desempenha suas atividades, a qualidade de seus produtos e serviços, a reputação e fama, bem como o reconhecimento que o mercado lhe atribui. Essas características e valores que são atribuídos aos empresários se conectam a ele por meio de seu nome empresarial.

Este *goodwill*, conquistado a partir de esforços do empresário, nada mais é do que o motivo principal da proteção que é dada ao nome empresarial. É preciso, assim, coibir atos que atinjam a reputação ou mesmo que aproveitem indevidamente de nomes empresariais alheios, para assegurar que os investimentos do empresário e seu *goodwill* sejam devidamente garantidos e protegidos. Atos dessa estirpe geralmente são realizados no âmbito concorrencial, entre empresários distintos e, por isso, o entendimento de que nome empresarial está intimamente conectado às regras de concorrência.

Logo, em vista do diferencial que pode carregar um nome empresarial, preocupam-se seus detentores com a existência e o uso de sinais distintivos idênticos, semelhantes ou afins, que possam causar confusão ou associação com o seu nome empresarial e todo o *goodwill* e reputação a ele associados.

Em que pese os dispositivos nacionais e internacionais que tratam do nome empresarial, infelizmente a legislação não tratou diretamente em nosso ordenamento jurídico o aspecto objetivo-concorrencial do nome empresarial.

No entanto, de forma indireta é possível observar essa proteção, como no caso do disposto no inc. V, do art. 195, da Lei nº 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial ou, simplesmente, LPI) que trata o uso de nome empresarial alheio como um crime de concorrência desleal, conforme abaixo reproduzido:

> Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:
>
> 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.

Na doutrina, Modesto Carvalhosa[10] corrobora com este aspecto concorrencial do nome empresarial, afirmando que:

[10] Modesto Carvalhosa. *Comentários ao Código Civil – Parte especial do Direito da Empresa*. São Paulo: Saraiva, v. 13, 2003. p. 704.

> [...] a proteção do nome empresarial é de fundamental importância para evitar a concorrência desleal, ou seja, para evitar que terceiros, adotando nome idêntico ou semelhante ao da empresa previamente constituída, venham a gerar confusão no público consumidor e em todos aqueles que contratam com a sociedade, ocasionando o desvio de clientela ou obtendo com isso qualquer vantagem indevida.[11]

Por fim, não se pode deixar de mencionar o tratamento dado aos nomes empresariais pela Convenção da União de Paris (CUP), do qual o Brasil é signatário desde 1883, ratificado em nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto n. 9233, de 28.06.1884 e atualmente em vigor, pelo Dec. 635/92.

A CUP foi o primeiro tratado internacional a versar sobre requisitos mínimos de proteção pelos países signatário para sua propriedade industrial e a estabelecer regras de repressão à concorrência desleal. Dentre os artigos da CUP, cumpre transcrever o art. 8°, que trata acerca dos nomes empresariais:

> O nome comercial será protegido em todos os países da União sem obrigação de depósito ou de registro, quer faça ou não parte de uma marca de fábrica ou de comércio.

Do texto do tratado é possível argumentar que nem mesmo o arquivamento dos atos constitutivos é necessário para a proteção do nome empresarial.

---

[11] Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial, p*. 176 "*Embora o nome de identificação do sujeito que explora a atividade econômica não tenha mais a mesma importância mercadológica que possuía no passado, ele ainda goza de proteção jurídica em razão de outro aspecto relevante: a reputação do empresário entre fornecedores e financiadores".*

XV. Limitação de responsabilidade

Felipe Chiarello de Souza Pinto

A liberdade econômica é um direito constitucional dos cidadãos brasileiros, previsto no artigo 170 da Constituição Federal e que visa assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Todavia, como todo direito, o exercício da atividade econômica não é absoluto, estando assim, sujeito a atender objetivos que podem se constituir como limites, tais como a livre concorrência, a observância aos direitos do consumidor, a defesa do meio ambiente, propriedade privada, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, conforme preconizam os inciso do artigo 170 da Constituição Federal.

A liberdade econômica é um direito garantido a todos que exercem a atividade empresária, considerada a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (artigo 966 do Código Civil), independente de autorização dos órgãos públicos (salvo nos casos previstos em lei[1]).

A sociedade empresária é uma pessoa jurídica que explora uma atividade empresária como titular daquele negócio, o que se justifica pelo princípio da autonomia da pessoa jurídica[2].

A escolha do tipo empresarial depende da atividade econômica a ser explorada, das questões fiscais, das características de sociedade demandadas por seus integrantes, que decorram de cada tipo empresarial, podendo ser uma sociedade não personificada[3], como é o caso das Sociedades em Comum (art. 986 do CC) e Sociedades em Conta de Participação (art. 991 do CC), ou as sociedades personificadas como as Sociedades Simples,

[1] Conforme previsão constitucional do parágrafo único do artigo 170.

[2] COELHO, Fabio Ulhôa, Curso de Direito Comercial. Vol. 2, 14ª edição. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 05

[3] Não possui personalidade jurídica

Sociedades em Nome Coletivo, Sociedades em Comandita Simples, as Sociedades Limitadas e as Sociedades Anônimas[4].

Nas sociedades não personificadas a responsabilidade dos sócios empresários é solidaria, de forma que não há separação entre o patrimônio do sócio e o patrimônio da sociedade[5], assim como também na Sociedade Simples[6] e na Sociedade em nome Coletivo[7].

Na Sociedade em Comandita Simples há duas categorias de sócios com responsabilidades distintas: os sócios comanditados que devem ser pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais e os sócios comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota[8].

As sociedades mais comuns para o desenvolvimento de atividade econômica são a Sociedade Limitada, cuja responsabilidade dos ócios é limitada ao capital social, na proporção de suas quotas[9] e a Sociedade

---

[4] A Microempresa, a Empresa de Pequeno Porte e o Microempresário Individual podem estar enquadradas como sociedade simples ou sociedade de responsabilidade limitada e o que determina sua classificação é o faturamento anual. A sua criação teve como objetivo dar tratamento diferenciado e favorecido a esses pequenos empresários, no que se refere à obrigações tributárias, trabalhistas, e de outros registros para realização da atividade (artigo 1º da Lei Complementar 123/2006). Os faturamentos considerados são: Microempresa é de, no máximo R$360.000,00, da Sociedade de Pequeno Porte é de entre R$ 360.000,00 e 4.800.000,00 e no Microempresário é de até R$81.000,00.

[5] Na Sociedade em Comum, a previsão está contida no artigo 988 do Código Civil que dispõe: "Os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum" e na Sociedade em Conta de Participação, a regra está contida no artigo 991 do Código Civil, que dispõe: "Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes"

[6] BRASIL. Lei 10.406/2002: "Art. 1.023. Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária"

[7] BRASIL. Lei 10.406/2002: "Art. 1.039. Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais."

[8] BRASIL. Lei 10.406/2002: "Art. 1.045. Na sociedade em comandita simples tomam parte sócios de duas categorias: os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota."

[9] BRASIL. Lei 10.406/2002: Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

Anônima, cuja responsabilidade dos acionistas está limitada ao valor das ações subscritas ou adquiridas[10].

Mas existem circunstâncias em que, em vista do abuso da personalidade jurídica e a fim de evitar a ilicitude, a responsabilidade pode atingir a pessoa dos sócios, na forma da desconsideração da personalidade jurídica[11], importante mecanismo de recuperação de crédito, combate à fraude e como por consequência, fortalecimento da segurança do mercado[12].

A Lei da Liberdade Econômica (conversão da Medida Provisória 881/2019, alterou o artigo 50 do Código Civil para dispor que em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade[13]e / ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

O interessante, conforme avalia ROVAI[14] é que a Medida Provisória Liberdade Econômica, convertida em Lei, funciona

> como verdadeiro sacolejo nas entranhas do sistema burocrático empresarial, cujas principais características são seu arcaico desempenho na produtividade e no sistema econômico.
>
> [...]

[10] BRASIL. Lei 6.404/1976: "Art. 1º A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas".

[11] BRASIL. Lei 8.078/1990: Art. 28. 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. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. A exemplo, citem-se as decisões do STJ: REsp 1.775.269-PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, por unanimidade, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019 (no tocante à questões fiscais) e REsp 1.635.637-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, julgado em 18/09/2018, DJe 21/09/2018 (no tocante às questões consumeristas).

[12] STJ. REsp 1.433.636-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 2/10/2014.

[13] O desvio de finalidade é considerado, pela Medida como sendo a utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

[14] ROVAI. Armando Luiz. Aplicação dos Princípios da Liberdade Econômica no Brasil. Belo Horizonte: D´Plácido, 2019, P. 22.

> Todas as propostas do texto da MP 881/2019 – Declaração de Direitos de Liberdade Econômica –, são possíveis e simples de serem implementadas, representando uma imprescindível redução da burocracia estatal. O esforço do legislador não poderia ser mais propício e pertinente.

Assim, condutas criminosas, tais quais, por exemplo, aquelas contidas na Lei 8.137/90, que regula os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo são consideradas abusivas da personalidade jurídica e passíveis de atingirem a pessoa dos sócios, com implementação de forma mais dinâmica e dentro de um cenário que não impacte o desenvolvimento e o desempenho das atividades econômicas.

A Lei 12.965/2014 que regulou os direitos e deveres dos usuários da internet é outro exemplo de lei que caminhou nesse sentido, quando determinou que provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado.[15]

Assim, é preciso considerar que a atividade econômica que envolve o produtor ou prestador do serviço depende, em outra ponta, das atividades empresárias do fornecedor ou de outro prestador de serviço, depende do consumidor e das pessoas que trabalham para empresa, além, é claro, do poder público. O limite à reponsabilidade dos sócios é um mecanismo salutar de manutenção desse equilíbrio de forças com a qual o mercado desafia o dia a dia de todo empreendedor.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm, acesso em 25.ago.2019.

[15] BRASIL. Lei 12.965/2014: Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo

BRASIL. *Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm, acesso 25.ago.2019.

BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm, aceso em 25.ago.2019.

BRASIL. *Lei 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 25 ago. 2019.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *Cartilha do empreendedor*. 3. ed., rev. e ampl. Salvador: Sebrae. 2009. Disponível em: <https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/F896176A3D895B71832575510075D2DB/$File/NT0003DCB6.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

COELHO, Fabio Ulhôa. *Curso de direito comercial.* 14. ed. São Paulo, Saraiva, 2010. v. 2.

FILHO, Calixto Salomão. *Direito concorrencial*: as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ROVAI. Armando Luiz. A*plicação dos princípios da liberdade econômica no brasil*. Belo Horizonte: D´Plácido, 2019.

XVI. Desconsideração da personalidade jurídica

Leonardo Parentoni

Érico Andrade

1) O que é a desconsideração da personalidade jurídica

A regra no sistema jurídico brasileiro – assim como em diversos outros países – é a de que o próprio sujeito que contraiu a dívida (*debitum*) seja o principal responsável por pagá-la (*obligatio*)[1]. A desconsideração da personalidade jurídica incide justamente nessas hipóteses. Ela é uma das técnicas disponíveis no sistema jurídico brasileiro para combater o abuso de direito ocorrido em situações de dissociação subjetiva entre dívida e responsabilidade[2]. Ou seja, ela sanciona quem utiliza a limitação de responsabilidade patrimonial em desacordo com os condicionantes jurídicos dessa limitação. O resultado é imputar responsabilidade pelo adimplemento de uma obrigação a sujeito diverso de quem havia contraído formalmente esta obrigação.

[1] GOMES, Orlando. *Obrigações.* 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 12-13. "Ao dever de prestação corresponde o debitum, à sujeição a obligatio, isto é, a responsabilidade. (...) Em princípio, há coincidência entre *debitum* e *obligatio*, por evidente que a responsabilidade se manifesta por consequência do débito. Há situações, porém, nas quais a decomposição se impõe para clarificar a exposição dogmática de vários institutos e pontos do Direito das Obrigações. Existem obrigações sem a coexistência dos dois elementos."

[2] PARENTONI, Leonardo. *Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica*: Dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira (Jurimetria/*Empirical Legal Studies*). São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 49-50. "A desconsideração da personalidade jurídica pode ser considerada *derivação* dessa ideia maior de abuso do direito, por ser técnica aplicável especificamente a fim de coibir abusos da limitação de responsabilidade cometidos por meio de centros autônomos de imputação de direitos e deveres, quando tal limitação for utilizada contra as razões históricas, econômicas e sociais que a condicionam."

2) Efeitos

A desconsideração da personalidade jurídica não atua nos planos da existência ou da validade do negócio jurídico[3]. Seus efeitos restringem-se ao *plano da eficácia*[4]. Isto significa que o negócio jurídico ao qual ela for aplicada produzirá efeitos distintos do originalmente esperado, acarretando responsabilidade patrimonial para sujeito que, em circunstâncias normais, não deveria ser responsabilizado. Portanto, o principal efeito da desconsideração da personalidade jurídica é tornar *ineficaz* a limitação de responsabilidade em relação a *credor determinado* e a um *crédito específico*[5]. Por exemplo, imputar aos sócios de uma sociedade limitada o pagamento de determinada dívida contraída pela própria sociedade, ou vice-versa.

Historicamente, a desconsideração da personalidade jurídica foi primeiro utilizada para imputar ao sócio obrigação contraída pela sociedade. Assim, tal modalidade foi rotulada como desconsideração *direta*. Ocorre que o abuso também pode ser praticado ao contrário, de forma que seja necessário atribuir à sociedade obrigação contraída pela pessoa do sócio. A isto se convencionou chamar de desconsideração *inversa*[6].

---

[3] JUNQUEIRA DE AVEVEDO, Antônio. *Negócio Jurídico:* Existência, Validade e Eficácia. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63. "Se, no plano da existência, faltar um dos elementos próprios a todos os negócios jurídicos (elementos gerais), não há negócio jurídico; poderá haver um ato jurídico em sentido restrito ou um fato jurídico, e é a isso que se chama 'negócio inexistente'. Se houver os elementos, mas, passando ao plano da validade, faltar um requisito neles exigido, o negócio existe, mas não é válido. Finalmente, se houver os elementos e se os requisitos estiverem preenchidos, mas faltar um fator de eficácia, o negócio existe, é válido, mas ineficaz (ineficácia em sentido restrito)."

[4] PARENTONI, Leonardo. *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 37.

[5] SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 238. "A desconsideração também não implica qualquer alteração nas esferas co-envolvidas. Assim, de um lado, permanece intacta a personalidade jurídica, valendo a desconsideração apenas para aquele caso específico."

No mesmo sentido: COELHO, Fábio Ulhoa. Lineamentos da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados do Estado de São Paulo, n. 36, p. 38-44, mar. 1992. "Em resumo, a teoria da desconsideração *suspende a eficácia episódica do ato constitutivo da pessoa jurídica*, para fins de responsabilizar direta e pessoalmente aquele que perpetrou um uso fraudulento ou abusivo de sua autonomia patrimonial (...)."

[6] O pioneiro ao tratar da desconsideração inversa foi o alemão Ulrich Drobnig: DROBNIG, Ulrich. *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*. *apud* CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 333.

Por tratar-se de uma sanção, a desconsideração da personalidade jurídica somente deve ser aplicada contra quem comprovadamente praticou o ato ilícito. Não pode, por exemplo, ser indistintamente utilizada contra todos os sócios de uma pessoa jurídica – notadamente contra os minoritários, sem poderes de administração – simplesmente porque um dos sócios praticou ato ilícito. Isto seria confundir a desconsideração da personalidade jurídica com o instituto da solidariedade passiva, o qual se baseia em pressupostos totalmente diversos.

3) Cabimento

A desconsideração da personalidade jurídica pode ter como *causa* incontáveis situações de fato. Na impossibilidade de analisá-las uma por uma, a literatura jurídica optou por agrupá-las em duas grandes categorias: as causas subjetivas e as objetivas.

Causas *subjetivas* são aquelas que, como o próprio nome sugere, guardam relação direta com a intenção do sujeito que praticou o ato. Elas compreendem as situações nas quais a limitação de responsabilidade patrimonial é *conscientemente* utilizada pelo sujeito de forma abusiva. Por exemplo, na hipótese de transferências patrimoniais fraudulentas entre sócio e sociedade, nas quais a obrigação é suportada pela sociedade enquanto o correspondente proveito econômico é ilicitamente desviado para o patrimônio pessoal do sócio. Um dos principais dispositivos legais a tratar do tema é o art. 50 do Código Civil, no qual as causas subjetivas estão compreendidas na expressão "abuso da personalidade jurídica".

Por sua vez, as causas *objetivas* englobam situações de fato nas quais o infrator pode até *não* ter a intenção de praticar ato ilícito (não há, portanto, predominância do elemento subjetivo, do intuito fraudulento), mas ainda assim a conduta – *objetivamente considerada – extrapola os limites* dentro dos quais o Direito autoriza que haja limitação de responsabilidade. O principal exemplo é a confusão patrimonial[7], também tratada no art. 50 do

Há diferença quanto aos efeitos da desconsideração direta e inversa. Porém, os estreitos limites deste verbete não permitem explorá-las. Para mais detalhes, recomenda-se: PARENTONI, Leonardo. *Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica*: Dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira (Jurimetria/*Empirical Legal Studies*). São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 87-91.

[7] SCALZILLI, João Pedro. *Confusão Patrimonial no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 93. "Em direito societário, confusão patrimonial consiste no estado de promiscuidade verificado entre os patrimônios de duas ou mais pessoas, consequência da apropriação, por

Código Civil, que ocorre quando não são observadas as formalidades contábeis e jurídicas necessárias para separar o patrimônio pessoal dos sócios do patrimônio da sociedade da qual estes sócios participam.

Além das causas, o *modo* como se aplica a desconsideração da personalidade jurídica também se divide em dois grandes grupos: desconsideração clássica (ou "teoria maior") e desconsideração contemporânea (ou "teoria menor").

A *teoria clássica* foi a primeira a se desenvolver. Ela surgiu na jurisprudência da *common law*, no século XIX. Sua principal característica é presumir a igualdade formal entre os sujeitos nas relações contratuais, de modo que o ônus de provar a presença cumulativa de todos os seus pressupostos incumbe a quem alega o cabimento da desconsideração[8]. Inexistindo prova de qualquer um desses pressupostos, o instituto não será aplicável. Incide, por exemplo, nos litígios envolvendo sociedades de porte econômico semelhante.

Por sua vez, a *desconsideração contemporânea* surgiu posteriormente, a partir da segunda metade do século XX, em decorrência das regras especiais aplicáveis a microssistemas legislativos, como o Direito do Consumidor, Ambiental e do Trabalho. Sua principal diferença em relação à teoria clássica é o fato de não se basear nos mesmos pressupostos, mas sim em argumentos de ordem econômica e na proteção de sujeitos vulneráveis. Com isso, a desconsideração contemporânea se tornou cada vez mais frequente, a ponto de ser aplicada em excesso, mesmo em situações nas quais não seria tecnicamente cabível. Contribui, portanto, para a crise de limitação de responsabilidade no Brasil[9].

4) Aspectos processuais

A regulamentação dos aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica surge no CPC/2015, sendo que, até então, a jurisprudência predominante vinha admitindo a desconsideração, normalmente

parte dos sócios, administradores, terceiros ou outras sociedades componentes de um grupo econômico, dos meios de produção de uma determinada sociedade."

[8] Para análise detalhada desses pressupostos, consulte-se: PARENTONI, Leonardo. *Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica*: Dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira (Jurimetria/*Empirical Legal Studies*). São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 62-72; 173 a 199.

[9] SALAMA, Bruno. *O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2014.

dentro do próprio processo de execução ou do cumprimento de sentença, para se atingir diretamente bens dos sócios (para usar o exemplo mais comum da desconsideração *direta*), sem qualquer observância do contraditório prévio, contraditório que só poderia ser exercido posteriormente, com o uso dos meios de defesa em relação à execução (embargos do executado, embargos de terceiros, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade)[10].

A fim de tornar o contraditório mais efetivo, na linha da determinação constitucional contida no art. 5º, LIV e LV, da CRFB, o CPC/2015 destacou, como uma das suas normas fundamentais, a perspectiva de que, via de regra, "não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida" (art. 9º)[11] e, com isso, regulou o incidente da desconsideração da personalidade jurídica, como modalidade de intervenção de terceiros (arts. 133 a 137)[12], reforçando-se, no âmbito do tratamento da responsabilidade patrimonial de eventuais responsáveis na execução (art. 790, VII), a obrigatoriedade de observância do incidente, para se operar a desconsideração da personalidade jurídica (art. 795, §4º).

Resumidamente, o incidente da desconsideração *direta* ou *inversa*, previsto no CPC/2015 (art. 133, §2º), é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, inclusive no âmbito dos tribunais (art. 932, VI),[13]

[10] Conferir, por todos, do STJ, o REsp 1.572.655/RJ, DJe 26/03/2018: "A jurisprudência do STJ admite a desconsideração da personalidade jurídica de forma incidental no âmbito de execução, dispensando a citação prévia dos sócios, tendo em vista que estes poderão exercer seus direitos ao contraditório e à ampla defesa posteriormente, por meio dos instrumentos processuais adequados (embargos à execução, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade). Precedentes".

[11] A norma fundamental do art. 9º é, segundo YARSHELL, Flávio Luiz. Comentário aos arts. 133 a 137 *in* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense 2016, p. 230, a "inspiração geral" do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

[12] YARSHELL, Flávio Luiz. Comentário aos arts. 133 a 137 *in* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord*). Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense 2016, p. 230: "A lei inseriu o novo instituto com espécie do gênero *intervenção de terceiros*, ao mesmo tempo em que qualificou como *incidente*. De fato, o conceito de *terceiro* se encaixa na situação, conquanto isso não tenha sido usual perante a ordem precedente: o responsável patrimonial de que aqui se cogita (e que não seja devedor), não está presente na relação processual. Se e quando for trazido para o processo, ele perderá a qualidade de terceiro e tecnicamente passará a ser qualificado como *parte*".

[13] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 104/105, aponta que, no caso do incidente direto no tribunal, "autuará, pois,

no cumprimento de sentença e no processo de execução fundado em título extrajudicial (art. 134), e, ainda, nos juizados especiais (art. 1062)[14]; só se instaura a pedido da parte ou do Ministério Público (art. 133), este último quando atuar no processo civil como parte ou fiscal da ordem jurídica (arts. 177 e 178),[15] observando-se, para o pleito de desconsideração, os pressupostos previstos no direito material (arts. 133, §1º, e 134, §4º)[16], cabendo àquele que pretende a desconsideração o ônus da prova do preenchimento dos requisitos legais para tanto.[17]

---

o relator, nesses casos, exatamente como o faria um juiz singular de primeira instância, a ele cabendo exercer o juízo preliminar de admissibilidade do incidente e, caso seja este positivo, determinar sua anotação nos registros do distribuidor, declarar (impropriamente) suspenso o processo e ordenar a citação do requerido. Caberá, ainda, ao relator conduzir toda a instrução probatória (art. 932, I), não obstante seja possível a expedição de carta de ordem para que um juízo de primeira instância colha alguma prova (art. 69, IV, combinado com o art. 69¸§2º, II, do CPC)".

[14] Não obstante a indicação de aplicação do procedimento de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do CPC/2015, perante a justiça comum e especializadas – cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentário aos arts. 133 a 137 *in* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense 2016, p. 230 – o STJ decidiu recentemente, no REsp 1.786.311-PR, DJe: 14/05/2019, pela não sua aplicação no âmbito da execução fiscal: "A previsão constante no art. 134, caput, do CPC/2015, sobre o cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, na execução fundada em título executivo extrajudicial, não implica a incidência do incidente na execução fiscal regida pela Lei n. 6.830/1980, verificando-se verdadeira incompatibilidade entre o regime geral do Código de Processo Civil e a Lei de Execuções, que diversamente da Lei geral, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015". Também entendendo pela inaplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica do CPC/2015 para as execuções fiscais, cf. PARENTONI, Leonardo. *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 160/161.

[15] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2, p. 106, advertem, porém, que o legislador pode excepcionar a necessidade de requerimento da parte, como o faz na hipótese do art. 28 do CDC, em que o juiz pode determinar a desconsideração de ofício. Em sentido contrário, indicando que o art. 28 do CPC deve ser interpretado em consonância com o art. 133 do CPC/2015, de modo que "jamais" poderá a desconsideração ser decretada de ofício, cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 97.

[16] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 97/98, destaca que o CPC/2015 andou bem ao tratar apenas das normas procedimentais do incidente, pois "os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica devem ser estabelecidos pelo Direito Material, e não pelo Direito Processual, cabendo a este, tão somente, regular o procedimento necessário para que se possa verificar – após amplo contraditório – se é ou não o caso de desconsiderar-se a personalidade jurídica, tendo-a por ineficaz".

[17] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2, p. 106/107: "É preciso deixar claro desde logo,

Com a admissão do incidente[18], suspende-se o processo principal (art. 134, §3º)[19] e parte-se para a citação do sócio ou da pessoa jurídica, para se manifestar e requerer as provas cabíveis (art. 135), de modo que os bens dos sócios ou da pessoa jurídica só serão atingidos após a instrução e decisão do incidente (arts. 136 e 137), ou seja, respeitado o contraditório prévio,[20] sendo agravável de instrumento a decisão que resolver o incidente no primeiro grau (art. 1015, IV),[21] com formação de coisa julgada em relação à decisão que resolve o mérito do incidente, admitindo-se o cabimento de ação rescisória.[22]

---

porém, que a prova de que os motivos que levam à desconsideração de fato existem é de *quem requer o incidente* – e se esse é determinado de ofício, tem o juiz de prova-lo. Segue-se aqui a regra geral: quem alega, prova (art. 134, §4º). Inexistindo prova das alegações que permite a desconsideração, tem-se que julgar de acordo com as regras do ônus da prova".

[18] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 102, destaca que o juiz deve realizar análise prévia a respeito da admissibilidade ou não do incidente de desconsideração, ou seja, da presença de requisitos mínimos para sua instauração e, com isso, se não vislumbrar tal cenário pode rejeitar liminarmente a instauração do incidente; presentes os requisitos mínimos, realiza-se juízo positivo de admissibilidade e só então determinar a suspensão do processo principal e a citação do requerido. Cf. também PARENTONI, Leonardo. *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 124.

[19] Não haverá a suspensão do processo no caso de se pedir, diretamente, na própria petição inicial da ação, a desconsideração, hipótese em que não haverá a formação do incidente (art. 134, §2º, CPC/2015) e nem a suspensão do processo (art. 134, §3º, CPC/2015). Nesta hipótese, como destaca YARSHELL, Flávio Luiz. Comentário aos arts. 133 a 137 *in* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense 2016, p. 240, surge cumulação subjetiva (litisconsórcio entre devedor e responsável, pessoa jurídica e sócio no caso da desconsideração direta) e objetiva (pedidos cumulados contra o devedor e o responsável).

[20] Certo que, como destaca a doutrina, nos casos de urgência é cabível a tutela provisória de urgência, em qualquer das suas modalidades (art. 294 e parágrafo único do CPC/2015, para evitar eventuais riscos de esvaziamento patrimonial: DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: Editora JusPodium, 2016, vol. 1, p. 528; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, vol. I, p. 401; GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, vol. I, p. 504.

[21] Ou agravo interno (art. 136, parágrafo único, CPC/2015), se se tratar de desconsideração da personalidade jurídica postulada e decidida diretamente no tribunal (art. 932, VI, CPC/2015).

[22] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 104: "A decisão de mérito proferida no incidente (assim entendida a decisão que resolve o mérito do incidente, isto é, que acolhe ou rejeita a pretensão de desconsideração da personalidade jurídica) é apta a alcançar a autoridade de coisa julgada material, tornando-se imutável e indiscutível. Após seu trânsito em julgado só poderá ser possível desconstituí-la por meio de ação rescisória, nos casos previstos no art. 966 do CPC". No mesmo sentido DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: Editora JusPodium, 2016, vol.

Cenário importante no CPC/2015 é a conjugação da desconsideração com a fraude à execução: o art. 137 dispõe que, acolhida a desconsideração, as eventuais alienações ou oneração de bens, realizadas, por exemplo, pelo sócio, requerido no incidente, serão consideradas em fraude à execução e ineficazes face ao credor, requerente do incidente. O regramento é complementado pelo §3º do art. 792, ao dispor que, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, o marco temporal para a fraude à execução é a citação da própria pessoa jurídica, ré no processo principal, cuja personalidade se pretende desconsiderar, e não a citação do sócio no incidente de desconsideração, como seria mais natural.[23]

O ponto certamente será objeto de debates: o terceiro, por exemplo, compra o bem do sócio, contra o qual não se detectam ações judiciais no momento do negócio jurídico; mas, posteriormente, em ação contra a pessoa jurídica, vem, depois, na fase de cumprimento de sentença, este mesmo sócio, ser envolvido no processo em razão do acolhimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, com a retroação do termo para apuração de fraude à execução no momento da citação da pessoa jurídica. Em tal contexto, ao que tudo indica, estará o terceiro adquirente acobertado pela boa-fé, de modo que não se aplicaria a ineficácia prevista no §1º do art. 792 do CPC/2015.[24]

Por fim, cabe destacar outro tema importante e sensível em relação ao novo incidente: é aquele relativo do âmbito de defesa do sócio ou da pessoa jurídica chamada a participar do incidente (art. 135, CPC/2015): a defesa envolveria só a temática da desconsideração em si ou poderia

---

1, p. 528; PARENTONI, Leonardo. *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 123/124. Registre-se que o STJ, no regime do CPC/1973, vinha entendendo pela impossibilidade de formação de coisa julgada no âmbito das decisões envolvendo desconsideração da personalidade jurídica, como se extrai, por exemplo, do julgamento do REsp 1.572.655/RJ, DJe 26/03/2018: "O ato que determina a desconsideração da personalidade jurídica em caráter incidental no curso de processo de execução não faz coisa julgada, por possuir natureza de decisão interlocutória. Decisões interlocutórias sujeitam-se à preclusão, o que impede a rediscussão da matéria no mesmo processo, pelas mesmas partes (art. 473 do CPC/1973). Precedentes".

[23] Nesse sentido, conferir YARSHELL, Flávio Luiz. Comentário aos arts. 133 a 137 *in* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense 2016, p. 241.

[24] Cf. PARENTONI, Leonardo. *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015.* Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 127/129; e YARSHELL, Flávio Luiz. Comentário aos arts. 133 a 137 *in* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense 2016, p. 242.

também, o requerido no incidente, se defender em relação ao *débito*? O cenário se complica ainda mais se se considerar a hipótese de desconsideração na fase de cumprimento definitivo de sentença, transitada em julgado, proferida contra a pessoa jurídica: poderia o sócio, requerido, no incidente se defender também em relação ao *débito*?

A resposta parece se encaminhar no sentido positivo, considerando o contraditório efetivo implementado como norma fundamental no CPC/2015, especialmente nos arts. 7º e 9º, ou seja, o sócio poderia se defender amplamente não só quanto ao não preenchimento dos pressupostos para desconsideração, mas também em relação ao próprio débito ou ao seu montante,[25] inclusive no âmbito de cumprimento de sentença, já que não foi parte no processo em que proferida a condenação e, por isso, a sentença proferida contra a pessoa jurídica não faz coisa julgada em relação ao sócio e não pode prejudicá-lo (art. 506, CPC/2015).[26]

---

[25] YARSHELL, Flávio Luiz. Comentário aos arts. 133 a 137 *in* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord*). Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense 2016, p. 239: "Se o autor vislumbra fundamentos para a desconsideração, pode desde logo requerer a medida na petição inicial. Se o fizer, os potenciais responsáveis – não exatamente devedores – terão a oportunidade de atacar a existência e a exigibilidade da *dívida*. Se, contudo, o autor da demanda só vier a cogitar da responsabilidade mais adiante, então parece não só jurídico, mas justo, que se disponha a rediscutir o débito perante o terceiro que ele alega ser responsável patrimonial. Pensar diversamente seria, inclusive, abrir ensejo a eventual má-fé do autor que, embora podendo trazer o terceiro para o processo, aguardaria a consolidação da decisão sobre o débito para, só então, cogitar da desconsideração".

[26] A doutrina italiana é peremptória a respeito da impossibilidade da coisa julgada atingir terceiros em relação ao processo em que proferida a decisão, conforme SASSANI, Bruno. *Lineamenti del processo civile italiano*. seconda edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 425/425: "Per i terzi (estranei al processo e alla sentenza) non v'è alcun accertamento vincolante, nessun giudicato! Essi non possono quindi essere pregiudicati da una pronuncia resa *inter alios*". Especificamente em relação ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica, cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentário aos arts. 133 a 137 *in* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense 2016, p. 238, ao destacar que "o terceiro, sem ter participado da discussão que levou à formação do título executivo, não está vinculado pela imutabilidade própria da coisa julgada, dados os respectivos limites subjetivos (CF, art. 5º, LV e CPC, art. 506)". BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 183: "Fere o *landmark* da garantia constitucional do contraditório e ampla defesa limitar o conteúdo da defesa de alguém que nunca participou do processo antes e não teve sequer chance de impor seus argumentos à cognição do Poder Judiciário. Mesmo porque a pessoa jurídica pode ter sido mal assessorada no processo de conhecimento e alguns elementos essenciais podem não ter sido discutidos. Portanto, o sócio pode plenamente (a) negar a qualidade de responsável, (b) discutira admissibilidade da desconsideração e (c) atacar a própria existência da relação jurídica principal".

Daí se deriva para outra indagação: a defesa, abrangendo tanto o tema da desconsideração quanto do débito, poderia ser apresentada no próprio incidente desconsideração? Ou teria de ser dividida em duas etapas: o tema da desconsideração no incidente e o do débito no processo principal? A maior eficiência processual (arts. 4º e 8º, CPC/2015) parece indicar para se *cumular* no incidente a análise dos temas eventualmente levantados na defesa, até porque o incidente comporta produção probatória (art. 136, CPC/2015), de modo a resolver tanto a responsabilidade do sócio pela dívida da sociedade quanto eventuais questionamentos em torno da própria dívida.[27]

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BENEDUZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, vol. II.

BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. Lineamentos da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. *Revista do Advogado.* São Paulo: Associação dos Advogados do Estado de São Paulo, n. 36, p. 38-44, mar. 1992.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

[27] GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, vol. I, p. 505: "Mas é de se esperar que, aberta com a citação para responder ao pedido de desconsideração a oportunidade para o requerido se defender, deva ele, nessa ocasião, aduzir a sua contrariedade a quaisquer pressupostos fáticos ou jurídicos da sua responsabilidade, de que resultem a própria certeza, liquidez ou exigibilidade do crédito, mesmo que já tenha sido objeto de decisão anterior e que também sobre essas questões lhe seja permitido formular alegações, propor e produzir provas, para que sejam em relação a ele apreciadas na decisão do pedido de desconsideração". Ao contrário, no sentido da separação dos temas de defesa no incidente de desconsideração cf. BENEDUZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, vol. II, p. 272/273: "Sua defesa deverá restringir-se à questão do cabimento ou não da desconsideração, sem se confundir com a eventual impugnação ao cumprimento de sentença ou com os embargos à execução que ele poderá vir a oferecer depois caso venha a se tornar executado com fundamento no acolhimento da desconsideração". Para discussão da amplitude da defesa no incidente cf., ainda, PARENTONI, Leonardo. *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. p. 116/122.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2016, vol. 1.

DROBNIG, Ulrich. *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*. *apud* CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

GOMES, Orlando. *Obrigações.* 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, vol. I.

JUNQUEIRA DE AVEVEDO, Antônio. *Negócio Jurídico*: Existência, Validade e Eficácia. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2.

PARENTONI, Leonardo. *Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica*: Dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira (Jurimetria/*Empirical Legal Studies*). São Paulo: Quartier Latin, 2014.

PARENTONI, Leonardo. *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015.* Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SASSANI, Bruno. *Lineamenti del processo civile italiano*. seconda edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

SCALZILLI, João Pedro. *Confusão Patrimonial no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, vol. I.

YARSHELL, Flávio Luiz. Comentário aos arts. 133 a 137. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense 2016.

XVII. Empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI

Wilges Bruscato

A lei nº 12.441/2011 atendeu a antigo anseio não só da classe empresarial, mas também preencheu lacuna jurídica há muito apontada por estudiosos do Direito Comercial: limitar a responsabilidade do empresário individual. Afinal, por que negar a uma pessoa sozinha o que se permite a duas ou mais?[1]

Entre nós, em tese, a limitação da responsabilidade do empresário individual permitiria corrigir duas distorções jurídicas bastante em voga no Brasil: a clandestinidade e a sociedade de fachada. Passados mais de seis anos de vigência da lei, no entanto, não logrou extirpar completamente ambos os males, embora ocupe certo espaço nas estatísticas empresariais.

Há, basicamente, três técnicas jurídicas, com subvariações, para se chegar a esse fim: a *sociedade unipessoal*, a *personalização* de um ente ficcional a partir de um objeto de direito e a *afetação patrimonial*. O Brasil optou pela personalização de um ente ficcional, a *empresa,* embora a lei confunda as técnicas possíveis.

Na justificativa do projeto de lei já se percebe a confusão do legislador: "[...] tem o objetivo de instituir legalmente a 'Sociedade Unipessoal', também conhecida e tratada na doutrina como 'Empresa individual de Responsabilidade Limitada' [...]", citando duas técnicas distintas como se a mesma coisa fossem. O equívoco não foi corrigido ao longo da tramitação, determinando o resultado final bastante desordenado, exigindo máxima atenção do intérprete. Embora inegável o valor da inovação legislativa em questão, censurável seu simplismo, cujo método de reda-

[1] "Desde há muito que a doutrina vem procurando dar resposta a esta necessidade econômico-social, que é a limitação da responsabilidade do comerciante individual, atestada pelo elevadíssimo número de sociedades fictícias existentes. Na verdade, consagradas as sociedades de responsabilidade limitada e admitidos os patrimônios de afetação especial, não se vê mais razão para que, se duas pessoas podem limitar sua responsabilidade, uma sozinha não o possa fazer." ALMEIDA, António Pereira de. A Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual. *Novas Perspectivas do Direito Comercial.* Coimbra: Almedina, p. 269-288, 1988, p. 271.

ção utilizado *aglutinou* os projetos 4.605/2009 e 4.953/2009, aproveitando algumas partes de cada um, sem uma revisão final que revestisse de coerência interna o texto.

O reconhecimento da possibilidade de preservação do patrimônio pessoal do empresário individual não visa atender a causa egoística de torná-lo intocável ou, meramente, aumentar-lhe os ganhos, limitando-lhe as perdas. Mas, sim, busca incrementar a economia, incentivando mais pessoas a empreenderem, visto que à empresa se agregam valores sociais que merecem a proteção e a atenção do direito[2]. Em especial, às pequenas iniciativas, que participam expressivamente da abertura e manutenção de postos de trabalho. "Levando-se em consideração que a fórmula do emprego tradicional está cada vez menos disponível, a solução de empreender é uma alternativa que vem se firmando."[3]

A limitação da responsabilidade do empresário individual é, como já dizia Antônio Martins Filho, "a última fase do processo evolutivo da limitação dos riscos. [...] Recusando-a [...], não evitará o legislador a existência de fato desse tipo de empresa, que passa a funcionar sob forma de sociedade fictícia [...]."[4]

No entanto, é preciso assinalar uma obviedade: A EIRELI responde ilimitadamente pelas obrigações que constituir. Ela não pode limitar sua responsabilidade: enquanto houver obrigações e patrimônio, este será consumido para pagar aquelas. O que se obteve através da lei foi a proteção dos bens pessoais de quem queira exercer a atividade empresarial de modo singular, não pela limitação da responsabilidade, mas, sim, pela técnica da separação patrimonial, por meio da personalização da *empre-*

---

[2] A respeito de como vemos os agregados sociais da empresa e sua função social, v. nosso *Manual de Direito Empresarial Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48-49 e *Execução da tutela Jurisdicional Coletiva.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123-126.

[3] PANTZIER, Rolf Dieter. *Sociedade Unipessoal: Opção Organizativa para Micro e Pequenas Empresas*. Centro Universitário de Brusque. Disponível em: www.febe.edu.br/divulgacao/art.16.doc. (24.11.2003), p. 12.

[4] MARTINS FILHO, Antônio. Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual. Anais do Congresso Jurídico Nacional Comemorativo do Cinquentenário da Faculdade de Direito de Porto Alegre. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre.* Porto Alegre: URGS, v.1, p. 284-338, 1951, p. 284. O citado autor ainda pergunta: "como explicar o estacionamento do processo evolutivo da limitação da responsabilidade na empresa comercial societária, quando é evidente que a última etapa dessa evolução está na empresa do comerciante individual?" *In* MARTINS FILHO*, op. cit.,* p. 292.

sa: se a empresa é uma pessoa, distinta da pessoa de seu titular, por óbvio, a responsabilidade não se comunica.

A EIRELI é criação *sui generis* no direito brasileiro. Assim, não há que se falar que seja *sociedade*, nem mesmo *unipessoal.* Na V Jornada de Direito Civil do CJF, foram aprovados enunciados com as seguintes redações: *i.* "A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado" e *ii.* "É inadequada a utilização da expressão 'social' para as empresas individuais de responsabilidade limitada".

Antes de passar a aspectos mais práticos, uma observação necessária: o acrônimo EIRELI, formado com o início das palavras que compõem o nome desse instituto jurídico – empresa individual de responsabilidade limitada – forma palavra oxítona, ou seja, sua sílaba tônica, a que se pronuncia com mais força, é a última: LI, pois, segundo as regras ortográficas, não se acentuam as palavras terminadas em *i* e *u*, seguidas ou não se *s*, precedidas de consoantes, embora sejam oxítonas, como em Roseli, colibri, urubu e EIRELI.

Como modalidade de pessoa jurídica que é, baseando-se numa abstração, a EIRELI tem um marco inicial de sua *vida*. Nos termos do art. 45 do Código Civil, sua existência legal começa a partir da inscrição de seu ato constitutivo na Junta Comercial.

Atualmente, a EIRELI pode ser instituída tanto por pessoa física como por pessoa jurídica. A intenção original da limitação da responsabilidade do empresário individual se dirige, é claro, à pessoa física, ao pequeno empresário, como definido no projeto do Código Civil de 2002. No entanto, a pessoa jurídica acabou *pegando carona* na regulação.[5]

[5] Há um descompasso entre o que quis dizer e o que disse a lei, em relação à pessoa que pode instituir a EIRELI. No *caput* do art. 980-A está que "A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social [..]" e no parágrafo segundo, vê-se: "A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada [...]". Esse *acidente vernacular* deu azo a que se levantasse a possibilidade da EIRELI ser instituída tanto por pessoas naturais como jurídicas, numa interpretação meramente gramatical da lei. O termo *natural* que acompanhava o substantivo pessoa no *caput* do art. 980-A foi omitido de modo involuntário, no momento da transcrição do substitutivo apresentado pelo deputado Marcelo Itagiba para a redação final preparada pela Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania da Câmara. Apenas isso. Mas, como a maioria dos operadores do direito não busca conhecer em profundidade o instituto e os caminhos percorridos pelo projeto, tem-se admitido o uso por pessoas jurídicas.

Para instituir EIRELI, a pessoa física deve ser maior, capaz[6] e não ter impedimentos para exercer empresa, ficando limitada a uma única EIRELI. Já a pessoa jurídica, injustificadamente, pode instituir quantas EIRELIs desejar e, claro: isso significa que uma EIRELI pode instituir outra ou outras EIRELIs, sucessivamente, sem limitação, quase como um labirinto de espelhos, enfim.

O ato constitutivo, de natureza declaratória, se constitui de preâmbulo (qualificação completa do titular e o tipo jurídico EIRELI), cláusulas obrigatórias (nome empresarial, capital, declaração de integralização, endereço, objeto, prazo, exercício social, qualificação do administrador e seus poderes, caso não seja o titular, declaração de EIRELI única, no caso de pessoa física, e declaração de desimpedimento do administrador), cláusulas facultativas (p.e., discriminação de atos que dependam de aprovação do titular, caso não seja o administrador e outras de interesse) e fecho (local e data, nome do titular e sua assinatura) e deve ser acompanhado dos documentos comprobatórios.

Fato relevante na instituição da EIRELI é a questão de sua destinação a atividade não empresarial, a denominada EIRELI Simples, que é operada por alguns cartórios de registro civil de pessoas jurídicas, apenas porque a Receita Federal do Brasil disponibilizou código para esse efeito[7]. Essa opção se nos afigura temerária: não há permissão legal para tanto. O art. 110 do Código Tributário Nacional prescreve que "a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado [...]." Os cartórios de registro civil de pessoas jurídicas que têm oferecido esse *benefício* aos profissionais intelectuais – alguns o estendem até mesmo para o *pequeno comerciante* – o fazem de modo irrefletido, em nossa opinião, dando margem a que terceiros prejudicados invoquem responsabilidade solidária dos cartórios em caso de danos. Cabe aqui o aforismo *registro errado não é registro.*

---

[6] Por força do art. 974 do Código Civil, o menor, por meio de representante ou devidamente assistido, poderá estabelecer EIRELI para continuar empresa antes exercida por seus pais ou pelo autor de herança. Sobre a forma como vemos a questão do exercício da empresa por incapazes, v. nosso *Manual de Direito Empresarial Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 89-92 e 98-100.

[7] A Receita Federal disponibilizou o citado código (1.1.33-NJ 231-3) por meio do Ato Declaratório Executivo COCAD nº 02, de 22.12.11. No entanto, não foi possível obter a justificativa do órgão para tal; não logramos que nos apontassem qual a base jurídica autorizadora de inserir-se um código para uma EIRELI Simples. O que confirma nosso sentir sobre a inexistência da EIRELI Simples, dado o teor do art. 110 do CTN.

Não existe EIRELI irregular ou informal. A EIRELI deve ser instituída perante Junta Comercial, dada a sua natureza sempre empresarial, e não em cartório. Não importa o objeto escolhido, a forma será sempre empresarial, o que pressupõe o registro na Junta. Do mesmo modo que acontece na sociedade anônima[8].

Quanto ao nome empresarial, cabe mencionar que a lei abriu a possibilidade da adoção tanto da firma quanto da denominação, determinando, no entanto, que seja encerrado com a expressão EIRELI. A abertura à denominação é importante, pois valoriza o empreendimento, podendo ser aproveitada mesmo na situação de alteração da titularidade da EIRELI. A função objetiva, utilitarista, do nome empresarial vem, hoje, suplantando a função subjetiva. Essa "função *objetiva* caracteriza, individualiza e distingue a atividade, do comerciante ou industrial, no campo da competência comercial", contribuindo com o aviamento, como identificava João da Gama Cerqueira, já nos idos de 1946.[9] O professor Sylvio Marcondes também já antevia essa vantagem: "chega-se à conclusão de que o nome que mais se lhe ajusta será uma denominação, que indique o objeto da atividade empreendedora e a responsabilidade limitada."[10]

Entre as várias polêmicas que cercam a EIRELI, certamente, a exigência de capital mínimo é uma das mais relevantes. Na verdade, a lei faz duas exigências: que o capital não seja inferior a cem vezes o *maior* salário-mínimo vigente no país e que seja integralizado completamente no ato de inscrição. Ambas as exigências, a nosso ver, são desnecessárias, incompatíveis com a natureza do instituto e afrontam a isonomia constitucional, além de apresentarem certa dificuldade de fiscalização. A justificativa de tal exigência para a EIRELI parece obedecer ao antigo ranço de moralidade que obstaculizou o acolhimento do instituto entre nós por tanto tempo, partindo o legislador da má-fé para legislar...[11]

---

[8] A respeito do polêmico assunto, a questão foi intensamente debatida nas Jornadas de Direito Civil e de Direito Comercial do CJF, restando que o instituto se destina ao exercício da atividade de natureza empresarial. Cf. nosso *Empresa Individual...* p. 115-120.

[9] CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, p. 469, 471, 475, v. 1.

[10] MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual*. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 297.

[11] Constata-se que essa exigência foi adicionada no substitutivo oferecido pelo deputado Marcelo Itagiba, no parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, com a seguinte justificativa, que flagrantemente partiu da má-fé para estabelecer o mínimo de capital: "Registro,

O montante foi estabelecido, aliás, de modo completamente aleatório; não houve qualquer estudo para embasar esse patamar de investimento. Essa exigência pode determinar o esvaziamento do instituto para os fins a que se destina, ou desmoralizá-lo, porque as declarações de capital serão meramente formais, na prática.

Outro ponto a se destacar é o previsto no parágrafo 6º do art. 980-A, a aplicação subsidiária das regras das sociedades limitadas, no que couberem, à EIRELI.

É preciso atentar para a ressalva legislativa contida no dispositivo em questão: *no que couber*, porque não se pode tratar a EIRELI como se sociedade fosse. Assim, tudo que está previsto para a sociedade limitada que esteja ligado à sua *essência* social, não será usado na EIRELI, posto que sua essência não é societária, mais se aproximando do empresário individual. Portanto, em caso de dúvida, é à teoria geral do empresário individual que deve recorrer o intérprete e, apenas supletivamente, às regras das sociedades limitadas.

A semelhança entre a EIRELI e a sociedade limitada está apenas no fato de ambas colocarem a salvo o patrimônio pessoal de seus titulares. Nesse particular, portanto, toda a teoria geral da limitação da responsabilidade deve servir aos propósitos da nova pessoa jurídica. A responsabilização pessoal do empreendedor é prevista de modo genérico na EIRELI, podendo se dar, também, na modalidade da desconsideração em casos de desrespeito à lei, às declarações do instituidor e à finalidade empresarial. Se por qualquer meio, houver distanciamento dos limites citados,

---

também, que, considerando que se faz conveniente delimitar, em proporção razoável, *o porte da organização que se pode constituir como empresa individual, a fim de que não se desvirtue a iniciativa nem esta se preste a meio e ocasião para dissimular ou ocultar vínculo ou relação diversa*, propugnamos introduzir parâmetro mínimo apto a caracterizar a pessoa jurídica de que ora se trata, *fazendo supor que se reúnem suficientes elementos de empresa*, como sede instalada ou escritório, equipamentos etc., *tal como se fez para caracterizar microempresas e o empresário individual*, nas respectivas leis reguladoras. Com este propósito, estabelecemos que o capital social não deva ser inferior ao equivalente a 100 salários mínimos, montante a partir do qual se tem por aceitável a configuração patrimonial da empresa individual. A tanto, emendamos a redação dada ao *caput* do art. 985-A proposto (art. 980-A), a ser aditado ao Código Civil por força do art. 2º do Projeto." Perceba-se que a afirmação leva a crer que exigência congênere é feita para as microempresas e empresários individuais. Quanto a esse último, nada há, nesse sentido, no Código Civil. Quanto às microempresas, a lei complementar nº 123/2006 menciona faixas de valor baseadas no *faturamento* da empresa e não no investimento feito e tão-somente para a sua caracterização para fins de enquadramento, não sendo condicionante para a sua existência jurídica. Inúteis, portanto, ambas as comparações.

por desvio de finalidade ou confusão patrimonial, os bens pessoais do titular poderão ser alcançados. De resto, as normas de administração, extinção, negociação e crise econômica da EIRELI devem seguir as linhas gerais já praticadas em relação às sociedades limitadas, no que for cabível, e ao empresário individual no restante.

É de conhecimento geral que a proteção ao patrimônio pessoal daqueles que exercem a empresa de modo singular era aguardada há muito tempo entre nós. Já em 1943, Trajano de Miranda Valverde levantava a questão em artigo publicado na Revista Forense, tratando do que denominou de *estabelecimento autônomo.* Quase setenta anos se passaram para que o legislador brasileiro resolvesse alçar o último degrau da limitação da responsabilidade empresarial. Esse fato, por si só, merece comemoração, porque foi vencida uma resistência injustificada.

Porém, a falta de clareza a respeito das técnicas jurídicas fez com que o texto final contivesse impropriedades que dão margem à discussões, equívocos e desvirtuamento do instituto, a começar pela questão sobre a natureza do instituto, para atribuir-lhe, erroneamente, caráter societário, quando a lei *não criou um novo tipo de sociedade.* Se assim fosse, não seria necessária a modificação do art. 44 do Código Civil.

Embora, estatisticamente, os modelos jurídicos preferidos pelo brasileiro para o exercício da empresa continuem sendo o empresário individual e a sociedade limitada, a importância da EIRELI é inegável no cenário econômico, como sempre defendemos. Depois da longa espera, seria desejável que o tratamento legislativo dado à questão fosse menos simplista. A lei chega a ser lacônica. A doutrina, agora, preenche as várias lacunas da lei, para que o instituto não padeça de crise de identidade e acabe sendo desvirtuado, esvaziado ou desmoralizado.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (coord.). *Jornada de direito comercial*. Brasília: CJF, 2012.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (coord.). *V Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2012.

ALMEIDA, António Pereira de. *A Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual*. Novas Perspectivas do Direito Comercial. Coimbra: Almedina, p. 269-288, 1988.

BRUSCATO, Wilges. *Empresário individual de responsabilidade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRUSCATO, Wilges. *Empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI: comentários à lei 12.441/2011*. São Paulo: Malheiros, 2016.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. *Revista dos Tribunais.* São Paulo: RT, n. 915, p. 153-182, jan. 2012.

MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade do comerciante individual*. São Paulo: Max Limonad, 1956.

MARTINS FILHO, Antônio. Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual. Anais do Congresso Jurídico Nacional Comemorativo do Cinquentenário da Faculdade de Direito de Porto Alegre. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*. Porto Alegre: URGS, v.1, 1951.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade unipessoal.* São Paulo: Malheiros, 1995.

VALVERDE, Trajano de Miranda. Estabelecimento Autônomo. *Revista Forense.* Rio de Janeiro: Forense, v. 96, ano XL, n. 486, p. 571-585, dez. 1943.

XVIII. Sociedade em conta de participação

Luis Felipe Spinelli
João Pedro Scalzilli

A sociedade em conta de participação (SCP), regulada no Código Civil do art. 991 ao art. 996 (com regência subsidiária pelas normas da sociedade simples no que for compatível, como estabelece o art. 996), tem como características a informalidade, a dinamicidade, a flexibilidade, o baixo custo operacional e a discrição – o que a faz *virtuosa*[1], como demonstra a prática.

Trata-se de uma *autêntica sociedade*[2–3] que possui duas categorias de sócio: (*i.*) o ostensivo (gerente ou gestor), que, além de aportar recursos (dinheiro, bens, direitos) e/ou serviço, é responsável por exercer a atividade prevista no objeto social da conta de participação em nome próprio; e (*ii.*) o participante (chamado investidor ou oculto), que fornece recursos (dinheiro, bens, direitos) e/ou serviço ao ostensivo na expec-

[1] Cf. ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 11, n. 8, p. 45-63, 1972.

[2] WINDBICHLER, Christine. *Gesellschaftsrecht*. 22 Aufl. München: Beck, 2009, p. 54. Sobre a natureza jurídica da SCP, ver o nosso SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *Sociedade em Conta de Participação.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 50 ss.

[3] Há países que regulam a conta de participação como sociedade, enquanto que outros a tratam como um contrato. Solá de Cañizares faz abrangente exame de direito comparado sobre as contas de participação, investigando, além do ordenamento jurídico espanhol, os direitos francês, alemão, italiano, belga, argentino, brasileiro, mexicano, chileno, uruguaio, colombiano, venezuelano, equatoriano e guatemalteco, fazendo, ainda, referência, ao direito português, peruano, cubano, haitiano, dominicano, suíço, norte-americano e inglês, inclusive ao direito quebequense (SOLÁ DE CAÑIZARES, Felipe. *El contrato de participación en el derecho español y en el derecho comparado.* Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954, p. 20-106). Uwe Blaurock também realiza extensa exposição de direito comparado, analisando o regramento na Alemanha, França, Itália, Liechtenstein, Áustria, Suíça, Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Suécia, Grécia, países anglo-americanos e Japão (BLAUROCK, Uwe. *Handbuch Stille Gesellschaft.* 7 Aufl. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2010, p. 34-54). Para uma pequena resenha dos modelos regulatórios da conta de participação, ver: ANTUNES, José Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2011 (reimpressão da edição de 2009), p. 407-408; VERÓN, Alberto Víctor. *Sociedades comerciales*, t. 4. 2 reimpr. Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 797-799.

tativa de participar dos (art. 991)[4]. O sócio ostensivo *exerce a atividade* prevista no objeto social em seu nome próprio e por sua conta e risco[5]; ele é o protagonista da operação[6], o senhor do negócio[7], e como tal o dirige. Ao sócio participante resta, em princípio, fornecer parte dos meios necessários para possibilitar a exploração do negócio (*investir na atividade*), não se responsabilizando pessoalmente pelo eventual insucesso da operação perante terceiros[8]; daí porque é o participante um *financiador externo da atividade negocial*, um *investidor de capital*[9].

Na exploração da atividade econômica (empresária ou não)[10], apenas o ostensivo se obriga perante terceiros (art. 991, parágrafo único), contratando em nome próprio e assumindo os riscos do empreendimento – e, ao se relacionar com terceiros (inclusive o fisco)[11], quem figura na relação jurídica é somente o ostensivo, único responsável pelo cumprimento das obrigações[12]. Por isso o ostensivo responde com todo o seu patrimônio pelas obrigações assumidas no exercício da atividade prevista no objeto da conta de participação, ao passo que o sócio participante arrisca perder somente aquilo que aportou no empreendimento, gozando de pro-

---

[4] Nada impede que exista mais de um sócio participante – da mesma forma como pode haver mais de um ostensivo. Salvo disposição em contrário, prescreve o art. 995 do Código Civil que o sócio ostensivo não pode admitir novo sócio sem o consentimento expresso dos demais, sob pena de ineficácia do ato – e o mesmo ocorre com o sócio participante –, mas as partes podem dispor de modo diverso.

[5] RIPERT, Georges. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*. Paris: R. Pichon et de R. Durand-Auzias, 1972, p. 516.

[6] GARRIGUES, Joaquín. *Tratado de Derecho Mercantil,* t. III, v. 1. Madrid: Revista de Derecho Mercantil, 1964, p. 189.

[7] VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*, v. II. 5 ed. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1935, p. 538.

[8] ESCARRA, Jean. *Traité théorique et pratique de Droit Commercial* – Les Societés Commerciales, t. 1. Paris: Recueil Sirey, 1950, p. 557.

[9] GALGANO, Francesco. *Diritto Civile e Diritto Commerciale*, v. 3, t. 1. 4 ed. Padova: CEDAM, 2004, p. 307-308.

[10] Nesse sentido assevera o Enunciado 208 da III Jornada de Direito Civil/CJF.

[11] *A responsabilidade pela escrituração das operações relativas à SCP recai sobre o ostensivo (cabendo aos participantes registrar o investimento realizado em suas respectivas contabilidades/declarações de imposto de renda). Tributariamente, a SCP é equiparada às pessoas jurídicas para fins de apuração de resultados e tributação dos lucros – sendo obrigação do sócio ostensivo a apuração dos resultados e a apresentação das declarações de rendimentos e recolhimento dos tributos devidos.*

[12] KÜBLER, Friedrich. *Derecho de sociedades*. Trad. Michèle Klein. 5 ed. rev. y ampl. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2001, p. 193-194.

teção patrimonial, já que os credores do ostensivo não alcançam o seu patrimônio[13]–[14] – sendo que, em caso de prejuízos, considerando que o participante possui responsabilidade limitada, não tem o sócio ostensivo, de regra, direito de cobrar, proporcionalmente, as perdas que o exercício do objeto da SCP lhe acarretou[15], apesar de ser possível, no âmbito interno, ajustar de modo diverso.

Tal situação expõe as duas faces da conta de participação: a *externa* e a *interna*. Externamente, o ostensivo atua como se não houvesse a SCP[16] (sendo o único que se obriga e que adquire direitos perante terceiros), pois não revela a existência da sociedade entre ele e o sócio participante, não porque isto seja proibido[17], mas simplesmente porque a sua existência *não interessa* a terceiros. Terceiros não tratam com a sociedade nem com os sócios[18], mas com uma pessoa qualquer, que, no mais das vezes, sequer desconfiam seja sócia ostensiva de uma SCP[19]: os terceiros estão em situação de quem ignora que há sociedade[20] – mas mesmo que soubessem acerca da existência da sociedade, os terceiros e os sócios participantes atuam em *planos distintos*, não possuindo aqueles direito de ação contra estes, uma vez que a conta de participação simplesmente *não produz efeitos* perante terceiros (art. 993, *caput* – da mesma forma

[13] Cf. STJ, 4ª Turma, REsp 192603/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 15/04/2004. Tal orientação é adotada inclusive na Justiça do Trabalho (TRT2, 8ª Turma, RO 0034000-22.2006.5.02.0006, Rel. Des. Rovirso A. Boldo, j. 28/10/2013), pese embora encontremos precedentes com posição diversa (e equivocada), responsabilizando o sócio participante por débitos trabalhistas do sócio ostensivo (*v.g.*: TST, 2ª Turma, AIRR-1850-50.2010.5.09.0653, Rel. Min. Valdir Florindo, j. 19/02/2014).

[14] E por isso, incapazes podem ser participantes, bem como, por não explorar atividade econômica, também podem ser participantes aqueles que são impedidos de explorar atividade negocial.

[15] MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 292.

[16] CUNHA GONÇALVES, Luís da. *Da conta em participação*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1923, p. 24.

[17] Salvo disposição contratual que preveja o sigilo, cf. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial,* v. 1. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 438.

[18] BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial terrestre*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 332.

[19] "O socio gerente responsabiliza-se não como *socio* ou *orgão* da sociedade, porém, como *commerciante*, obrando por sua conta e risco." (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*, v. 4, livro 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, p. 236).

[20] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. 49. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, p. 344.

como perante terceiros a especialização do patrimônio é *ineficaz*, nos termos do art. 994, §1º).

Assim, terceiros não possuem qualquer direito nem assumem qualquer obrigação em relação ao sócio participante. Nessa toada, não podem mover ação judicial contra o participante. Igualmente, o participante não pode (nem o ostensivo), por exemplo, *opor a sociedade em conta de participação*, alegando que determinado bem estaria especialmente destinado para cumprir um fim específico e que os credores particulares do ostensivo deveriam excutir primeiro outros bens livres e desembaraçados; também não pode o participante alegar perante terceiros que o sócio ostensivo utilizou os bens aportados para o exercício do objeto social em finalidade diferente da prevista no contrato, como caso tivesse entregado em garantia estes numa operação estranha à SCP. Ora, o terceiro contratou com o sócio ostensivo e tal contrato é válido e eficaz, respondendo o ostensivo por eventuais débitos com todo o seu patrimônio[21], sendo que tais violações à SCP devem ser resolvidas internamente (pela responsabilidade civil e, se for possível, com o resultado das operações realizadas em desacordo com o previsto no contrato social não sendo computados para a SCP)[22]. Por fim, não há ação do participante contra os devedores do ostensivo – mesmo que para cobrar créditos decorrentes do exercício da atividade da conta de participação[23], sendo a legitimidade para executar tais devedores somente do ostensivo.

Mas a SCP se revela quando examinada a sua *faceta interna* (a *relação ostensivo-participante*)[24], pois é uma sociedade *ad intra*, ou seja, *meramente* interna[25], sendo ineficaz perante terceiros. O sócio participante obriga-se exclusivamente perante o ostensivo (art. 991), tendo os sócios autonomia para regular as relações entre eles, respeitadas as regras co-

[21] VENTURA, Raul. *Associação em participação*: anteprojeto e notas justificativas. BMJ 190, 1969, p. 40.

[22] Cf. HEIDEL, Thomas; SCHALL, Alexander. *Handelsgesetzbuch*. 2 Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 1.488.

[23] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. 49. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, p. 345.

[24] KÜBLER, Friedrich. *Derecho de sociedades*. Trad. Michèle Klein. 5 ed. rev. y ampl. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2001, p. 193.

[25] FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A sociedade em comum*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 62, 68.

gentes[26]. Para a exploração da atividade, as partes ajustam entre si, *v.g.*, quais serão as contribuições de cada um e a forma de distribuição dos resultados; o contrato social também pode estabelecer que o participante administre internamente os negócios sociais e, de certa forma, até mesmo externamente[27], não podendo, todavia, tomar parte nas negociações externas de modo a obrigar-se perante terceiros ou valer-se da sua figura para aumentar o crédito do ostensivo – hipóteses em que responderá pessoalmente pelas obrigações assumidas (art. 993, parágrafo único)[28].

Administrando o ostensivo o patrimônio, tem o dever de prestar contas da gestão. Por sua vez, o participante pode fiscalizar (art. 993, parágrafo único) – podendo lançar mão da respectiva ação de exigir contas para tanto[29], bem como outras medidas, como a exibição de documentos[30].

Diante da sua estrutura, a SCP não é personificada (art. 993, *caput*) e, não produzindo efeitos perante terceiros, não titulariza relações jurídicas obrigacionais nem processuais[31], não tendo patrimônio próprio[32] (o que há é um fundo social, um patrimônio especial, nos termos do art. 994, que compõe o patrimônio geral do sócio ostensivo e é por ele administrado)[33], nome social (art. 1.162), sede nem domicílio.

---

[26] *ESCARRA, Jean. Traité théorique et pratique de Droit Commercial – Les Societés Commerciales, t. 1. Paris: Recueil Sirey, 1950, p. 539; RASNER, Henning. Die atypische stille Gesellschaft: ein Institut des Gesellschaftsrechts. Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 1961, p. 43 ss; GRUNEWALD, Barbara.* ***Gesellschaftsrecht****. 7. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 160.*

[27] Desde que não reste desvirtuada a SCP, como pode se dar quando ocorre a transferência total dos poderes de gestão para o sócio oculto (cf. CENDON, Paolo. *Commentario al Codice Civile, artt. 2511-2554*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 461 ss, 478 ss; VENTURA, Raul. *Associação em participação*: anteprojeto e notas justificativas. BMJ 190, 1969, p. 46; SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*, B. II. 4 Aufl. Köln: Carl Haymanns, 2002, p. 1.846-1.847).

[28] TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação Judicial, AI 0287623-75.2010.8.26.0000, Rel. Des. Pereira Calças, j. 19/10/2010.

[29] STJ, 3ª Turma, REsp **23502**/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 13/09/1993; TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, APC 40.141-4, Rel. Des. J. Roberto Bedran, j. 02/06/1998.

[30] TJRS, 5ª Câmara Cível, APC 70025256934, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 15/04/2009; TJDFT, 2ª Turma, APC 20010110382337, Rel. Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, j. 28/10/2002.

[31] *V.g.*: STJ, 3ª Turma, REsp 474704/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17/12/2002 – o que não significa que os sócios não possam ir a juízo para dirimir eventuais controvérsias existentes entre eles em sua relação interna (STJ, 3ª Turma, REsp 85240/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 19/11/1999).

[32] Cf. HÜFFER, Uwe; KOCH, Jens. *Gesellchaftsrecht*. 8 Aufl. München: Beck, 2011, p. 254.

[33] "O fundo social é, pois, o conjunto das entradas que os sócios, ostensivos e participantes, declaram vinculadas aos negócios que constituem o objeto social; é a importância, contabilmente mensurável, resultante dos valores transferidos pelos integrantes da conta de

A constituição da SCP independe de qualquer formalidade (podendo até ser realizada verbalmente), inexistindo necessidade de registro e podendo ser provada por qualquer meio (art. 992)[34] – apesar de existir a necessidade de sua inscrição no CNPJ e, por isso (bem como para sua baixa), deve ser apresentado documento comprobatório da sua existência (sem necessidade de registro em qualquer órgão), o que acaba com a liberdade da forma de constituição da SCP.

Constatada uma hipótese de dissolução, a liquidação da SCP realiza-se *pelas normas da prestação de contas* (realizadas pelo sócio ostensivo) (art. 996, *caput*)[35_36_37], o que pode ocorrer judicial ou extrajudicialmente, não sendo necessário seguir o procedimento de dissolução previsto às outras sociedades. A liquidação da conta de participação é, grosso modo, um acerto de contas entre os sócios, mesmo porque, quando a SCP é dissolvida, a única relação afetada é aquela existente entre os sócios, pois, perante terceiros, todos os atos foram praticados em nome do sócio ostensivo[38], não havendo patrimônio a liquidar, crédito para cobrar e pagamento a fazer[39]; na conta de participação, diferentemente das outras sociedades, a dissolução e a extinção da sociedade adquirem o mesmo

---

metade com vistas ao início e desenvolvimento da atividade econômica objeto da associação entre eles celebrada" (GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 79). Mas o fundo social também é formado pela soma dos recursos afetados aos negócios, estando aí incluídos os lucros e perdas ainda não distribuídos (cf. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 156).

[34] *V.g.*: STF, 1ª Turma, RE 18.832, Rel. Min. Nelson Hungria, j. 06/05/1951; TJRS, 6ª Câmara Cível, AI 597131119, Rel. Des. Osvaldo Stefanello, j. 17/09/1997.

[35] Cf. STJ, 3ª Turma, REsp 1230981/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. 16/12/2014.

[36] Em sendo vários ostensivos, a prestação de contas deve ser una e realizada em conjunto (art. 996, parágrafo único).

[37] A parte não possui interesse processual (por falta de adequação) em requerer a dissolução da SCP por qualquer outro procedimento que não seja a prestação de contas (*v.g.*: TJSP, 25ª Câmara de Direito Privado, Apelação 9243012-49.2008.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Benedito Ribeiro Pinto, j. 08/04/2010).

[38] GARRIGUES, Joaquín. *Tratado de Derecho Mercantil*, t. III, v. 1. Madrid: Revista de Derecho Mercantil, 1964, p. 214. E isso deixa claro que a SCP é uma sociedade interna, cf. SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*, B. II. 4 Aufl. Köln: Carl Haymanns, 2002, p. 1.861.

[39] HEIDEL, Thomas; SCHALL, Alexander. *Handelsgesetzbuch. 2* Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 1.497.

significado, existindo, única e exclusivamente, um acerto de contas entre os sócios, *i.e.*, a determinação do crédito devido a um dos sócios[40]–[41].

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *A sociedade em conta de participação*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990.

RAMIRES, Rogério. *A Sociedade em conta de participação no direito brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Almedina, 2015.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *Sociedade em conta de participação*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

[40] Cf. HÜFFER, Uwe; KOCH, Jens. *Gesellchaftsrecht.* 8 Aufl. München: Beck, 2011, p. 257.

[41] Da mesma forma, como não explora atividade, a SCP não pode falir (nem se tornar insolvente). A falência do sócio ostensivo acarreta a dissolução (de pleno direito) da conta de participação, já que enseja o afastamento do sócio ostensivo de suas atividades e a sua inabilitação para exercer qualquer atividade empresária, perdendo o direito de administrar seus bens e deles dispor, cabendo ao administrador da massa falida liquidar a respectiva conta (art. 994, §2º) (cf. TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação Judicial, AI 0287623-75.2010.8.26.0000, Rel. Des. Pereira Calças, j. 19/10/2010); assim, é necessário apurar o saldo da conta de participação, inclusive verificando se existem lucros que não foram distribuídos, por exemplo: se, nos termos como estabelecido no contrato, o resultado for *pró-participante*, este habilitará o seu crédito na falência na categoria dos credores subordinados (Lei 11.101/05, art. 83, VIII, "b" – apesar de o Código Civil dizer que o crédito seria quirografário, como já sustentamos, mas, revendo nosso posicionamento, entendemos que, aqui, a Lei 11.101/05 revogou o Código Civil); se, entretanto, o resultado for *pró-ostensivo*, a massa falida terá o direito de cobrar do participante o saldo. No que diz respeito à falência do participante, caberá ao administrador judicial resolver se a SCP terá ou não continuidade, aplicando-se ao caso a regra dos contratos bilaterais do falido (art. 994, §3º, c/c o art. 117 da Lei 11.101/05). Em caso de recuperação (judicial ou extrajudicial) de quaisquer das sócias, deve-se também dar o tratamento de sócio nos respectivos processos recuperatórios (não tendo, a depender das circunstâncias, direito de voto, por exemplo, cf. TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI 2024026-77.2013.8.26.0000, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 06/02/2014).

XIX. Sociedade simples

Antonio Carlos Cedenho

1. Aspectos introdutórios – Com a entrada em vigor da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil – CC), foi revogada a primeira parte do Código Comercial de 1850 e, com isso, a "teoria dos atos de comércio" cedeu lugar à "teoria da empresa", de orientação subjetiva italiana, segundo a qual se concebe como "*empresarial* a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços", sendo "*empresário* aquele que exercer profissionalmente esta atividade" (art. 966 do CC).[1] A partir dessa modificação, deixou de existir um rol de atividades comerciais, podendo qualquer atividade ser considerada empresária, conforme seja exercida.[2] Assim, as antigas sociedades comerciais e civis foram substituídas pelas sociedades empresárias e simples,[3] sendo as últimas disciplinadas nos arts. 997 a 1.038 do CC.

2. Conceito – O critério diferenciador entre as sociedades empresárias e simples não é o seu objeto em si, mas a forma de exercício da atividade econômica, organizada ou não empresarialmente; reputando-se simples "aquela sociedade que não exerce atividade própria de empresário".[4] Como ressaltado pela doutrina, a distinção não diz respeito ao intuito lucrativo, mas sim à maneira de exploração do objeto: "o objeto social explorado sem empresarialidade (isto é, sem organização profissional dos fatores de produção) confere à sociedade o caráter de simples".[5] Desse modo, por força de disposição legal, consolidada nos arts. 966 e 982 do CC, é simples "a sociedade não organizada empresarialmente, a coope-

[1] NEGRÃO, Ricardo. *Direito empresarial*: estudo unificado. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 21-23.

[2] RIBEIRO, Cláudia; MENEZES, Priscilla. *Teoria geral do direito empresarial*. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p.3.

[3] GOMES, Fábio Bellote. *Manual de direito empresarial*. 7. ed. rev. atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 134.

[4] WALD, Arnoldo. *Parecer*: Das sociedades simples e empresárias – questões relacionadas ao regime jurídico da sociedade simples e seu registro. São Paulo, 30 set. 2004. Disponível em: https://www.rcpjrj.com.br/html/pareceres/prof-arnoldo-wald.html. Acesso em: 1 set. 2019.

[5] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 104. 1 e-book, baseado na 28. ed. impressa.

rativa e a sociedade com atividade de natureza intelectual, científica, literária, artística ou técnica, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa".[6] Configuraria elemento de empresa caso se afastasse do caráter personalíssimo da atividade, coordenando o trabalho de terceiros de maneira a organizar os meios de produção.[7] Assim, pode-se dizer que, na sociedade simples, "a organização é menos importante que a atividade pessoal".[8] Nessa linha, as sociedades simples "adviriam da espécie sociedade de pessoas, gravitando em torno das pessoas naturais dos sócios, sendo relevante o fator trabalho, as qualidades dos integrantes, a atividade exercida",[9] constituindo uma sociedade de organização mais elementar. Destarte, os exemplos são as sociedades de dentistas, médicos, advogados para exercício da profissão conjuntamente.

3. Constituição: contrato social – A sociedade simples constitui-se por contrato escrito, o qual pode ser público ou particular, devendo conter as cláusulas obrigatórias expressas no art. 997 do CC, além de outras facultativas que as partes estipularem, sendo imprescindível a assinatura de um advogado.[10] Entre as cláusulas obrigatórias cumpre mencionar: individualização e qualificação dos sócios; qualificação da sociedade (nome empresarial, objeto social, sede e prazo de duração); capital social (contribuição de cada sócio e modo de realização); administração (responsáveis e atribuições); participação nos lucros e nas perdas; responsabilidade dos sócios. Nesse ponto, importa destacar que, para adquirir personalidade jurídica, a sociedade simples deve inscrever o contrato social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede, no prazo de até 30 dias subsequentes à sua constituição (art. 998 do CC).

---

[6] WALD, Arnoldo. *Parecer*: Das sociedades simples e empresárias – questões relacionadas ao regime jurídico da sociedade simples e seu registro. São Paulo, 30 set. 2004. Disponível em: https://www.rcpjrj.com.br/html/pareceres/prof-arnoldo-wald.html. Acesso em: 1 set. 2019.

[7] MORAIS, Amaury Walquer Ramos de. A distinção entre sociedade simples e sociedade empresária sob a égide do artigo 966, *caput* e parágrafo único, do Código Civil Brasileiro. *Direito em Ação* – Revista do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília, v. 13, n. 2, p. 21, 2014. Disponível em: https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/view/6461/4048. Acesso em: 1 set. 2019.

[8] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: teoria geral e direito societário. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 334.

[9] RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 103.

[10] RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 115-116.

Igualmente, qualquer alteração deve ser registrada (art. 999, parágrafo único, do CC), pois caso contrário será ineficaz em relação a terceiros (art. 997, parágrafo único, do CC). Valendo, ainda, lembrar que as alterações de cláusulas elencadas no art. 997 dependem de deliberação unânime entre os sócios (art. 999 do CC).

4. Características – A sociedade simples pode assumir a forma pura, denominada simples comum, regulada nos termos dos arts. 997 a 1.038 do CC, ou adotar a forma de outro tipo societário (em nome coletivo, em comandita simples ou limitada) ou, eventualmente, cooperativa.[11] Raramente, constitui-se como sociedade simples pura; comumente, configura-se simples limitada. Contudo, cabe salientar que a disciplina prevista no Código para a sociedade simples serve de estrutura para os outros tipos societários, estabelecendo regras gerais aplicáveis supletivamente,[12] como "uma espécie de estatuto geral das sociedades".[13]

5. Sócios: deveres e direitos – A base da sociedade são os sócios, no mínimo, dois. Podem ser pessoas físicas ou jurídicas, brasileiros ou estrangeiros, residentes ou não no Brasil, cujo dever principal é a realização de sua contribuição para o capital social, em bens ou serviços.[14] Caso descumpra esse dever, poderá ser notificado e obrigado a responder pelos danos, sofrer exclusão da sociedade ou ter sua quota reduzida ao montante realizado (art. 1.004, *caput* e parágrafo único, do CC). Com a subscrição do capital, o sócio incorpora direitos patrimoniais relativos à participação nos lucros e no acervo social (em caso de dissolução da sociedade), sendo nula qualquer cláusula excludente da participação nos lucros ou perdas (art. 1.008 do CC). Consoante disposto no art. 1.007 do CC, ressalvado o caso do sócio cuja contribuição consiste em serviços, a participação do sócio nos lucros (ou perdas) ocorre na proporção das suas quotas, salvo estipulação ao contrário. Apesar de haver liberdade para estipulação quanto à participação nos lucros em contrato, não se admite vantagens ou desvantagens exageradas a algum sócio. Impende,

---

[11] GOMES, Fábio Bellote. *Manual de direito empresarial*. 7. ed. rev. atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 134.

[12] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito empresarial*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 123.

[13] WALD, Arnoldo. *Parecer:* Das sociedades simples e empresárias – questões relacionadas ao regime jurídico da sociedade simples e seu registro. São Paulo, 30 set. 2004. Disponível em: https://www.rcpjrj.com.br/html/pareceres/prof-arnoldo-wald.html. Acesso em: 01 set. 2019..

[14] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: teoria geral e direito societário. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 337-339.

também, mencionar que, no concernente aos sócios cuja contribuição realiza-se em serviços, a distribuição dos lucros "deve ser calculada pela média dos lucros distribuídos aos demais sócios, que é obtida proporcionalmente ao valor das quotas detidas por cada um".[15] Lembrando que os sócios de serviços ficam impedidos de empregar-se em outras empresas, sob pena de exclusão ou privação de lucros (art. 1.006 do CC). Ainda nesse tópico, imprescindível esclarecer que, além de direitos patrimoniais, os sócios incorporam também direitos pessoais relativos às deliberações sociais, administração da sociedade e respectiva fiscalização.

6. Administração social – A administração social envolve os interesses da sociedade e, consequentemente, dos sócios, os quais devem atuar com probidade. Na sociedade simples, a administração compete a pessoas físicas (art. 997, VI, do CC), sócios ou não, desde que não impedidas nos termos do §1º do art. 1.011 do CC, devendo ser indicadas no contrato social ou em instrumento averbado ao registro, o qual pode dividir as atribuições entre diversas pessoas, determinando o exercício conjunto ou especificando competências para cada uma.[16] No silêncio do contrato, a administração compete separadamente a cada um dos sócios (art. 1.013 do CC), o que se demonstra inviável na prática, na medida em que todos os sócios estariam habilitados a decidir e atuar isoladamente em nome da empresa, sem coordenação, gerando atos que, se não forem impugnados pela maioria, obrigam a todos.[17] E, não havendo disposição expressa, os administradores tem autonomia para praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade, exceto oneração ou venda de bens imóveis (art. 1.015 do CC). Se o administrador for sócio investido nessa função pelo contrato social, seus poderes são irrevogáveis, salvo justa causa reconhecida judicialmente, o que evidentemente dificulta a questão. Ao contrário, os poderes do administrador são revogáveis se forem conferidos a sócio por ato separado ou a não sócios (art. 1.019, *caput* e parágrafo único, do CC). Certamente, nem todos os sócios administram a sociedade de maneira direta, mas resguardam direito de fiscalização ampla, sendo

[15] HERINGER, Astrid. A sociedade simples no código civil brasileiro: uma experiência desacreditada. *Revista do Direito Privado da UEL*, v. 1, n. 1, jan./abr. 2008. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/edicao.php?id=27. Acesso em: 4 set. 2019.

[16] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial:* teoria geral e direito societário. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 363-364.

[17] RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 124-125.

obrigatória prestação de contas anual, incluindo inventário, balanço patrimonial e resultado econômico (art. 1.020 do CC). Além disso, não havendo determinação de época própria, o sócio pode examinar os livros e documentos a qualquer tempo (art. 1.021 do CC). Caso o administrador exorbite seus poderes, violando a lei ou o contrato social, terá responsabilidade perante a sociedade e terceiros prejudicados. Valendo ressaltar que, a sociedade não fica vinculada aos atos praticados com excesso pelos administradores, estando dispensada de responder perante terceiros, se: a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro da sociedade; provar que era conhecida do terceiro; a operação for evidentemente estranha ao objeto social (art. 1.015, parágrafo único, do CC).

7. Deliberações sociais – O sócio detém, ainda, direito a voto para participar da construção da vontade social. Em regra, as deliberações são tomadas por maioria, conforme o valor das quotas de cada sócio (art. 1.010 do CC). A maioria corresponde a mais da metade do capital.[18] Imprescindível salientar que as modificações do contrato referentes às cláusulas obrigatórias do art. 997 do CC dependem de aprovação unânime (art. 999 do CC). Além disso, a substituição do sócio no exercício das suas funções e a cessão total ou parcial de quotas constituem atos vinculados ao consentimento dos demais sócios (arts. 1.002 e 1.003 do CC). Por fim, releva esclarecer que o Código não menciona regras específicas de convocação e instalação de reunião ou assembleia para deliberações, provavelmente em razão do menor porte da sociedade e do caráter pessoal. Desse modo, a maioria pode ser comprovada por qualquer meio, sendo "conveniente que os sócios reduzam a escrito a decisão".[19]

8. Responsabilidade dos sócios – A princípio, são os bens sociais que respondem pelas dívidas da sociedade. Os bens dos sócios somente podem ser atingidos se os bens sociais não forem suficientes, portanto, a responsabilidade do sócios é subsidiária, todavia terá caráter ilimitado, salvo disposição expressa em contrato.[20] Nesse caso, inexistindo cláusula de responsabilidade solidária entre os sócios, cada um responde na

---

[18] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito empresarial*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018,p. 129.

[19] WALD, Arnoldo. *Parecer:* Das sociedades simples e empresárias – questões relacionadas ao regime jurídico da sociedade simples e seu registro. São Paulo, 30 set. 2004. Disponível em: https://www.rcpjrj.com.br/html/pareceres/prof-arnoldo-wald.html. Acesso em: 01 set. 2019.

[20] RIBEIRO, Cláudia; MENEZES, Priscilla. *Teoria geral do direito empresarial*. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 25.

proporção de sua participação no capital social (arts. 1.023 e 1.024 do CC). A maioria dos doutrinadores entende que, nos termos do Enunciado nº 479 da V Jornada de Direito Civil: "Na sociedade simples pura (art. 983, parte final, do CC/2002), a responsabilidade dos sócios depende de previsão contratual. Em caso de omissão, será ilimitada e subsidiária, conforme o disposto nos arts. 1.023 e 1.024 do CC/2002". Todavia, há posição contrária, no sentido de que não é possível aos sócios dispor quanto à responsabilidade no contrato social.[21] No que concerne à responsabilidade, importa ainda salientar três aspectos: a) não se exime das dívidas anteriores sócio admitido posteriormente em sociedade já constituída (art. 1.025 do CC); b) a retirada, exclusão ou morte do sócio não o exime (ou a seus herdeiros) das responsabilidades sociais anteriores por até 2 anos (art. 1.032 do CC); c) no caso de cessão total ou parcial de quotas, o cedente responde solidariamente com o cessionário por até 2 anos (art. 1.003, parágrafo único, do CC). Por fim, indispensável ressaltar que, a forma adotada é o que determina a extensão da responsabilidade. Portanto, não se tratando de sociedade simples pura, sendo sociedade simples limitada, em nome coletivo ou em comandita simples, as disposições referentes a estas formas especiais é que serão consideradas.[22] Entretanto, havendo distribuição de lucros ilícitos ou fictícios, portanto, inexistentes, de maneira a esvaziar o patrimônio da sociedade por meio de artifícios contábeis, haverá responsabilidade solidária dos administradores, bem como dos sócios que os receberem, sabendo ou devendo saber de sua ilegitimidade (art. 1.009 do CC).[23]

9. Dissolução – A dissolução pode ser parcial (resolução em relação a um sócio) ou total (extinção da sociedade). A *resolução* da sociedade em relação a um sócio pode ocorrer devido a sua morte (art. 1.028 do CC), exclusão (art. 1.030 do CC) ou direito de retirada (art. 1.029 do CC),[24]

---

[21] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: teoria geral e direito societário. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 346-347. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito empresarial*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 127.

[22] RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 112-113.

[23] RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 123-124.

[24] HERINGER, Astrid. A sociedade simples no código civil brasileiro: uma experiência desacreditada. *Revista do Direito Privado da UEL*, v. 1, n. 1, jan./abr. 2008. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/edicao.php?id=27. Acesso em: 04 set. 2019.

sendo que, caso subsista apenas um sócio temporariamente na sociedade, a pluralidade deve ser restabelecida em até 180 dias (art. 1.033, IV, do CC). Por sua vez, a *extinção* da sociedade ocorre nos seguintes casos: vencimento do prazo de duração; consenso unânime entre os sócios; deliberação dos sócios por maioria absoluta; falta de pluralidade de sócios; extinção de autorização para funcionar; judicialmente, a requerimento de sócio, quando anulada sua constituição, exaurido o fim social ou verificada sua inexequibilidade; por outras causas previstas em contrato, a serem verificadas judicialmente se contestadas (art. 1.033 a 1.035 do CC).

10. Liquidação – Ocorrida a dissolução, seja por deliberação dos sócios, imposição da lei ou processo judicial, apura-se o ativo e o passivo da empresa a fim de efetivar a partilha do patrimônio, encerrando as pendências com o recebimento dos créditos e o pagamento das obrigações.[25] Assim que ocorrer a dissolução, os administradores devem providenciar a imediata investidura do liquidante, o qual será eleito por deliberação dos sócios, caso não esteja designado no contrato social (arts. 1.036 a 1.038 do CC). Valendo esclarecer que as sociedades simples não se sujeitam à recuperação extrajudicial, judicial ou falência.[26]

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (1 e-book, baseado na 28. ed. impressa).

GOMES, Fábio Bellote. *Manual de direito empresarial*. 7. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

HERINGER, Astrid. A sociedade simples no código civil brasileiro: uma experiência desacreditada. *Revista do Direito Privado da UEL,* v. 1, n. 1, jan./abr. 2008. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/edicao.php?id=27. Acesso em: 4 set. 2019.

MORAIS, Amaury Walquer Ramos de. A distinção entre sociedade simples e sociedade empresária sob a égide do artigo 966, *caput* e parágrafo único, do Código Civil Brasileiro. *Direito em Ação – Revista do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília*, v. 13, n. 2, 2014. Disponível em: https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/view/6461/4048. Acesso em: 01 set. 2019.

[25] RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 163-164.

[26] RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 105.

NEGRÃO, Ricardo. *Direito empresarial*: estudo unificado. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Cláudia; MENEZES, Priscilla. *Teoria geral do direito empresarial*. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: teoria geral e direito societário. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito empresarial*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

WALD, Arnoldo. *Parecer*: das sociedades simples e empresárias – questões relacionadas ao regime jurídico da sociedade simples e seu registro. São Paulo, 30 set. 2004. Disponível em: https://www.rcpjrj.com.br/html/pareceres/prof-arnoldo-wald.html. Acesso em: 1 set. 2019.

XX. Da sociedade em nome coletivo

Rosemarie Adalardo Filardi

Introdução

A sociedade em nome coletivo surgiu nas cidades italianas da Idade Média e teve sua origem no âmbito familiar da época, cujos membros se associavam para o exercício de seus próprios negócios. Era uma sociedade formada essencialmente por familiares cujo patrimônio se confundia com o dos integrantes da família, e, como consequência, todos respondiam pelas dívidas da sociedade.[1]

Com o decorrer do tempo, foram surgindo sociedades em nome coletivo que passaram a ser formadas não mais exclusivamente por membros de uma mesma família mas por pessoas de origens diversas, vinculadas por bases estabelecidas por meio de um contrato social.

Nosso Código Comercial de 1850 tratava da sociedade em nome coletivo nos artigos 311 a 314 sendo que o atual Código Civil cuida das diversas espécies de sociedades em seu livro II, dentre elas, a sociedade em nome coletivo. Este tipo de sociedade é regido pelas normas específicas dispostas nos artigos 1.039 a 1.044, do Código Civil e, subsidiariamente, pelas normas da sociedade simples.

Da sociedade em nome coletivo

A sociedade em nome coletivo se constitui mediante contrato escrito, particular ou público, que além de cláusulas estipuladas pelas partes deve mencionar as indicações constantes do art. 997, CC.[2]

Possui a sociedade em nome coletivo características próprias que serão abordadas a seguir:

---

[1] J.X.Carvalho de Mendonça. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 7.ed., v.III, n.694, Freitas Bastos, 1963.

[2] O nome, o objeto social, a sede da sociedade, prazo de duração da sociedade, o capital social, a quota de cada sócio, as prestações que cada um dos sócios fica obrigado, as pessoas naturais incumbidas da administração, bem como seus poderes e atribuições, a participação dos sócios nos lucros e perdas e ainda, a firma social.

1) *Somente pessoas físicas podem integrar a sociedade em nome coletivo*

Não se admite a participação de pessoas jurídicas nesta espécie societária sendo certo que somente pessoas naturais podem tomar parte na sociedade em nome coletivo (art. 1039, caput, CC).

2) *Todos os sócios respondem de forma solidária e ilimitada pelas obrigações sociais*

A questão referente à responsabilidade subdivide-se em duas situações:

a) Em relação a terceiros

A responsabilidade dos sócios é solidária e ilimitada porém subsidiária[3] em relação à sociedade, ou seja, somente serão atingidos bens pessoais dos sócios após o total exaurimento do patrimônio social (art. 1039, caput, CC).[4]

b) Entre os sócios

No momento da constituição da sociedade ou por unânime convenção posterior, podem os sócios limitar entre si a responsabilidade de cada um. Ressalta-se, no entanto, que qualquer pacto limitativo de responsabilidade entre os sócios nesta espécie de sociedade só terá validade internamente, não sendo oponível perante terceiros.

Como há solidariedade decorrente da lei, cabe o direito de regresso do sócio que pagou dívidas da sociedade para terceiros, em relação aos demais sócios, nos termos previstos no contrato social.

---

[3] Art. 795. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei.

§ 1º O sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam excutidos os bens da sociedade.

§ 2º Incumbe ao sócio que alegar o benefício do § 1o nomear quantos bens da sociedade situados na mesma comarca, livres e desembargados, bastem para pagar o débito.

§ 3º O sócio que pagar a dívida poderá executar a sociedade nos autos do mesmo processo.

[4] Art. 1.039. Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais.

Parágrafo único. Sem prejuízo da responsabilidade perante terceiros, podem os sócios, no ato constitutivo, ou por unânime convenção posterior, limitar entre si a responsabilidade de cada um.

3) *Nome empresarial a ser utilizado: firma*

A sociedade em nome coletivo por expressa disposição legal só pode o nome empresarial da espécie firma ou razão social, vedado o uso de denominação. Desta forma, o nome empresarial deve ser formado pelos nomes de todos os sócios pessoas físicas ou, ainda, a composição pode ser feita utilizando apenas os nomes de alguns dos sócios sendo, neste caso, necessário o uso do aditivo & Companhia ou de forma abreviada & Cia, nos termos do art. 1.041, do Código Civil.

4) *A administração da sociedade somente poderá ser exercida por sócios*

A sociedade em nome coletivo será administrada exclusivamente por um ou mais sócios não sendo permitido contratar administradores externos, ou seja, não sócios. O uso da firma é privativo daqueles que tenham poderes previstos dentro dos limites estabelecidos no contrato social, conforme previsão do art. 1.042 do Código Civil.

5) *Liquidação da quota por credor* (Somente em duas situações a lei autoriza a liquidação da quota por credor antes da dissolução da sociedade: 1) a sociedade houver sido prorrogada tacitamente; 2) tendo ocorrido prorrogação contratual, for acolhida judicialmente oposição do credor, levantada no prazo de 90 (noventa) dias, contado da publicação do ato dilatório. (art. 1.043 *caput* e par. único, CC);

6) *Morte de sócio*

Por se tratar de uma sociedade de pessoas, os herdeiros do sócio falecido não ingressam automaticamente nos quadros sociais. O contrato social deve conter disposição expressa neste sentido.

7) *Dissolução da sociedade*

A dissolução da sociedade em nome coletivo pode ocorrer pelas mesmas causas aplicáveis à sociedade simples previstas no art. 1033, CC e, se for empresária, pela decretação falência, nos termos da lei 11.101/05.

Assim, como conclusão, tem-se que a sociedade em nome coletivo é uma sociedade personificada que possui como características marcan-

tes o fato de ser constituída somente por pessoas físicas sendo que todos os sócios têm responsabilidade solidária e ilimitada por dívidas sociais. Justamente por não preservar o patrimônio particular dos sócios, caso a sociedade não seja próspera, esta espécie de sociedade se encontra em desuso em nosso sistema, tendo sido substituída por outros tipos societários, especialmente pela sociedade limitada.

XXI. Sociedade limitada I (disposições preliminares, quotas, administração e conselho fiscal)

Manoel de Queiroz Pereira Calças

As sociedades de responsabilidade limitada tiveram origem na Inglaterra, com as chamadas *private partnerships*, que eram constituídas por ato do Parlamento, denominado *act of incorporation* que conferia personalidade jurídica à sociedade, ao mesmo tempo em que limitada a responsabilidade dos sócios ao valor de suas ações e permitia a livre negociabilidade da participação societária com terceiros.

Posteriormente, a concessão da personalidade jurídica às sociedades, bem como a limitação da responsabilidade dos sócios e a livre alienabilidade das ações deixam de ser de competência do Parlamento e passam a ser da Coroa. Em 7 de agosto de 1862 foi editada a lei denominada *Companies Act*, que consolida a legislação societária e instituiu as sociedades de responsabilidade limitada, sem ações, as *limited by guarantee*, cujos sócios se responsabilizavam pelas obrigações sociais limitadamente a valor preestabelecido, prevendo-se também as sociedades *limited by shares*, de responsabilidade limitada por ações, abolindo-se a autorização governamental, conferindo-se, pelo registro, personalidade jurídica às sociedades, a livre cessão das participações societárias e a limitação da responsabilidade dos sócios ao capital subscrito.

Com a edição do *Companies Act* de 1862, as companhias, livres da exigência da autorização governamental disseminaram-se pela Inglaterra e foram empregadas para grandes empreendimentos. As pequenas e médias sociedades constituídas como *partnerships*, porém, continuavam a ser regidas pelo direito comum – *common law* –, o que levou os empresários a transformá-las em companhias, com número limitado de sócios e sem buscar subscrição pública, as quais passam a ser chamadas no direito costumeiro de *private companies*, para diferenciá-las das *public companies*.

Diante do surgimento de muitas *private companies*, reguladas pelo direito consuetudinário, promoveu-se uma consolidação das normas usuais que deram origem à edição do *Companies Consolidation Act* de 1900, com sucessivas alterações até que em 1929 estabelece-se um modelo societário com as seguintes regras: (a) restrições à negociabilidade das ações; (b) limitação do número de sócios a cinquenta; (c) vedação da subscrição pública; (d) inexistência de número mínimo de sócios; (e) autorização para administração por um só gerente; (f) dispensa de formalidades referentes à publicidade das demonstrações contábilfinanceiras.

As *private companies*, originárias das sociedades anônimas, assemelham-se às sociedades de responsabilidade limitada do direito alemão, o pioneiro e grande influenciador da adoção de tal modelo societário no mundo ocidental.

Por isso, pode-se concluir que as sociedades de responsabilidade limitada se originaram na Inglaterra, onde, com a emancipação das *private companies* das sociedades anônimas, passam a ser adotadas pela grande maioria dos empresários.

Na Alemanha, por sua vez, com a edição da Lei de 20 de abril de 1892, promulgada pelo Imperador Guilherme II, surge pela primeira vez um tipo societário de responsabilidade limitada, distinto das anônimas, para atender às exigências do empresariado nacional, que não se conformava com as exigências rígidas, formais e custosas impostas para a constituição das sociedades anônimas.

Os pequenos e médios empresários não tinham condições de submeter-se ao rigoroso sistema legal exigido para a limitação de suas responsabilidades pelas obrigações sociais, razão pela qual pleitearam e obtiveram do Parlamento alemão a instituição de uma sociedade de responsabilidade limitada, com características próprias e desvinculada do modelo legal das anônimas, podendo ser constituída de maneira simples, somente por dois sócios, os quais teriam responsabilidade apenas pela importância com que cada um contribuísse para a formação do capital social.

A Alemanha, por lei editada em 4 de julho 1980, substituiu a pioneira lei de 1892, introduzindo inovação revolucionária nesse modelo societário, que passou a permitir a constituição da sociedade de responsabilidade limitada por uma só pessoa. Previu, portanto, a legislação alemã socie-

dade de responsabilidade limitada constituída por apenas uma pessoa, que parte da doutrina denomina de sociedade unipessoal.

A propósito, no Brasil, somente recentemente, com a edição da Lei n. 13.874/2019, houve a alteração do regime das sociedades limitadas para prever a possibilidade de sociedade limitada constituída por apenas uma pessoa, conforme artigo 1.052, § 1º, do Código Civil. Se for unipessoal, ao documento de constituição do sócio único serão aplicadas as disposições sobre o contrato social.

A previsão do regime legal da sociedade limitada no Código Civil revogou tacitamente o Decreto 3.708/19 que, até então, regulava as sociedades por quotas de responsabilidade limitada. É certo que a regulamentação da sociedade em legislação especial ensejaria maior facilidade para eventuais alterações que se fizessem necessárias. A modificação do Código é mais complexa e morosa.

O artigo 1.053 preceitua que a sociedade limitada rege-se, nas omissões do capítulo especial que a regulamenta no Código Civil, pelas normas da sociedade simples.

Por outro lado, o contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

Portanto, as sociedades limitadas, a partir do Código Civil de 2002, passaram a ser regidas pelos artigos 1.052 a 1.087.

A constituição e a dissolução da sociedade devem observar o disposto nos artigos 1.054 e 1.087, enquanto no silêncio do contrato e nas omissões do capítulo próprio que trata das sociedades limitadas aplica-se o regime das sociedades simples, conforme dispõe o artigo 1.053.

Caso o contrato social preveja a regência supletiva da lei das sociedades anônimas, desde que se trate de matéria contratual, incidirão as regras desse tipo societário, assim como, nas lacunas do Código Civil aplicável, por analogia, a lei das sociedades anônimas.

O artigo 1052 estabelece que a responsabilidade dos sócios é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

O capital social será dividido em quotas, que podem ser iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio, não sendo permitida a contribuição de sócio que consista em prestação de serviços.

A cessão de quotas a sócio não depende da anuência dos demais, salvo disposição em contrário do contrato social, ao passo que a cessão para estranho pode ocorrer, desde que não haja oposição de titulares de mais de um quarto do capital social.

O artigo 1.060 do Código Civil dispõe que a sociedade limitada será administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado.

Para o caso de designação de administradores não sócios é exigida a aprovação da unanimidade dos sócios, enquanto o capital não estiver integralizado, e de no mínimo dois terços após a integralização.

Na sociedade limitada, sem prejuízo dos poderes atribuídos à assembleia de sócios, poderá o contrato instituir conselho fiscal, que será composto de três ou mais membros e respectivos suplentes, os quais podem ou não ser sócios, residentes no País, eleitos na assembleia anual prevista no artigo 1.078 do Código Civil.

Aos sócios minoritários que representem pelo menos um quinto do capital social é assegurado o direito de eleger, separadamente, um dos membros do conselho fiscal e o respectivo suplente.

Os deveres dos membros do conselho fiscal, além de outras atribuições determinadas na lei ou no contrato social, estão dispostas no artigo 1.069 do Código Civil, entre as quais destacam-se examinar, pelo menos trimestralmente, os livros e papéis da sociedade e o estado da caixa e da carteira; lavrar no livro de atas e pareceres do conselho fiscal o resultado dos exames referidos no inciso I deste artigo; exarar no mesmo livro e apresentar à assembleia anual dos sócios parecer sobre os negócios e as operações sociais do exercício em que servirem, tomando por base o balanço patrimonial e o de resultado econômico; denunciar os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, sugerindo providências úteis à sociedade; convocar a assembleia dos sócios se a diretoria retardar por mais de trinta dias a sua convocação anual, ou sempre que ocorram motivos graves e urgentes; e praticar, durante o período da liquidação da sociedade, os atos a que se refere este artigo, tendo em vista as disposições especiais reguladoras da liquidação.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

ABRÃO, Nelson. *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CALÇAS, Manoel de Queiroz. *Sociedade limitada no novo Código Civil*. São Paulo: Altas, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial:* volume 2. 22. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2019.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Sociedade por quotas*. 5. ed. São Paulo: Monteiro Lobato, 1925.

XXII. Sociedade limitada II: resolução da sociedade em relação a sócios minoritários, dissolução e liquidação

Marcus Elidius Michelli de Almeida

O presente verbete tem como objetivo apresentar os principais pontos da dissolução parcial da sociedade limitada, com base no Código Civil e inovações trazidas pelo Código de Processo Civil vigente.

1 Dissolução parcial da sociedade limitada

A dissolução parcial[1] foi uma criação da doutrina e da jurisprudência que teve por objetivo permitir a liquidação da empresa apenas em face do sócio que, por algum motivo, não mais fará parte da sociedade, entretanto, sem pôr fim a esta última, em prol da preservação da empresa.

A preservação da empresa constitui o entendimento de que a empresa deve se contrapor aos interesses individuais do sócio, já que na exploração da atividade econômica gravitam outros interesses igualmente relevantes, relacionados à função social que exerce – como a preservação dos empregos diretos e indiretos, a arrecadação de impostos diretos e indiretos, os interesses dos consumidores quem têm acesso a bens e serviços na sociedade, entre outros.

É certo, que o Código Civil vigente inovou ao disciplinar algumas hipóteses de dissolução parcial, fazendo-o sob o tema de resolução da sociedade em relação a um sócio (*vide* arts. 1.028 a 1.032 e 1.085 a 1.086), bem como o Código de Processo Civil vigente (*vide* arts. 599 e seguintes) que regulou o procedimento especial.

A resolução se verifica quando há necessidade, quando ocorre o falecimento do sócio, cujos herdeiros não ingressam na sociedade, nos casos

[1] O termo "dissolução parcial" foi objeto de várias criticas, uma vez que se afirmava que, sendo dissolução, não poderia ser parcial e, se parcial, não era dissolução, contudo, tal critica não tem relevância no termo prático.

de exclusão (judicial ou extrajudicial) ou que se exerceu o direito de retirada ou recesso.

2 Apuração dos haveres

a) Critério para apuração de haveres

A apuração de haveres importa na constituição de crédito, em favor do sócio desligado (retirante) ou de seu sucessor, perante a sociedade.

Em linhas gerais o crédito denomina-se reembolso e tem por base o valor patrimonial da participação societária, apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma, se o contrato social não estabelecer outro critério (art. 1.031 CC e art. 606 do CPC).

Vale destacar, neste momento, que aqui reside uma infindável controvérsia, pois em face dos interesses antagônicos, o sócio retirante sempre desejará valorizar as suas quotas, enquanto os sócios remanescentes desejarão reduzir ao máximo o valor de reembolso que a sociedade terá de pagar ao retirante.

E a razão da discussão normalmente decorre dos bens que compõem o patrimônio da empresa, avaliando-se o seu contexto econômico (inclusão dos bens imateriais – marcas, patentes, know-how, clientela; das perspectivas de rentabilidade; do fundo de comércio etc.) e o valor que deve ser observado (valor real ou patrimonial).

Assim, o critério a ser utilizado pelo perito poderá alterar diametralmente, ou não, o valor a ser pago ao retirante.

A apuração de haveres não é uma simulação de uma dissolução total, pois não é possível querer avaliar uma sociedade que está em pleno funcionamento como se estivesse sendo liquidada, pois nos parece óbvio que o valor de uma sociedade, que gera riquezas e está ativa no mercado, é bem diferente daquela que está sendo liquidada, vendendo o seu patrimônio e não o seu negócio.

Apenas para elucidar o nosso pensamento, basta imaginar uma sociedade que tenha por objeto o ramo de restaurantes. O ativo dessa sociedade será as mesas, cadeiras, fogão, geladeira, computador, pratos,

talheres, copos etc. Todos usados no decorrer do tempo de existência do restaurante.

Pois bem, valendo-se do critério de apuração de haveres como se dissolução total fosse, o ativo seria avaliado a preço de venda real de mercado, nas condições em que se encontram (usados!). Perguntamos, então, qual valor poderia ser obtido na avaliação desse patrimônio?

A avaliação seria diferente se tomasse por base não os bens isoladamente, mas o negócio que representa essa sociedade. É claro que o valor apurado para os bens será completamente diferente se tomado por base a venda das mesas e cadeiras ou se considerado o restaurante em pleno funcionamento.

É inegável que a empresa possui um valor de mercado deveras superior ao que consegue obter numa simples análise contábil como se dissolução total fosse**.** O bem da empresa agrupado para atividade possui valor agregado que não pode ser desconsiderado como se fosse uma dissolução total.

A regra geral sobre os critérios da apuração de haveres é de que este deve observar o pactuado no contrato social, porém, nesse ponto merece destaque que é possível rever cláusulas manifestamente abusivas, que implicam em injustiças ou enriquecimento indevido.

A apuração deve ser sempre da forma mais ampla possível, levando em conta o fundo de comércio, os bens corpóreos e incorpóreos, o *goodwill* da empresa.

Justamente por tais motivos é que afirmamos que o critério de avaliação dos haveres deve ser melhor estudado, a fim de não trazer distorções, injustiças e verdadeiro enriquecimento sem causa, para um ou para outro sócio, como permite o art. 607 do Código de Processo Civil.

No nosso entender, é necessário que o aplicador da Lei, seja ele juiz, advogado, árbitro ou perito, volte os olhos para outros critérios de avaliação que representem o valor REAL e JUSTO da sociedade, que muitas vezes pode ser apurado pelo critério de avaliação de empresa com base no Fluxo de Caixa Descontado trazido a valor presente.

É cristalino, em toda literatura contábil e econômica, que o critério de Fluxo de Caixa Descontado é hoje o melhor método para encontrar o valor da empresa, sendo uma tecnologia científica contábil. Nesse sentido, é o precedente do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1335619/SP, Rel.

Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2015.

b) Momento da situação patrimonial

O valor apurado tomará por base a situação patrimonial da sociedade no momento em que se deu a dissolução, nos termos do *caput* do artigo 1031 do Código Civil.

O Código de Processo Civil, no art. 605, adentrando em questão material, estabeleceu a data da resolução da sociedade, a saber, no caso de falecimento do sócio, a do óbito; na retirada imotivada, o sexagésimo dia seguinte ao do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio retirante; no recesso, o dia do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio dissidente; na retirada por justa causa de sociedade por prazo determinado e na exclusão judicial de sócio, a do trânsito em julgado da decisão que dissolver a sociedade; e na exclusão extrajudicial, a data da assembleia ou da reunião de sócios que a tiver deliberado.

c) Prazo para o pagamento

Nos termos do parágrafo 2º, do artigo 1.031, do Código Civil, o pagamento será em dinheiro e no prazo de 90 dias, a partir da liquidação, salvo disposição em contrário no contrato social.

O objetivo do prazo é não impor à sociedade uma descapitalização de uma hora para outra, que possa comprometer sua atividade.

Inclusive, o contrato poderá estipular prazos maiores ou menores daquele previsto no Código Civil. Porém, a jurisprudência tem entendido que se o prazo da demanda for superior ao prazo estabelecido no contrato, o pagamento deverá ser feito em uma única vez (REsp 1371843/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2014).

Ainda no que tange ao momento do pagamento, é importante lembrar que alguns contratos estabelecem cláusula vaga para o pagamento ao sócio retirante, como por exemplo: "*será pago na medida do possível*" ou "*o pagamento será feito dentro das possibilidades da sociedade*" ou ainda *"o pagamento se dará tão logo a empresa tenha condições de saldar o débito*".

No nosso entender, tais cláusulas são potestativas e têm como única finalidade dificultar o recebimento por parte do sócio retirante, sendo verdadeiras cláusulas abusivas e, portanto, são cláusulas que devem ser afastadas, impondo-se o pagamento nos termos do Código Civil, ou seja, em dinheiro, no prazo de 90 (noventa) dias.

Igualmente, o Código de Processo Civil trouxe uma inovação louvável sobre o pagamento dos haveres incontroversos, ou seja, aquele que for apresentado pela sociedade ao sócio que está saindo da sociedade. Entende-se que cabe a sociedade dar inicio ao pagamento imediato, no prazo previsto no contrato social, podendo este ser objeto de execução, independente da pericia do real valor dos haveres.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

A SOCIEDADE LIMITADA NO NOVO CÓDIGO CIVIL. São Paulo: Saraiva, 2003.

AZEVEDO, Alberto Gomes da Rocha. *Dissolução da sociedade mercantil*. [São Paulo]: Resenha Universitária; EDUC, 1975.

CALÇAS, Manoel Pereira. *Sociedade limitada no Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: volume 2. 5. São Paulo: Saraiva, 2002.

-Dissolução Parcial das Sociedades Limitadas – Palestra realizada no Ciclo de Conferências sobre Sociedades Limitadas no Hotel Transamérica – São Paulo – em 09 de outubro de 2003.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*. São Paulo: Atlas, 2002.

LOBO, Jorge. *Sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARTINS, Carlos Felisberto Garcia. *Avaliação de empresa em apuração de haveres judiciais*. [S.l.: s.n, 19--?].

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Dissolução e liquidação de sociedades*. 2. ed.- São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. [S.l.]: [Livraria Academica, 1934?]. p. 310.

SIMÃO FILHO, Adalberto. *A nova sociedade limitada*. São Paulo: Manole, 2004.

XXIII. Sociedade Anônima I

Guilherme Amorim Campos da Silva

Na definição do artigo 966 do Código Civil brasileiro, empresário é quem desempenha profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. No Livro II do Código Civil, especificamente ao tratar em seu Título II da Sociedade, o legislador ordinário brasileiro houve por bem dispor no Capítulo V acerca da principal característica das sociedades anônimas, que continua, mesmo com o advento do novo Código Civil, regendo-se pela Lei n. 6.404/76 e disposições especiais posteriores, aplicando-se o Código apenas nos casos omissos.

Da sociedade anônima

Como estabelece o artigo 1.088 do Código Civil, a sociedade anônima ou companhia caracteriza-se pela divisão de seu capital em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever para integralização da capital da empresa ou de parcela representativa de seu patrimônio que vier adquirir.

Para a constituição de uma sociedade anônima, é necessário que sejam seguidos três requisitos essenciais, sendo eles a subscrição de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto (por pelo menos duas pessoas); a realização, como entrada, do pagamento de no mínimo 10% do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro e o deposito da parte do capital realizado em dinheiro no Banco do Brasil S/A ou outro estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários.

As sociedades anônimas apresentam características fundamentais como personalidade jurídica de direito privado (com existência e patrimônio distintos e autônomos em relação aos sócios), finalidade lucrativa, companhia sempre mercantil, responsabilidade dos sócios limitada apenas à sua contribuição ao capital social, capital dividido em ações e a sua livre transferibilidade e possibilidade de uso de nome fictício ou fantasia.

Para Modesto Carvalhosa, sociedade anônima é

> a pessoa jurídica de direito privado, de natureza mercantil, em que o capital se divide em ações de livre negociabilidade, limitando-se a responsabilidade dos subscritores ou acionistas ao preço de emissão das ações por eles subscritas.[1]

Além disso, dentro da companhia há o objeto social; este deve fazer parte de toda empresa de fim lucrativo, e deve seguir as regras de não contrariar a lei, a ordem pública e os bons costumes. O estatuto social da companhia irá, obrigatoriamente, definir este objeto de modo preciso e completo.

O objeto social deve revelar o elemento essencial que move, que anima referida iniciativa empresarial. O objeto social não precisa elencar, de forma exaustiva, as atividades que a companhia poderá ou deverá perseguir para a consecução da finalidade empresarial, mas indicar qual o elemento a partir do qual seus acionistas avaliam, de início, a disposição individual para investimento de capital, assim como órgãos reguladores fiscalizam eventual necessidade de autorizações complementares de funcionamento.

Como elemento de transparência, avaliação de valor, risco e responsabilização, a identificação do objeto social empresarial é, cada vez mais aspecto valorizado e estudado doutrinária e empresarialmente.

Além do objeto social, pode-se falar também em função social, que diz respeito a atuação da companhia no meio social, fazendo com que esta seja considerada uma instituição de direito privado com forte ênfase e interesse públicos.

Tipos de Sociedades Anônimas

Em primeiro lugar, destaca-se as sociedades de capital fixo, aquelas em que o capital foi instituído pelos incorporadores e só é alterável por determinação da assembleia geral extraordinária. Neste tipo, a sociedade só se constitui quando inteiramente integrado o capital determinado e com o capital social podendo ser alterado apenas por deliberação da assembleia geral extraordinária.

---

[1] CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei das sociedades anônimas. V1. São Paulo: Saraiva, 1997.

Há, também, a sociedade de capital autorizado, que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Tendo como principal característica ser constituído com capital subscrito inferior àquele autorizado pelos estatutos. Sendo assim, para que funcione, deverá haver capital fixado pelos incorporadores e a sociedade deve realiza-lo gradativamente, com emissão de ações. Este tipo de sociedade não permite que haja emissão de ação de gozo ou fruição ou que haja partes beneficiárias.

Estas possibilidades podem ser adotadas tanto em sociedades anônimas de capital fechado ou aberto.

As sociedades anônimas de capital fechado tem suas ações limitadas a poucos sócios que não desejam comercializá-las livremente em balcão aberto de bolsa de valores. Ao contrário, a sociedade anônima de capital aberto, é aquela que decorre da abertura de capital, com subscrição por vezes de novas ações e aumento de capital e que são livremente negociadas no mercado sem a necessidade de escrituração pública de sua propriedade.

Diretoria (artigos 143 e 144 da Lei das Sociedades Anônimas)

A diretoria é órgão executivo da sociedade, geralmente composta por dois ou mais diretores, eleitos e destituíveis a qualquer tempo, pelo conselho de administração (quando houver) ou pela assembleia geral. Seus membros devem ser necessariamente pessoas físicas residentes no Brasil e estes possuirão poder indelegável. A estes membros cabem as funções de direção da sociedade, desenvolvimento dos negócios, abertura de mercados, comando de empregados, entre outras funções que puderem ser estabelecidas pelo conselho ou assembleia.

Este órgão é inteiramente definido no Estatuto Social. O estatuto deve apresentar: o modo de funcionamento em geral, o número de diretores (tendo no mínimo sempre dois), o modo pelo qual haverá substituição caso necessária, o prazo de gestão, as atribuições e poderes de cada diretor e as decisões que deverão ser objeto de deliberação coletiva.

A eleição da diretoria pode ser feita diretamente ou também ser composta por membros do próprio conselho de administração. Neste caso, como proteção da independência entre os órgãos de governança, estabelece-

-se que somente até o máximo de um terço dos membros do conselho de administração poderá ser eleito para cargos de diretores. O mandato tem prazo máximo de três anos, podendo haver uma recondução, sendo a remuneração definida pela Assembleia Geral.

Em caso de diretores mandatários da companhia, estes apenas o serão nos limites das suas atribuições e poderes, e desde que especificados no instrumento de mandato, os atos ou operações que poderão praticar e a duração do mandato (em caso de mandato judicial, poderá ser prazo indeterminado).

Conselho de Administração (artigos 140 a 142 da Lei das Sociedades Anônimas)

O Conselho de Administração é órgão de função deliberativa e fiscalizatória, que tornou-se opcional hoje em dia (exceto nos casos de companhia capital aberto), eleito pela Assembleia Geral e posicionado entre a Assembleia Geral e a Diretoria.

Uma das razoes para existência do órgão é garantir que haja limitação de poder da Assembleia. Dentro desse órgão, os conselheiros formam colegiados, que tem por função orientar os negócios da companhia e eleger e fiscalizar os que detém poder executivo na empresa (diretores).

O conselho controla a gestão da sociedade e pode intervir com o poder de gestão e o poder de representação. Tem como competência atribuições e poderes antes outorgados quer à Assembleia Geral, quer ao Conselho Fiscal.

A composição é de no mínimo três membros eleitos pela Assembleia Geral, ficando por função do estatuto estabelecer o número exato de membros ou o máximo e mínimo permitidos por eles. Cabe também ao estatuto definir o processo de escolha e substituição do presidente do conselho, o prazo de gestão (nunca superior a três anos), normas de convocação, instalação e funcionamento do conselho, entre outros deveres e regras.

A eleição do conselho ocorre por meio do voto múltiplo, ou seja, deve-se haver em cada votação tantos votos quantos sejam os membros do conselho, tendo o acionista a possibilidade de cumular todos os votos em um só candidato ou distribui-los entre vários. A finalidade desse tipo de voto é a de que haja representação da minoria no conselho.

Como observa a doutrina de Daniela de Lima de Oliveira[2]

> Muitas das funções da assembleia geral foram transferidas para o conselho de administração, dado o desinteresse pelas reuniões de assembleia. Daí a competência ampla deste órgão. Em termos gerais, o conselho de administração pode deliberar sobre qualquer matéria de interesse da companhia, estabelecendo a política econômica, social e financeira da companhia, exceto as matérias que se inserem na esfera da competência privativa da assembleia geral. A maior função do conselho é agilizar o processo decisório no interior da companhia.

Conselho Fiscal (artigos 160 a 165 da Lei das Sociedades Anônimas)

A moderna governança societária e os imperativos de transparência tem influenciado de forma decisiva na gestão das sociedades anônimas. O direito de fiscalização previsto a partir dos artigos 160, instrumentalizado no Conselho Fiscal, permite aos acionistas acompanhar de forma qualificada os atos comerciais e negociais da companhia, de maneira a preparar criticamente a manifestação em assembleia geral ou no conselho de administração.

Assim, há uma colaboração mais qualificada para o negócio, bem como fiscalização efetiva de eventuais abusos e ilícitos na condução da sociedade.

Integrando como um todo a administração, o Conselho fiscal responsabiliza-se pelo andamento dos negócios sociais, tendo poder de fiscalização de sua prática negocial. Este conselho deve verificar a regularidade dos procedimentos e dos negócios, garantindo a segurança das ações dentro da empresa.

Este órgão deve ser sempre previsto e regulado no estatuto. Para que haja o funcionamento, deve-se apresentar no mínimo um décimo das ações com direito a voto ou cinco por cento das ações sem direito a voto. No entanto, na hipótese de se tratar de uma sociedade de economia mista, com presença de capital público, a presença e atuação do Conselho

[2] OLIVEIRA. Daniela de Lima de. Deveres e responsabilidade dos administradores da s/a. Dissertação de mestrado em direito empresarial. PUC/SP. 2008. Acessado em 17 de julho de 2019 às 19h26 em http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp060013.pdf

Fiscal, além de boa prática de governança corporativa hoje difundida no mercado, é obrigatória por lei.

A função dos membros é indelegável, cabendo apenas à diplomados com nível universitário ou que tenham exercido, por pelo menos três meses, os cargos de administrador de empresa ou conselheiro fiscal. Em casos onde não houverem pessoas com as qualificações necessárias para o cargo, pode o juiz dispensar a necessidade das condições descritas, podendo este cargo ser ocupado por qualquer cidadão.

A remuneração do conselho fiscal tem valor fixado pela assembleia que os eleger, com tanto que não seja inferior a um décimo, em média, da remuneração atribuída aos diretores, não computando a participação nos lucros.

Na lição de Nelson Eizirik[3], o direito dever de fiscalizar foi estruturado na Lei das Sociedades Anônimas da seguinte forma:

> O acionista pode fiscalizar a gestão dos negócios sociais por meio de: (i) participação na assembleia geral (artigo 121); (ii) recebimento de informações financeiras – balanço e relatórios – (artigos 133 e 135, § 3º); (iii) funcionamento do conselho fiscal (artigo 161); (iv) acesso aos livros da companhia (artigos 100, § 1º, e 105); (v) auditoria independente (artigo 177, § 3º); e (vi) acesso às informações referentes a fato relevantes e operações realizadas pelos administradores (artigo 157, §§ 1º e 4º).

Dentre as competências atribuídas ao conselho, há a fiscalização dos atos dos administradores juntamente com a verificação do cumprimento dos deveres legais; o saber opinar sobre o relatório anual e sobre as propostas dos órgãos; a denúncia aos órgãos de administração e à assembleia geral; convocação de assembleia ordinária; análise do balancete, demonstrações financeiras e demais encargos financeiros. Pode-se dizer que entre todas as competências, as mais importantes são de comparecer as assembleias gerais e responder aos pedidos de informações formuladas pelos acionistas.

[3] EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A Comentada: artigos 80 a 137. 2ª edição: São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 149 e 150.

Poder de Controle (artigo 118 da Lei das Sociedades Anônimas)

O poder de controle no âmbito das sociedades anônimas deveria decorrer do controle acionário ou do acumulo de poder decorrente do acumulo de ações ou capital investido.

Contudo, hodiernamente, a prescrição legal prevista no artigo 118 da lei das sociedades anônimas que estabelece a possibilidade de acordo de acionistas cria situações distintas como até mesmo a dissociação entre a propriedade acionária e o poder de comando empresarial, a depender do acordo de acionistas.[4]

Todavia, a análise deste termo dentro das sociedades anônimas pode ser feita a partir do exame do significado de poder e de controle. Poder diz respeito a possuir força física ou moral ou ter influência sobre outro. Já controle, além dos significados iniciais de vigilância, verificação e fiscalização, adquiriu com o tempo os significados de ato ou poder de dominar, regular, guiar ou restringir.

Atualmente, as nossas leis utilizam-se da palavra controle para fazer menção à disciplina ou regulação. Desta forma, quando falamos de poder de controle, estamos significando a influência do acordo de acionistas como instrumento que potencializa o poder do acionista controlador de influenciar nas decisões de regulação dentro das assembleias ou conselho de administração.

Nota conclusiva

A doutrina jurídica tem estabelecido com precisão a evolução dos mecanismos de governança das sociedades anônimas no âmbito do desenvolvimento econômico brasileiro.

Como unidade de produção econômica, as sociedades anônimas têm se constituído, cada vez mais, em instrumento negocial dotada de extrema segurança jurídica para investimento de capital privado e sua circulação no âmbito da sociedade brasileira.

[4] Para aprofundamento deste tema, é leitura indispensável a obra de Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, O poder de controle na sociedade anônima (Rio de Janeiro: Forense, 2005), que a pretexto de esgotar o tema, lança debate crítico sobre a matéria.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das sociedades comerciais*: direito de empresas. 15. ed., atualizado de acordo com o novo CC e a Lei 10.333/2001. São Paulo: Saraiva, 2005, 463 p.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das sociedades anônimas*: volume 1. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades anônimas*: volume 3. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle nas S.A*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 597 p.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*: artigos 80 a 137. 2. ed: São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 149-150.

FRANCO, Vera Helena. *Manual de direito comercial*: v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. tomo III.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. O impacto da proteção aos acionistas minoritários – o caso Petrobrás. *Revista Jurídica – Unicuritiba*, v. 3, n. 56, p. 270-293, jul./set., 2019. Disponível em: <http://doi.org//10.6084/m9.figshare.9794990>. Acesso em: 13 nov. 2019.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. República, empresa e desenvolvimento nacional. *In*: JORGE, Andre Guilherme Lemos; ADEODATO, João Mauricio; DEZEM, Renata Mota Maciel (orgs.). *Direito empresarial*: estruturas e regulação. volume 2. São Paulo: UNINOVE, 2018. p. 99- 122. Disponível em: <https://s3.uninove.br/app/uploads/2016/06/14164457/1542231896-1542231896-dir-empr-v2.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Sociedades de economia mista na Constituição Federal de 1988: governança e função social nas empresas sob o controle do Estado. *In*: JORGE, Andre Guilherme Lemos; ADEODATO, João Mauricio; DEZEM, Renata Mota Maciel (orgs.). *Direito empresarial*: estruturas e regulação. São Paulo: UNINOVE, 2018. pp. 209-228.

XXIV. Sociedade anônima II: (assembleia de acionistas, direito de voto e conflito de interesses

Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França

1. Assembleia Geral. A assembleia geral de acionistas, "convocada e instalada de acordo com a lei, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia, e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento".[1] A Lei 6.404/76 (LSA), contrariamente ao que dispunha o Decreto-Lei 2.627/40, que falava em *reunião dos acionistas*, definiu a assembleia geral apenas pelo seu *objeto*[2–3]. As matérias de sua competência *privativa* estão previstas em mais de um dispositivo da LSA.[4]

2. Natureza jurídica. A assembleia-geral constitui um dos *órgãos* da companhia[5–6].

---

[1] Art. 121 da LSA. O autor limitar-se-á ao exame das assembleias gerais de acionistas e, pontualmente, das assembleias gerais de subscritores, deixando de lado as assembleias de debenturistas e partes beneficiárias.

[2] A assembleia, dessa forma, é *ordinária* (AGO), ou extraordinária (AGE), *ratione materiae* (art. 131), embora a JUCESP, *contra legem*, entenda que a AGO realizada fora do prazo legal (art. 132) seja uma AGE.

[3] Impõe-se observar, pois, na esteira de LACERDA TEIXEIRA, Egberto, e GUERREIRO, José Alexandre Tavares (*Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, SP: J. Bushatsky, 1979, p. 384), e ainda, de SALOMÃO FILHO, Calixto (*A sociedade unipessoal*, SP: Malheiros Editores, 1995, p. 224), que se a própria Exposição de Motivos da LSA declarou "preservar, sempre que possível, o sistema legal em vigor desde 1940, ao qual já estão adaptados empresários e investidores" (cf. a Exposição de Motivos, na obra *A Lei das S.A.*, 3ª ed., 1º vol., RJ: Renovar, 1997, p. 135, de LAMY FILHO, Alfredo, e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz – autores do Anteprojeto do mencionado diploma legal), ao passar de uma definição *subjetiva* para outra, *objetiva*, assim o fez *intencionalmente*.

[4] Arts. 122, 129, § 2º (empate na deliberação) e 256 (aquisição, por companhia aberta, do controle de sociedade mercantil).

[5] Que, apesar de consistir no órgão máximo, não se confunde com a *companhia*, que constitui o *organismo* (cf. COMPARATO, Fábio Konder, com notas de texto de SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*, 6ª ed., 2014, RJ: Gen-Forense, p. 27, n. 3).

[6] Órgão é o indivíduo (ou grupo de indivíduos) que age para o desenvolvimento de um *interesse coletivo* (cf. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*, I, Pádua, Itália, Cedam,

3. A assembleia é órgão hierarquicamente superior. A assembleia-geral dos acionistas é um órgão hierarquicamente superior, eis que *deve* ou *pode* constituir outros órgãos, quais sejam: o Conselho de Administração, quando houver, a Diretoria, o Conselho Fiscal, ou outros órgãos técnicos e/ou consultivos.[7]

4. Competência e legimitação para convocação da assembleia. A *competência* para convocação da assembleia, *em princípio*, é do Presidente do Conselho de Administração, se houver, ou dos diretores[8]. A competência, todavia, não se confunde com a *legitimação* para requerer a convocação. Na nota de rodapé abaixo são listados indistintamente os casos de competência e/ou legitimação para convocar o aludido órgão.[9] O caráter *imperativo* da convocação da assembleia é óbvio, na medida em que suas deliberações *vinculam todos os acionistas*, ainda que *ausentes* ou *dissidentes.*[10] Seria *aberrante*, pois, que ficassem submetidos a delibe-

---

1936, p. 12, n. 3. V., outrossim, *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., Roma, Itália: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1951, pp. 11-12.

[7] *Deve* constituir o Conselho de Administração (arts. 138, § 2º e 239), e *pode* fazê-lo (art. 138, *caput*); *deve* constituir o Conselho Fiscal (arts. 161, *caput* e 240), e *pode* fazê-lo (arts. 161, *caput* e § 2º; a última parte do § 2º, *in fine*, foi revogada, a nosso ver, pela nova redação da alínea *d* do art. 123); *deve* constituir conselhos técnico/consultivos (art. 160) e *pode* fazê-lo (idem). Deve-se observar, aliás, a propósito de tudo quanto foi exposto, que o estatuto constitui *lei* entre as partes (art. 83).

[8] Art. 123, *caput*, e 150, § 1º.

[9] Convocação pelo Conselho Fiscal (art. 123, par. ún, *a*, 150, § 2º, 161, § 3º, 163, IV e V); por acionistas que detenham metade das ações atingidas em caso de resgate (art. 44, § 6º); por acionistas dissidentes de deliberação da assembleia geral (art. 45); por acionistas que detenham 10% das ações em circulação no mercado (art. 4º-A, *caput*, e § 1º); por acionistas que detenham 5%, no mínimo, *do capital social* (art. 123, *c*, 124, § 3º; nesta última hipótese, o entendimento majoritário é de que a ausência de convocação não é motivo para anulação da assembleia, mas únicamente para ação direta de responsabilidade do administrador – art. 159, § 7º), ou 5%, no mínimo, *do capital com ou sem direito de voto* (art. 123, *d*), ou até por qualquer acionista (art. 123, parágrafo único, *b*, 124, § 5º, I e II, 150 § 2º). Esclareça-se que a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) pode reduzir, mediante fixação de escala em função do valor do capital social, a porcentagem mínima aplicável às companhias abertas, estabelecida na alínea *c* do parágrafo único do art. 123 (o que, segundo me parece, estende-se também ao disposto na alínea *d* do mencionado dispositivo legal). Há possibilidade de convocação cumulativa de assembleias gerais ordinária e extraordinária (art. 131, par. único). Há necessidade de convocação de assembleia especial de acionistas preferenciais (art. 136, §§ 1º, 2º e 3º). *Oferta Pública* (arts. 4º, §§ 4º e 6º; art. 4º-A, *caput* e § 1º). *Assembleia geral de subscritores* (arts. 8º, 86 e 97, § 1º).

[10] Arg. *ex* arts. 129 e 136. Mais claros ainda os arts. 38 da Lei 5.764/71 (Lei das Sociedades Cooperativas) e 1.072, § 5º, da Lei 10.406/02 (Código Civil).

rações tomadas no conclave, acionistas que para a realização do mesmo não tenham sido regularmente convocados.[11]

5. Forma de convocação. A forma de convocação dá-se, em regra, por anúncios publicados por três vezes, *no mínimo*, no órgão oficial da União, do Estado, do Distrito Federal, e bem assim em jornal de grande circulação, conforme o local em que esteja situada a sede da companhia.[12]

6. Anúncio de convocação. O anúncio de convocação deve conter, além do local[13], data e hora da assembleia, a ordem do dia e também, em caso de reforma do estatuto, a indicação da matéria[14], a fim de que os acionistas possam refletir a respeito e não sejam tomados de surpresa.

7. Prazo para 1ª e 2ª (e 3ª) convocação. Em se tratando de companhia fechada, o prazo para a primeira convocação é de 8 dias de antecedência, no mínimo, *contado* da publicação do primeiro anúncio; não se realizando o conclave, deve ser publicado *novo anúncio*, de segunda convocação, com antecedência mínima de 5 dias.[15] Em se tratando de companhia aberta, os mencionados prazos são, respectivamente, de 15 e 8 dias.[16] Mas a CVM pode, a seu exclusivo critério, e mediante decisão fundamentada, verificadas as hipóteses previstas na lei, *aumentar* o prazo (para a primeira convocação, segundo nos parece) para até 30 dias, ou *interrom-*

[11] COMPARATO, Fábio Konder. Parecer intitulado "Eleição de diretores em companhia aberta. Validade e eficácia de reuniões do conselho de administração de sociedade anônima. Quórum deliberativo em assembleias-gerais de companhia aberta", em *Direito Empresarial, Estudos e Pareceres*, SP: Saraiva, 1990, p. 185.

[12] Art. 123, *caput*, c/c art. 289, *caput*. Se não for editado jornal na localidade em que se situa a sede da companhia, v. art. 289, § 2º. A publicação deve ser feita sempre no mesmo jornal, salvo alteração precedida de aviso aos acionistas no extrato da ata da Assembleia Geral Ordinária (art. 289, § 3º). Nas companhias abertas, a CVM poderá determinar que as publicações sejam feitas, também, em jornal de grande circulação nas localidades em que os valores mobiliários da companhia sejam negociados em bolsa ou em mercado de balcão, ou disseminadas por algum outro meio que assegure sua ampla divulgação e imediato acesso às informações (art. 289, § 1º). Nas companhias fechadas que tiverem menos de vinte acionistas, com patrimônio líquido inferior a R$ 1.000.000,00, a convocação poderá ser feita por anúncio entregue a todos os acionistas, contra-recibo (art. 294, I).

[13] Salvo motivo de força maior, no edifício em que se situa a sede companhia; quando houver de realizar-se em outro, os anúncios indicarão, com clareza, o lugar da reunião, que em nenhum caso poderá realizar-se fora da localidade da sede (art. 124, § 2º).

[14] Art. 124, *caput*.

[15] Art. 124, § 1º, I. Não há possibilidade, assim, diante dos claríssimos termos da lei, da publicação de um só anúncio para realização da assembleia em primeira e segunda convocação. Há necessidade da publicação de *dois anúncios.*

[16] Art. 124, § 1º, II.

per, por até 15 dias, *o prazo de convocação de AGE*.[17] Há hipóteses em que poderá haver, em companhias abertas, necessidade de *3ª convocação*.[18] É dispensada a convocação no caso de assembleia *totalitária*, ou seja, aquela à qual comparecem todos os acionistas (o que será, normalmente, muito difícil de ocorrer em companhias abertas).[19]

8. Quórum de instalação em 1ª e 2ª convocação. A assembleia geral só se instala, em 1ª convocação, se estiverem presentes acionistas que representem, no mínimo, 1/4 do capital social com direito a voto; em 2ª (e, eventualmente, em 3ª) convocação com qualquer número, mas sempre assegurado, aos acionistas *sem direito a voto*, o *direito de voz* (ou seja, de comparecer ao conclave e discutir a matéria submetida à deliberação[20]). Na AGE *que tiver por objeto a reforma do estatuto*, o quórum de instalação, em 1ª convocação, é o de acionistas que representem 2/3, no mínimo, do capital com direito a voto; em 2ª (ou 3ª) convocação, instala-se com qualquer número.[21]

9. Quóruns geral e especial de deliberação. O quórum geral de deliberação é o da maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco;[22] o quórum especial é de metade, no mínimo, das ações com direito a voto – que, nas companhias abertas, *pode* ser reduzido pela CVM.[23]

10. Legitimação para participar das assembleias gerais. As assembleias gerais das *sociedades* por ações são assembleias de *acionistas*, e portanto, somente estes, seus procuradores ou representantes legais têm legitimação para delas participar[24]. Nas AGOs, entretanto, *devem* também

---

[17] Art. 124, § 5º.

[18] Art. 136, §§ 2º e 3º. No tocante aos prazos para a 3ª convocação, há controvérsia nos julgados da CVM, tendo-se admitido até a realização de assembleia em 3ª convocação na mesma data da 2ª (cf. LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das Sociedades por Ações Anotada*, 5ª ed., SP: Societatis Edições (Bok2), 2017, pp. 538-540, notas 13*c* e 13*e* ao § 2º do art. 136). O que me parece mais razoável é que, no mínimo, o prazo para 3ª convocação deva ser o mesmo do que o da 2ª.

[19] Art. 124, § 4º.

[20] Art. 125 e par. ún.

[21] Art. 135.

[22] Art. 129.

[23] O quórum especial, porém, só se aplica quando as deliberações tiverem por objeto as matérias previstas nos arts. 136 e 136-A. Tal quórum, como se disse no texto, pode ser reduzido pela CVM (art. 136, § 2º), inclusive para a assembleia de acionistas preferenciais (art. 136, § 1º c/c § 3º).

[24] Arts. 126, §§ 1° e 4º, e 127. A obrigatoriedade da assinatura do *livro de presença de acionistas*, determinada no *caput* deste último artigo, visava, claramente, a exigir ou ao menos possibilitar

comparecer ao menos um administrador e/ou se houver, ou estiver em funcionamento, respectivamente, o auditor independente e um membro do Conselho Fiscal.[25]

11. Procedimento. Salvo disposição diversa do estatuto, os trabalhos da assembleia serão *dirigidos* por mesa composta por um presidente e por um secretário, escolhidos pelos acionistas presentes.[26] Dos trabalhos e deliberações da assembleia deverá ser lavrada e publicada *ata*[27].

12. Adiamento da assembleia. A AGO *pode* ser adiada se os acionistas tiverem necessidade de outros esclarecimentos; *deve* ser adiada, ressalvada a dispensa de todos os acionistas presentes, a AGO à qual não comparecerem um administrador, o auditor independente, ou um membro do Conselho Fiscal.[28]

13. Direito de voto. O voto constitui *declaração unilateral de vontade* destinada a produzir efeitos jurídicos e, pois, *negócio jurídico*, empregando-se-lhe, no que for aplicável, a disciplina estabelecida para tanto no Código Civil. Poderá, assim, ser invalidado em virtude de nulidade e anulabilidade[29] e, de acordo com a LSA, padecer de ineficácia[30]. No que diz respeito ao que aqui mais diretamente interessa, deve-se observar que a maioria, absoluta ou qualificada, dos votos dos acionistas, conformam as *deliberações* tomadas nas assembleias. Mas mesmo o voto que não foi determinante para formação da maioria (i.e., não prevaleceu na deliberação), sujeita o votante a responder por perdas e danos.[31]

---

o *contraditório assemblear* (ou seja, o debate entre controladores e não controladores, ou entre maioria e minoria no conclave). Tal intento, contudo, ficou seriamente abalado nas companhias abertas, diante da viabilidade, não somente do registro a distância da presença do acionista (art. 127, par. ún.) mas sobretudo da possibilidade (e não da *obrigatoriedade*) da *participação e concomitante voto a distância nas assembleias*, na forma estipulada no art. 121, par. ún., e regulamentada no art. 21-C, §§ 1º e 2º, da Instrução CVM n. 481.

[25] Art. 134, §§ 1º e 2º.

[26] Art. 128.

[27] Na forma do art. 130 e respectivos §§. A ata constitui condição de *eficácia*, mas não de validade da assembleia e suas deliberações (cf. CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 2, 2ª ed., SP: Saraiva, 1997, p. 638. Cf., outrossim, FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidade das deliberações das S/A*, 2ª ed., SP: Malheiros Editores, 2017, p. 109, nota 63).

[28] Art. 134, § 2º.

[29] Arts. 166, 167 e 171 do Código Civil.

[30] Art. 118, § 8º.

[31] Art. 115, § 3º.

14. Conflito de interesses. A doutrina costuma distinguir conflito *formal* (ou potencial) de conflito *material* (substancial ou efetivo) de interesses. Ocorre aquele (em que o controle do voto se dá *ex ante*, ou seja, *proibindo-se* o seu exercício) nas hipóteses de deliberação acerca da avaliação dos bens com que o acionista concorreu para a formação do capital social ou na aprovação de suas contas como administrador (em ambas, em função da aplicação da parêmia *nemo judex in causa propria*) e em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo *de modo particular* (nesta hipótese, ressalte-se, trata-se de *benefício ou vantagem legítimos* concedidos ao acionista, *na sua condição de acionista*, que todavia fica impedido de votar, na medida em que, do contrário, ocorreria violação ao *princípio da igualdade entre os acionistas*). Ocorre este (o conflito *material* –, em que o controle do voto se dá *ex post*, não existindo *proibição de voto*) quando o acionista procura obter uma *vantagem ilegítima* ("vantagem a que não faz jus e de que resulte ou possa resultar prejuízo para a companhia ou outros acionistas", o que só se poderá aferir, logicamente, após o acionista votar...).[32–33]

15. Invalidade da constituição da companhia, das assembleias gerais e de suas deliberações. A LSA, contrariamente à tendência hodierna, não contém hipóteses *taxativas* de invalidade da constituição da companhia – tendência que procura, desse modo, *evitar* a pronúncia da invalidade – prevendo tão-somente o prazo de prescrição (*rectius*, decadência) de um 1 ano contado da publicação dos atos constitutivos, e bem assim o chamado *princípio da sanação* (*a fortiori* aplicável às deliberações tomadas durante a vida da companhia).[34] No tocante à invalidade das assembleias e deliberações tomadas posteriormente à constituição, além de estabelecer um prazo excessivamente longo para a ação de anulação (2 anos!), meteu de cambulhada vícios diversos, com consequências diversas: *vícios de assembleia* ("irregularmente convocada ou instalada"), que acarretam a invalidade de *todas* as deliberações nela tomadas; *vícios das deliberações* ("tomadas contra a lei ou os estatutos"), que acarretam apenas a invalidade das deliberações viciadas; e *vícios do voto* (erro,

[32] Art. 115, *caput*, e § 1º.

[33] Sobre toda essa matéria, cf. EIZIRIK, Nelson, *A Lei das S/A Comentada*, 2ª ed., SP: Quartier Latin, 2015, pp. 212, 220, 221; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de Interesses nas Assembleias de S.A.*, 2ª ed. revista e aumentada, SP: Malheiros Editores, 2014, pp. 92-103 e 300-312.

[34] Art. 285 e par. ún.

dolo etc),[35] que somente causam a invalidade das deliberações *quando são determinantes para a formação da maioria* (absoluta ou qualificada, conforme o caso) – eis que, invalidado o voto que prevaleceu, *cai a maioria* –, submetida que está a normas *cogentes*.[36]

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Pádua, Itália: Cedam, 1936.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. 3. ed., Roma, Itália: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1951, pp. 11-12.

CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, volume. 2. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima.* 6. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. *Eleição de diretores em companhia aberta*. Validade e eficácia de reuniões do conselho de administração de sociedade anônima. Quórum deliberativo em assembleias-gerais de companhia aberta em Direito Empresarial, Estudos e Pareceres, SP: Saraiva, 1990, p. 185.

EIZIRIK, Nelson, *A Lei das S/A Comentada*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidade das deliberações das S/A.* 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

LACERDA TEIXEIRA, Egberto; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro.* São Paulo: J. Bushatsky, 1979.

LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S.A.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.

LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das sociedades por ações anotada*. 5. ed. São Paulo: Societatis Edições (Bok2), 2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

[35] Art. 286.

[36] Arts. 129 e 136.

XXV. Sociedade anônima III (direito de retirada, dissolução, liquidação e extinção)

Luis Felipe Bedendi

O processo de extinção da sociedade anônima vem previsto no Capítulo XVII da Lei nº 6.404/76 [Lei das Sociedades Anônimas – LSA] em três Seções: dissolução, liquidação e extinção.

A Seção I, concernente à dissolução, trata apenas da total, ou seja, quando a existência da companhia chega ao fim por qualquer das razões arroladas no artigo 206 da LSA, sem trazer qualquer disposição acerca da dissolução parcial, na hipótese em que algum dos sócios decide daquela se retirar ou é dela excluído, sem solução de continuidade da empresa, já que remanescem os demais sócios e a vontade de continuar a exploração da atividade econômica.

Mas isso não significa que a lei haja sido totalmente omissa quanto à dissolução parcial: o direito de retirada ou de recesso vem previsto no artigo 137, segundo o qual a aprovação de certas matérias indicadas no antecedente artigo 136 dá ao sócio o direito de se retirar da companhia, mediante reembolso do valor de suas ações [apenas para pontuar: a exclusão de acionista por justa causa não está expressamente prevista na Lei nº 6.404/76, à exceção da exclusão do sócio remisso – art. 107].

As matérias configuradoras de fato gerador ao direito de recesso são: criação de ações preferenciais ou aumento de classe de ações preferenciais existentes, sem guardar proporção com as demais classes de ações preferenciais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto; alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida; redução do dividendo obrigatório; fusão da companhia, ou sua incorporação em outra; participação em grupo de sociedades; mudança do objeto da companhia; e cisão da companhia [incisos I a VI e IX do artigo 136].

O pagamento das ações do dissidente, denominado reembolso, é estabelecido no artigo 45 da LSA, o qual regulamenta a forma de operacionalizá-lo.

Não obstante a Lei das SAs seja bastante específica e restritiva quanto às situações do exercício do direito de retirada, a jurisprudência nacional, particularmente a do Superior Tribunal de Justiça, vem flexibilizando as hipóteses legais e alargando o exercício do direito, para admiti-lo sempre que o acionista deseje sair da sociedade, independentemente de razão, simplesmente porque a ninguém é dado permanecer associado contra sua vontade, nos termos do artigo 5º, XX, da Constituição Federal. Tal posição vem se consolidando principalmente em relação às sociedades anônimas de capital fechado, onde inexiste a possibilidade de negociação livre dos valores mobiliários, mas se encontram também decisões isoladas no mesmo sentido para as sociedades de capital aberto.

Retornando-se ao Capítulo concernente ao processo de extinção das companhias, constitui-se a dissolução no fato que marca o início do processo de encerramento [o qual se subdivide ainda em liquidação e partilha e extinção], podendo ser (i) de pleno direito, pelo término do prazo de duração, ou pela superveniência de outra hipótese prevista no estatuto, ou por deliberação da assembleia geral, ou por haver se tornado a companhia unipessoal, sem o ingresso de novos sócios até a assembleia geral ordinária do ano seguinte, ou pela extinção da autorização para funcionar; (ii) por decisão judicial, quando anulada a sua constituição, em ação proposta por qualquer acionista, quando provado que não pode preencher o seu fim, em ação proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social, em caso de falência; e, finalmente, (iii) por decisão de autoridade administrativa competente, nos casos e na forma previstos em lei especial.

Sobrevindo qualquer dos fatos acima elencados, tem-se o início do processo de extinção, passando-se à etapa seguinte, que é a liquidação.

Diz-se que o encerramento efetivo da companhia é um processo porque, nos termos do artigo 207 da LSA, quando dissolvida, conserva sua personalidade jurídica, até a extinção, com o fim de se proceder à liquidação, que vem prevista na Seção II do Capítulo XVII e subdivide-se em duas modalidades – extrajudicial e judicial.

A liquidação extrajudicial ou administrativa ocorre nas hipóteses do inciso I do artigo 206, ou seja, quando se verifica qualquer das situações de dissolução de pleno direito da companhia, cabendo à assembleia-geral, no silêncio do estatuto, constatá-la e determinar o modo de liquidação e nomear o liquidante e o conselho fiscal que devam funcionar durante o período de liquidação.

Já a liquidação judicial acontece sempre que a dissolução for também judicialmente decretada [inciso II do artigo 206], e, para além, quando o pedir qualquer acionista, se os administradores ou a maioria de acionistas deixarem de promover a liquidação, ou a ela se opuserem, nos casos da dissolução de pleno direito, ou a requerimento do Ministério Público, à vista de comunicação da autoridade competente, se a companhia, nos 30 (trinta) dias subsequentes à dissolução, não iniciar a liquidação ou, se após iniciá-la, a interromper por mais de 15 (quinze) dias. Nela, o liquidante é nomeado pelo juiz.

A liquidação tem a precípua finalidade de levantar o ativo e o passivo da companhia, pagando-se esse em primeiro plano e dividindo-se o restante dentre os sócios, caso exista.

No pagamento do passivo, apenas os credores preferenciais têm tratamento diferenciado, já que não se faz distinção entre dívidas vencidas e vincendas, pagando-se-as todas proporcionalmente [artigo 214].

Caso exista credor não satisfeito após o encerramento da liquidação, só poderá exigir dos sócios individualmente o pagamento de seu crédito, até o limite da soma das quantias por aqueles recebidas na partilha do ativo, sendo também cabível propor ação de perdas e danos contra o liquidante faltoso, que deixou de observar a existência de referido crédito [artigo 218].

Ao longo do processo, confere a lei ao liquidante, que se constitui no administrador da sociedade em liquidação [devendo constar essa qualificação junto ao nome da companhia em todos os atos que praticar – artigo 212], os poderes de representar a sociedade e praticar todos os atos necessários à liquidação, incluindo os de alienação de móveis ou imóveis, transigir, receber e dar quitação [artigo 211]. Não pode, contudo, sem expressa autorização da assembleia-geral, gravar bens e contrair empréstimos, nem prosseguir na atividade social.

Ao lado dos poderes, traz também a lei um rol de deveres ao liquidante, arrolados no artigo 210, em nove incisos, dentre os quais se destacam os de arrecadar os bens, livros e documentos da companhia, levantar balanço patrimonial, ultimar seus negócios, realizar o ativo, pagar o passivo e partilhar o remanescente e exigir dos acionistas a integralização das ações.

Pela leitura do aludido dispositivo, resta muito claro qual o escopo da liquidação, que é o fim concreto da atividade empresária, a solução do passivo e a partilha do ativo remanescente.

Ao fim, deve o liquidante convocar assembleia-geral para a prestação de contas definitiva, cuja aprovação encerra a liquidação e extingue a companhia.

Tem-se, pois, breve síntese do processo de extinção das sociedades anônimas, que se dá naturalmente com o encerramento da liquidação, consoante artigo 219, I, da LSA.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

CARVALHOSA, Modesto e KUYVEN, Fernando. *Sociedades anônimas*. *In*: CARVALHOSA, Modesto. Tratado de direito empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. volume III.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada:* artigos 206 ao 300. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Direito das companhias*. São Paulo: Forense, 2017.

XXVI. Capital social

Paulo de Tarso da Cruz Domingues

A figura do capital social não mereceu, durante décadas, a devida atenção por parte dos juristas – para o que seguramente terá contribuído a ideia de que o capital social não é tanto um conceito técnico-jurídico, mas sim um conceito importado da ciência económica –, o que levou a que a respetiva noção nem sempre tenha sido bem compreendida e delimitada, muito embora o capital social fosse considerado (como continua ainda a ser, nos sistemas de *civil law*) um elemento basilar no direito societário. Com efeito, ao capital social foi atribuída, no direito continental europeu do século passado, uma superlativa importância – considerando-se-o, *inter alia*, uma "aquisição cultural de primeiro grau" (*Kulturleistung ersten Ranges*[1]), um "postulado indeclinável"[2] ou ainda um elemento "quase sacramental"[3]–, sendo-lhe imputado um papel fulcral no desempenho de funções essenciais no âmbito societário.

Importa, por isso, antes de mais, começar por compreender e captar em que consiste esta figura. Ora, com rigor, o capital social corresponde simplesmente a um número, a uma mera cifra, que consta do pacto social e que é representativa da soma dos valores nominais das participações sociais[4] (o capital social corresponde simplesmente à soma dos valores nominais das quotas ou das ações de que são titulares os sócios)[5]. O capi-

[1] Cfr. WIEDEMANN, ***Gesellschaftsrecht***, ol. 1, Munich, Beck, 1980, p. 558.

[2] Cfr. ADRIÁN CELAYA ULIBARRI, ***Capital y sociedad cooperativa***, Madrid, Editorial Tecnos, 1992, p. 39.

[3] Cfr. M. COZIAN/A. VIANDIER/FL. DEBOISSY, ***Droit des societés***, Paris, Litec, 2005, n.º 303, p. 102.

[4] Sublinhe-se que, ao contrário do que frequentemente é afirmado, o capital social não equivale necessariamente à soma do valor das entradas dos sócios, uma vez que o valor das participações sociais pode não ser idêntico ao valor das correspetivas entradas.

[5] Note-se que alguma doutrina – sobretudo italiana (cfr., por todos, E. SIMONETTO, "**Concetto e composizione del capitale sociale**", *Rivista del Diritto Commerciale*, anno LIV (1956), p. 48, s. –, apontando algumas insuficiências a esta noção (que se pode designar como noção formal ou nominativa) única de capital social, tem vindo a perspetivá-lo como uma figura não redutível a um único perfil, mas que se desdobra em duas vertentes, indissociáveis entre si, e que são o capital social nominal e o capital social real. Ou seja, o capital social corresponde também

tal social não é nem se confunde, portanto, com o património social. Este é uma realidade tangível, um fundo patrimonial, uma concreta massa de bens, continuamente variável na sua composição e montante. Diferentemente, o capital social é um simples *nomen iuris*, uma mera cifra, um número ideal e abstrato, que, em princípio, é fixo[6].

A verdade é que a esta figura do capital social é atribuída, como se disse, o desempenho de fundamentais funções no funcionamento das sociedades, tais como a função de financiamento, de organização intrassocietária ou de garantia de credores, circunstancialismo que conduziu à sua sublimação, a que acima se fez referência.

A função de financiamento atribuída ao capital social resulta do facto de com esta figura se visar regular a reunião de meios que permitam o estabelecimento e desenvolvimento das atividades económicas que pela via societária se pretendem exercer. I. é, as entradas dos sócios – que estão na origem das participações sociais e, consequentemente, do capital social – são bens que os sócios põem em comum, para benefício e uso da sociedade, os quais não se destinam a ficar intocados no cofre, mas antes a serem utilizados na instalação e exploração da atividade societária, constituindo, assim, um meio de financiamento da sociedade[7]. Deste modo, e na medida em que visa congregar e regular a obtenção de meios que permitam o desenvolvimento da atividade societária, o capital desempenha a referida função de financiamento da sociedade.

Ao capital social é ainda apontado o desempenho de uma função que se pode designar por função de organização intrassocietária. Com efeito, o capital social apresenta-se como um elemento básico para a determinação da posição jurídica dos sócios, assumindo-se como um instrumento moderador e regulador dos respetivos direitos e deveres dos sócios (sejam os de carácter administrativo – ex.: direito de voto –, sejam os de carácter patrimonial – ex.: direito ao lucro), uma vez que eles são, por

àqueles bens da sociedade – qualitativamente não determinados mas que se encontram contabilisticamente destinados a cobrir a dita cifra –, e que, nesta perspetiva, constituem a outra face da figura, que se pode apelidar de capital social real.

[6] Podendo, contudo, ser alterado, observado que seja o processo legalmente previsto para o efeito.

[7] O capital social é, nesta medida, a primeira – embora não necessariamente a principal – forma de financiamento da sociedade.

princípio[8], fixados e delimitados em função da medida em que cada sócio participa no capital social[9]. A função de organização do capital social não se limita, porém, apenas ao facto de ele contribuir para o recorte e determinação dos direitos sociais. Com efeito, a propósito desta função importa sobretudo salientar o papel relevantíssimo desempenhado pelo capital social relativamente à tutela e proteção dos próprios sócios e dos respetivos direitos. Na verdade, com este instituto visa-se, também, assegurar a igualdade de tratamento dos sócios, assegurando, p. ex., que todos eles efetuam contribuições iguais para serem titulares de participações sociais e direitos corporativos idênticos, bem como a proteção e conservação dos respetivos direitos. Com efeito, com a "maquinaria" associada ao capital são estabelecidos mecanismos que visam impedir a "diluição" da participação social[10] – *v.g.*, através da consagração de um direito de preferência, em caso de aumento de capital – obstando-se, assim, de alguma forma, a que um sócio possa ver diminuídos ou limitados, contra a sua vontade, os seus direitos.

De todas as funções que se lhe atribuem, a função de garantia é, no entanto, de longe, considerada, na literatura jurídica, como a função rainha do capital social. Com ela, quer significar-se que o capital social é um instrumento jurídico destinado à defesa e tutela dos interesses dos credores; o capital social assume-se para os terceiros que lidam com a sociedade, por virtude do seu regime legal, como o garante do pagamento dos seus créditos. Desse regime jurídico, e ordenado à prossecução da dita função de garantia, destaca-se precipuamente o princípio da intangibilidade. O capital social, diz-se, é intangível, querendo com isso significar-se que os sócios "não podem tocar" no capital social, i.é, aos sócios não poderão ser atribuídos bens nem valores que sejam necessários à cobertura do capital social[11]. É uma solução que se alcança obstando a que o património líquido da sociedade desça – por virtude da atribuição

[8] Quem tem 10% do capital social tem, em princípio, 10% do direito de voto, do direito ao lucro, etc.

[9] Não se deixe, contudo, de dizer que, na maioria dos casos, os sócios podem, contratualmente, alterar tal correspondência.

[10] Cfr. K. SCHMIDT, "**La reforma alemana: las KonTraG y TransPuG de 1988 y 2002 y el Código Cromme**", *Revista de Derecho de Sociedades*, 2004,-1, p. 22, s.; e J. RICKFORD, "**Reforming capital**", *European Business Law Review*, 2004, n.º 4, p. 923

[11] Dito doutro modo: o valor das entradas dos sócios que foi destinado à cobertura do capital social não pode ser devolvido aos sócios.

de bens aos sócios – abaixo do capital social. A cifra do capital social funciona, pois, como a linha d'água (ou o círculo imaginário ou invisível, a que se referia Thaller[12]) que, sem identificação de bens concretos, retém no ativo[13] bens cujo valor corresponde ao valor do capital social – impedindo, desse modo, a sua devolução aos sócios –, porquanto aqueles bens se destinam precisamente, e para além do mais, a garantir o pagamento dos credores sociais. Na verdade, tem-se defendido, as razões justificativas deste regime prendem-se essencialmente com a tutela dispensada a credores. Com efeito, sobretudo no que tange às sociedades ditas de responsabilidade limitada, nas quais os sócios não respondem pelas dívidas societárias, visa-se assegurar que – sempre que se distribuam bens pelos sócios, com a consequente diminuição do ativo social e, nessa medida, a redução dos bens afetos ao pagamento dos créditos de terceiros – se mantém no património social[14] uma "almofada" de bens (*"cushion" of assets*[15]), de valor pelo menos idêntico ao capital social. E, com isto, pretende-se fundamentalmente garantir terceiros credores, através da constituição daquele "fundo de garantia" (*Garantiefonds*[16]), prevenindo o risco de insolvência da empresa societária, que poderá resultar ou para o qual poderá contribuir uma distribuição menos judiciosa de bens pelos sócios. O capital desempenha, pois, nesta medida, a tal função de garantia para terceiros credores. Sublinhe-se, contudo, que este princípio da intangibilidade não significa e não evita que o valor do património líquido possa descer abaixo da cifra do capital, em virtude, p. ex., das perdas sofridas pela sociedade. O princípio não visa, pois, proteger e acautelar os terceiros credores contra a "erosão" do capital social

[12] Cfr. E. THALLER, "**De l'augmentation du capital par transformation en actives, soit du passif, soit des reserves de la societé**", *Annales de Droit Commercial*, 1907, p. 194, que escrevia que o capital social constitui "une ligne d'arrêt toute idéale, tracée dans l'actif sans identifier les valeurs précises autour du cercle de la valeur primitive des apports. Dans l'intérieur de ce cercle, la société prend l'engagement de ne pas retirer cet actif et elle le rend indisponible au regard des créanciers, tout ce qui déborde ce cercle demeure disponible, les associés gardant la faculté d'en faire la distribuition entre eux".

[13] O capital social assume-se efetivamente como uma "cifra de retenção". Cfr. J. GARRIGUES, ***Tratado de derecho mercantil***, I-2, Madrid, 1947, p. 637, nt. 30. Este A. assemelhava o capital social a um dique que vai retendo as águas (os elementos do ativo), até que estas superam o dique. Nesse momento, a sociedade gerou lucros que poderão ser então distribuídos aos sócios.

[14] No património social líquido, i.é, no ativo abatido do passivo.

[15] Cfr. RICKFORD, "**Reforming capital**" cit., p. 140.

[16] Cfr. KARL LEHMANN, ***Das Recht der Aktiengesellschaften***, vol. 1, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1898, p. 169.

resultante da atividade empresarial da sociedade, mas, isso sim, impedir que o património líquido da sociedade desça abaixo da cifra do capital social em virtude da (auto-)atribuição de bens aos sócios.

Importa assinalar, no entanto, que toda a construção jurídica criada à volta do capital social, e a relevância que lhe foi dada, enquanto elemento moderador fundamental no regime jurídico das sociedades de capitais, está hoje, no dealbar do séc. XXI – após a sua afirmação e consagração como elemento preponderante no direito societário europeu –, posta em crise de uma forma tal que se pode dizer que o mesmo está ferido de morte. É uma situação que se fica em grande medida a dever aos ventos que sopram, *in casu*, do oeste, da América do Norte, onde na sequência, em especial, da sua eliminação no *Model Business Corporation Act*[17], a figura do capital social foi varrida da maioria dos estados da União. Na verdade, também na Europa, nos últimos anos do século passado, a figura do capital social começou a ser progressivamente posta em causa pela doutrina, sobretudo em resultado das críticas que se faziam à sua inadequação para alcançar os propósitos e funções que se lhe assinalavam, chegando mesmo a afirmar-se que se trata de uma figura "vieillote et depassée"[18], e "almeno come è attualmente costruito, è un mecanismo vechio e arretrato"[19], ou ainda que se trata de uma "institution inadaptée, inefficace, bref inutile"[20]. No entanto, é com o romper do novo século que, na Europa, o clamor das críticas se torna estrepitoso, afirmando-se que os custos inerentes ao regime do capital social

[17] O *Model Business Corporation Act* não é, como o próprio nome sugere, um texto legislativo. Trata-se de um modelo de texto legislativo, da responsabilidade da *American Bar Association*, que foi publicado pela primeira vez em 1946 (cfr. R. HAMILTON, ***The law of corporations***, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 2000, p. 74), tendo sido posteriormente objeto de várias alterações. Não sendo um texto legislativo, a verdade é que, em menor ou maior grau, influenciou a maioria das leis sobre sociedades dos diferentes Estados dos EUA. A eliminação do capital social no MBCA ocorreu em 1980, vindo tal solução a manter-se na profunda revisão que este texto sofreu em 1984, a partir da qual se costuma designar por *Revised Model Business Corporation Act*. Cfr. BAYLESS MANNING/JAMES J. HANKS, JR., ***Legal Capital***, Foundation Press, New York, 1990, p. 176 s., e ENRIQUES/MACEY, "**Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale**", *Rivista delle Società*, 2002, fasc. 1.º, Genn-Febb, p. 93, s..

[18] YVES GUYON, "**La mise en harmonie du droit français des societés avec la directive des communautés européennes sur le capital social**", *JCP – La Semaine Juridique*, 1982, I, 3067, n.º 1.

[19] ERNESTO SIMONETTO, "***Azzeramento del capitale ed espulsione del socio. Anatomia di un delito***", *Rivista delle Società*, 1987, p. 757.

[20] Na síntese de DANA-DÉMARET, ***Le capital social***, Paris, Litec, 1989, p. 358, que, no entanto, não concorda com estas críticas

são muito superiores aos benefícios que o mesmo proporciona[21], que a regulamentação europeia do capital social não é justificável em termos de eficiência, defendendo-se a "revogação, pura e simples, de todas as regras sobre o capital social"[22] ou que se pode dizer do capital o que Keynes dizia do ouro: "É uma relíquia bárbara"[23].

Pode, por isso, sem dúvidas afirmar-se que a morte do capital social está pré-anunciada.

[21] Cfr. JONH ARMOUR, "***Share capital and creditor protection: efficient rules for a modern company law***", *The Modern Law Review*, vol. 63, n.º 3, May 2000, p. 377; e ENRIQUES/MACEY, "**Raccolta di capitale di rischio...**" cit., p. 79 s.

[22] Cfr. ENRIQUES/MACEY, "**Raccolta di capitale di rischio...**", p. 79, para quem são as diferentes regras, sobre esta matéria, existentes nos dois lados do Atlântico que fazem com que o mercado de capitais americano seja muito mais robusto que o europeu.

[23] Cfr. PASCAL COUDIN, "**Prime et capital**", in Quel avenir pour le capital social ?, Paris, Dalloz, 2004, p. 42.

XXVII. Poder de controle e alienação de controle

Gabriel Saad Kik Buschinelli

Introdução. As sociedades por ações são regidas pelo princípio majoritário. Reserva-se aos acionistas a possibilidade de deliberar por maioria de votos (LSA, art. 129), ressalvadas as situações em que se exige quórum qualificado de deliberação (LSA, art. 136).

É justamente por determinar a lei que a maioria dos acionistas titulares de ações com direito a voto possui um poder deliberativo que não é compartilhado com os demais acionistas que o direito comercial contemporâneo passou a reconhecer os atributos especiais das maiorias deliberantes. Para além de uma distinção quantitativa, reconhece a lei uma alteração qualitativa com a aquisição da maioria acionária, pois o acionista ou grupo que prepondera nas deliberações sociais passa a dirigir, direta ou indiretamente, as atividades sociais.[1]

Uma grande inovação da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976 ("Lei das Sociedades por Ações"), destacada em sua Exposição de Motivos, é o fato de o artigo 116 ter conferido um "status" próprio à figura do acionista controlador, permitindo que a norma jurídica encontrasse a realidade econômica subjacente.[2] E isso porque seria de todos sabido que "*as pessoas jurídicas têm o comportamento e a idoneidade de quem as controla*". Contudo, percebia-se, à época, que "*nem sempre o exercício desse poder é responsável, ou atingível pela lei, porque se oculta atrás do véu dos procuradores ou dos terceiros eleitos para administrar a sociedade"*.[3]

Conceito legal. A Lei das Sociedades por Ações não define o que seja "poder de controle", senão o que se deva compreender por "acionista controlador". Trata-se, conforme expressão do artigo 116, da pessoa natural, ou jurídica, ou grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou

[1] TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. V. 1. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 292.

[2] BRASIL. Ministério da Fazenda. *Exposição de motivos n.º 196*, de 24 de junho de 1976.

[3] BRASIL. Ministério da Fazenda. *Exposição de motivos n.º 196*, de 24 de junho de 1976.

controle comum, que (i) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e (ii) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Natureza jurídica. Por derivação, pode-se definir o poder de controle como o poder detido pelo acionista controlador conceituado no artigo 116. Mas qual a natureza desse poder? Para Rubens Requião, o poder de controle seria um bem imaterial, comparável ao aviamento empresarial.[4] Para João Baptista Villela, por sua vez, o poder de controle teria dúplice natureza e, normalmente, não seria um bem, somente um valor, vantagem inerente ao bloco de ações que formam a maioria (*anima*).[5] No momento em que se considera a hipótese de sua transferência, porém, o poder assumiria existência fugaz e transitória, manifestando-se como coisa incorpórea ou imaterial, constituindo bem de troca passível de negócios jurídicos (*corpus*).[6]

Acredita-se, contudo, que o poder de controle não possa ser qualificado como um bem, pois o "controle não é situação ínsita às ações, que de nenhuma forma o representam ou incorporam, nem mesmo 'proporcionalmente'; dessa forma, a transferência (ou aquisição) destas não se resolve em uma transferência (ou em aquisição) em senso próprio daquele".[7]

Concorda-se, assim, com Bulhões Pedreira, para quem o poder de controle constituiria um poder de fato, pois (i) não há norma legal que assegure o poder de controle: ele nasce com a formação do bloco de ações de controle e desaparece com sua dissolução, que pode ocorrer inclusive *mortis causa*; (ii) o poder de controle não é um direito subjetivo, pois não é possível ao acionista controlador pleitear tutela estatal autônoma para exigir o respeito desse poder; e (iii) o poder de controle não é objeto de direito, na medida em que não pode ser adquirido nem trans-

[4] REQUIÃO, Rubens. "O Controle e a Proteção dos Acionistas". In: *Revista de Direito Mercantil*, v. 15/16, 1974, pp. 23-36, p. 31.

[5] VILLELA, João Baptista. *Controle Acionário: corpus et anima*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 28.

[6] VILLELA, João Baptista. *Controle Acionário: corpus et anima*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 28.

[7] RICHTER JR., Mario S. **"***Trasferimento del controllo" e rapporti tra soci*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 100 ("*controllo non è situazione insita nelle azioni, che in nessun modo lo rappresentano o incorporano, neanche 'frazionatamente'; cosicché il trasferimento (o l'acquisto) di queste non si risolverà mai in un trasferimento (o in un acquisto), in senso proprio, di quello*").

ferido independentemente das ações do bloco de controle, que constituem sua fonte.[8]

Tipologia. Ainda que a lei mencione a titularidade de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos como requisito para a definição do acionista controlador, admite-se a possibilidade de outras manifestações do poder de controle. Comparato reconhece, ao lado do controle majoritário, a possibilidade do controle (i) minoritário, detido pelo titular de menos de 50% das ações com direito a voto; (ii) gerencial, no qual o controle é exercido de fato pelos administradores em situações de extrema dispersão acionária; e (iii) externo, em que os credores passam a exercer influência dominante definidora da forma de condução da sociedade.[9]

Finalidades da definição normativa. Tendo em vista que o controle constitui um conceito funcional ou de escopo, ligando-se ao objetivo normativo que se pretende alcançar,[10] não se pode deixar de ter em vista as repercussões jurídicas da qualificação de uma pessoa como titular do poder de controle. Entre estas consequências destacam-se a atribuição de responsabilidade especial ao acionista controlador e a imposição de regras específicas para a alienação de controle e para a aquisição de controle por companhia aberta.

Responsabilidade civil e administrativa do acionista controlador. O titular do poder de controle é destinatário de deveres especiais perante a companhia, devendo utilizar o seu poder para que a companhia realize o seu objeto e cumpra sua função social. Trata-se de deveres e responsabilidades não somente perante os demais acionistas, mas também perante os trabalhadores e a comunidade em que a companhia atua (LSA, art. 116, par. único). A Lei das Sociedades por Ações traz lista exemplificativa de modalidades de exercício abusivo do poder de controle (LSA, art. 117, §1º), as quais geram responsabilidade civil na hipótese de a companhia ter sofrido dano patrimonial. A lei reconhece a qualquer

[8] PEDREIRA, J. L. Bulhões. "Alienação de Controle de Companhia Aberta (Parecer)". In: PEDREIRA, J. L. Bulhões; LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992, pp. 691-717, p. 702. No mesmo sentido, COMPARATO, Fábio K.; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima,* 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. n. 24, p. 100.

[9] COMPARATO, Fábio K.; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima,* 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 67 e 77 ss.

[10] OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Grupos de sociedades e deveres de lealdade*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 48.

acionista a possibilidade de atuar como substituto processual da companhia para buscar tal tipo de reparação civil.[11]

Paralelamente à responsabilidade civil, o acionista controlador de companhia aberta está sujeito a responsabilidade administrativa perante a Comissão de Valores Mobiliários – CVM (Lei n. 6.385, art. 2º, §2º) em caso de praticar atos que configurem abuso de poder de controle.

Formas comissivas e omissivas de abuso do poder de controle. A responsabilidade do acionista controlador não se configura somente na modalidade comissiva. A própria lei reconhece que é modalidade de exercício abusivo do poder de controle "deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade" (LSA, art. 117, §1º, "g"). A possibilidade de responsabilidade do acionista controlador por condutas omissivas já foi reconhecida na esfera administrativa pela CVM.[12]

Alienação de poder de controle. A titularidade do poder de controle é relevante para a obrigatoriedade de lançamento de oferta pública pelo adquirente, em caso de alienação do controle de companhia aberta. Regra que não constava do texto original da lei acionária, o art. 254-A, em sua configuração atual, foi incluído pela Lei n. 10.303, de 2001. Determina-se que, ocorrendo a alienação de controle de companhia aberta, deve o adquirente se obrigar a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto, assegurando aos titulares de tais ações o direito de vender suas participações por ao menos 80% do valor pago por ação integrante do bloco de controle.

A despeito de a lei falar em alienação do controle, dando a entender que se filiaria, com isso, à acepção do controle como objeto de direito, a redação do §1º do art. 254-A autoriza o entendimento de que a alienação do controle acionário depende, fundamentalmente, da conjugação de dois fatores. De um lado, uma alienação de "ações integrantes do bloco de controle", ou outros valores mobiliários, sem que se exija que todas as ações detidas por um acionista sejam transferidas ao adquirente. De outro, qualifica-se a alienação de controle pelo resultado obtido, qual

[11] Sobre o assunto, cf. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik; BRESCIANI, R. H. Aspectos Processuais da Ação de Responsabilidade do Controlador movida por Acionista Titular de menos de 5% do Capital Social (art. 246, §1º, b da Lei n. 6.404/76). In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Org.). *Processo Societário*. v II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 249-304.

[12] CVM. Processo *Administrativo Sancionador n.º 2012/1131*, rel. Dir. Luciana Dias, j. 26.05.2015.

seja, a alienação do controle acionário. Embora o parágrafo seja claramente tautológico (por incluir no enunciado que explica o significado da expressão "alienação de controle" a referência à própria alienação de controle)[13], ele evidencia que o importante para a configuração da alienação de controle é que alguém se torne titular do poder de fato de controle tendo adquirido, para tanto, valores mobiliários de alguém que antes já era titular desse poder de fato.

Resolvem-se, assim, polêmicas interpretativas sobre a possibilidade de incidência de um dever de lançar oferta pública no caso de alienação de controle minoritário ou de ingresso de terceiro em bloco de controle, sem que todos os integrantes do bloco de controle se alterem. Se há (i) alienação de ações de alguém que poderia ser considerado acionista controlador para um terceiro que não ostentava tal condição; e (ii) posteriormente a esse negócio jurídico dispositivo, o terceiro se torna acionista controlador, ainda que em conjunto com o antigo acionista controlador (em hipótese de controle conjunto), está configurada a hipótese normativa do art. 254-A.

Compra do controle de sociedade mercantil por companhia aberta. Buscando proteger os interesses dos minoritários contra prejuízos que possam advir da aquisição de controle de sociedade mercantil por preço excessivo,[14] o art. 256 da Lei das Sociedades por Ações traz regra que excepciona a divisão ordinária de competências entre os órgãos administrativos das companhias. Referida compra não pode ser celebrada pela administração sem prévia aprovação da assembleia geral da compradora quando o preço de compra constituir investimento relevante (LSA, art. 256, I) ou o preço médio da ação superar os parâmetros referentes ao valor de mercado, de patrimônio e de lucro por ação previstos na lei (LSA, art. 256, II).

Tratamento civil e societário. Ainda que a alienação de ações suficientes para o exercício do poder de controle seja objeto de tratamento societário específico, como acima se viu, sob o ponto de vista de direito civil, o contrato que instrumentaliza a transferência de ações não pode

[13] Nesse sentido, MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Aquisição de controle de sociedade anônima.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 296.

[14] ARAGÃO, Paulo Cézar; SALLES, Denise Leão. "Uma leitura sistemática do artigo 256 da Lei das S.A.s". In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. *Direito Societário* – desafios atuais. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 225-240, p. 229.

ser equiparado a um contrato translativo da empresa. Assim, se for celebrado contrato de compra e venda das ações de controle, como costuma ocorrer, ter-se-á a aplicação da disciplina civil concernente à compra e venda de bens móveis, sem a possibilidade de aplicação de regras pertinentes à compra e venda de estabelecimentos empresariais, a menos que presente caso de fraude ou abuso.[15]

[15] Nesse sentido, cf. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e Venda de Participações Societárias de Controle.* São Paulo: Quartier Latin, 2018, pp. 25-82.

XXVIII. Valores mobiliários e o mercado de capitais

Márcio Ferro Catapani

1. O conceito de valor mobiliário

Apesar de os valores mobiliários consistirem em instituto relativamente antigo no direito brasileiro[1], o primeiro tratamento minimamente orgânico à matéria foi conferido pela Lei n.º 4.728/1965[2]. Esse diploma disciplinador do mercado de capitais, contudo, não definia com exatidão o que seriam os referidos valores mobiliários, contendo apenas disposições acerca de ações, debêntures e obrigações, bem como fazendo menção a outros títulos negociáveis, como certificados de depósitos em garantia.

Com a criação da Comissão de Valores Mobiliários, pela Lei n.º 6.385/1976, o legislador pátrio deparou-se com uma questão bastante sensível: como definir o que são, com exatidão, valores mobiliários, para delimitar a competência registral, fiscalizatória e sancionadora da nova autarquia. Optou-se[3], então, pela técnica de criar, no texto legal, uma lis-

[1] Com efeito, por exemplo, o Decreto n.º 3.150, de 04/11/1882 (art. 16, § 1º), e o Decreto n.º 434, de 04/07/1891 (arts. 147, § 1º, e 159, § 2º), faziam menção aos "valores móveis" detidos pelas sociedades anônimas. O Decreto-lei n.º 2.627/1940, a seu turno, já empregava a expressão atual valores mobiliários (art. 129, parágrafo único, *b*). No entanto, em referidos diplomas legais, essas expressões eram utilizadas em disposições acerca dos balanços e da arrecadação de bens das sociedades anônimas – ou seja, eram consideras apenas sob o seu aspecto de ativos patrimoniais que poderiam ser detidos por essas pessoas jurídicas, e não sob o ponto de vista da regulação de sua emissão.

[2] Essa Lei foi editada no contexto do Plano de Ação Econômica do Governo – PAEG, estabelecido durante a presidência do Marechal Castello Branco, que tinha, como um de seus objetivos, a criação de um mercado voluntário para os títulos públicos. Cfr. PEDRAS, Guilherme Binato Villela. História da dívida pública no Brasil: de 1964 até os dias atuais. SILVA, Anderson Caputo; CARVALHO, Lena Oliveira de; MEDEIROS, Otavio Ladeira de (org.). **Dívida pública: a experiência brasileira.** Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional e Banco Mundial, 2009, p. 59.

[3] É interessante notar que a Exposição de Motivos do projeto que deu origem à Lei n.º 6.385/1976 (disponível em <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/EM197-Lei6385.pdf>, consulta em 19/07/2019) não explicitou a razão pela escolha do sistema de lista.

ta de títulos que estão sujeitos ao regime dos valores mobiliários[4], veiculada pelo art. 2º dessa Lei.

A inspiração do modelo de lista e da própria disciplina dos valores mobiliários pode ser encontrada no *Securities Act* de 1933 e no *Securities Exchange Act* de 1934, ambos dos Estados Unidos da América[5]. No entanto, ao contrário do modelo estadunidense, em que as listas de *securities* são bastante extensas e contêm alguns itens suficientemente genéricos ou descritivos – permitindo, destarte, a sua adaptação a inovações do mercado de capitais –, o art. 2º da Lei n.º 6.385/1976 trazia apenas 6 espécies de valores mobiliários[6], além da possibilidade de que o Conselho Monetário Nacional definisse como tal outros títulos criados ou emitidos pelas sociedades anônimas[7].

Com o passar do tempo, a lista e o modelo adotado demonstraram-se bastante insuficientes, impedindo a atuação da Comissão de Valores Mobiliários em casos que mereceriam a proteção da poupança popular sob o regime de fiscalização próprio dos valores mobiliários, mas que formalmente desbordavam da competência da autarquia[8]. Deve-se lembrar que, se a competência do Conselho Monetário Nacional para definição de novos valores mobiliários limitava-se aos títulos emitidos por sociedades anônimas, nada podia ser feito quanto aos papéis colocados

[4] Com efeito, a lei não define o que são valores mobiliários, mas apenas quais são os valores sujeitos ao seu regime jurídico. Conclui-se, assim, que pode haver valores mobiliários – assim considerados sob a perspectiva ontológica – sujeitos a disciplina jurídica diversa.

[5] Para uma análise do conceito de *securities* no Direito estadunidense e sua relação com os valores mobiliários brasileiros, vide LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O conceito de "*security*" no Direito norte-americano e o conceito análogo no Direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano XIII, n.º 14, p. 41-60, 1974; e MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. O conceito de valor mobiliário. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano XXIV, n.º 59, p. 31-55, jul.-set. 1985.

[6] A saber: (i) as ações, (ii) as partes beneficiárias, (iii) as debêntures, (iv) os cupões desses títulos, (v) os bônus de subscrição e (vi) os certificados de depósito de valores mobiliários.

[7] O que permitia afirmar que a lista em questão não era *numerus clausus*. Cfr. DE LUCCA, Newton. **Aspectos da Teoria Geral dos Títulos de Crédito.** São Paulo: Livraria Pioneira, 1979, p. 37.

[8] Foi o caso, em especial, dos contratos de investimento coletivo para engorda de bois e outros animais. Sobre o tema, vide VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A CVM e os contratos de investimento coletivo ("Boi Gordo" e outros). **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, Malheiros, n.º 36, v. 108, p. 91-100, out.-dez. 1997; e WOOD JUNIOR, Thomaz; COSTA, Ana Paula Paulino da. Ações substantivas e simbólicas na criação e condução de uma fraude corporativa: o caso Boi Gordo. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n.º 4, v. 10, p. 804-819, dez. 2012.

no mercado por outros tipos de sociedades. Nesse contexto, em 2001, foi promulgada a Lei n.º 10.303, que deu nova redação ao art. 2º da Lei n.º 6.385/1976, ampliando o rol de valores mobiliários e, ao final, incluindo entre eles uma fórmula genérica de "contratos de investimento coletivo"[9].

O sistema brasileiro tornou-se, com isso, mais flexível e atualizado, podendo fazer frente às inovações de nosso mercado de valores mobiliários. Assim, por exemplo, a Comissão de Valores Mobiliários pode regular os negócios de *crowdfunding*[10] e contratos de investimento coletivo hoteleiro[11].

Por fim, é importante lembrar que os títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal e os títulos cambiais de responsabilidade de instituição financeira, exceto as debêntures, estão expressamente excluídos da disciplina que a Lei n.º 6.385/1976 dispensa aos valores mobiliários (art. 2º, § 1º)[12].

2 O conceito de mercado de capitais

Mercado[13] de capitais é um mercado próprio[14] no qual os agentes econômicos buscam recursos para financiar suas atividades produtivas. Trata-se de gênero que engloba as espécies mercado de valores mobiliários e de títulos públicos[15].

---

[9] Os contratos de investimento coletivo eram considerados valores mobiliários desde a edição da Medida Provisória n.º 1.637/1998.

[10] Segundo a Instrução CVM n.º 588/2017, *crowdfunding* de investimento consiste na "captação de recursos por meio de oferta pública de distribuição de valores mobiliários dispensada de registro, realizada por emissores considerados sociedades empresárias de pequeno porte nos termos desta Instrução, e distribuída exclusivamente por meio de plataforma eletrônica de investimento participativo, sendo os destinatários da oferta uma pluralidade de investidores que fornecem financiamento nos limites previstos nesta Instrução".

[11] Vide Instrução CVM n.º 602/2018.

[12] Sobre o tema, vide CATAPANI, Márcio Ferro. **Títulos Públicos: Natureza Jurídica e Mercado**. São Paulo, Quartier Latin, 2014, pp. 161-172.

[13] Para uma exposição mais extensa acerca do conceito de mercado e de suas funções, vide CATAPANI, Márcio Ferro. **Títulos Públicos: Natureza Jurídica e Mercado**. São Paulo, Quartier Latin, 2014, pp. 250-277.

[14] Assim entendido como um tipo de mercado setorial em que se transacionam ou negociam bens, direitos ou valores – ou, na verdade, em geral, títulos – criados ou formatados especialmente para esses mercados.

[15] Cfr. DE LUCCA, Newton. As bolsas de valores e os valores mobiliários. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região,** São Paulo, n.º 35, pp. 19-38, jul.-set. 1998, pp. 30-31.

No âmbito das transações financeiras em sentido amplo, deve-se diferenciar o mercado de capitais do mercado monetário e do mercado financeiro em sentido estrito. Em geral, diz-se que o mercado de capitais permite o financiamento de longo prazo e alto risco, enquanto o monetário liga-se a operações de curto prazo e baixo risco[16]. Apesar de os critérios diferenciadores apresentados pela doutrina não serem seguros, pode-se dizer que, em geral, o mercado monetário está ligado a transações interbancárias ou envolvendo o Banco Central ou o Tesouro.

Por outro lado, a principal diferença entre o mercado financeiro *stricto sensu* e o de capitais é que, no primeiro, dá-se a denominada intermediação financeira, com instituições que genericamente podem ser denominadas de bancos captando recursos de alguns agentes e repassando-os a outros. Destarte, as instituições em tela assumem diretamente o risco do inadimplemento. Já no mercado de capitais, o fenômeno que ocorre é o da desintermediação financeira, havendo um vínculo jurídico direto entre os agentes que dispõem de capital em excesso e aqueles que necessitam desses recursos para exercer suas atividades[17]. E, nesse caso, o risco passa a ser sofrido diretamente pelo investidor.

Nesse contexto, pode-se afirmar que elemento essencial do mercado de capitais, no qual são transacionados valores mobiliários e títulos públicos, é o risco de perda do valor investido ou do lucro obtido ou esperado, suportado diretamente pelo próprio investidor.

A par da distinção teórica entre os mercados de capitais e financeiro em sentido estrito, a principal preocupação do operador do direito costuma residir na competência regulatória das transações realizadas pelos agentes econômicos. De modo simplificado, a Comissão de Valores Mobiliários busca proteger os interesses dos investidores, em especial no que tange à quantidade e qualidade de informação divulgada. O Banco Central do

---

[16] Nesse sentido, BESSONE, Mario. **I mercati mobiliari.** Milão: Giuffrè, 2002, p. 209; e CABALLERO, Juan Ignacio Sanz. **Derivados financieros.** Madri/Barcelona: Marcial Pons, 2000, pp. 49-50. No entanto, há autores que salientam que as transações no mercado monetário, hoje, podem não ser de curto prazo (BONNEAU, Thierry; DRUMMOND, France. **Droit des marchés financier**. 3. ed. Paris: Economica, 2010, p. 7).

[17] Segundo Julian Fonseca Peña Chediak, "Em resumo, no mercado de valores mobiliários, as instituições especializadas têm uma função de *aproximação*, ao passo que, no mercado de crédito, tais instituições têm uma função de *substituição*" (A Reforma do Mercado de Valores Mobiliários. *In*: LOBO, Jorge (org.). **A Reforma da Lei das Sociedades Anônimas.** Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 532) (grifos no original).

Brasil tem a função de monitorar e reduzir riscos de mercado, em especial o risco sistêmico, além da supervisão das instituições financeiras. Daí dizer-se que a atuação dessa autarquia é prudencial[18]. De qualquer modo, nos dias de hoje, não se pode afirmar com precisão que a primeira autarquia regule o mercado de capitais e a segunda, o financeiro em sentido estrito. A atuação de ambas é complementar e permeia os dois sistemas em questão.

Nesse ambiente, a Lei n.º 10.214/2001 "regula a atuação das câmaras e dos prestadores de serviços de compensação e de liquidação, no âmbito do Sistema de Pagamentos Brasileiro" (art. 1º). Assim, esse diploma legal assume importância capital para o mercado de capitais. Do ponto de vista do processo administrativo sancionador, não se pode deixar de mencionar a Lei n.º 13.506/2017, que disciplina essa atividade quando exercida pela Comissão de Valores Mobiliários e pelo Banco Central do Brasil.

O desenvolvimento pleno do mercado de capitais, com a realização de sua função social e do potencial de alavancagem que possui para o sistema econômico, depende da presença de algumas condicionantes. Entre elas, podemos citar a credibilidade perante os agentes econômicos, que pressupõe estabilidade e previsibilidade jurídicas, segurança no marco regulatório e proteção aos titulares de ativos e posições jurídicas contra a atuação de entes e outros agentes econômicos de má-fé[19].

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BESSONE, Mario. *I mercati mobiliari.* Milão: Giuffrè, 2002.

BONNEAU, Thierry; DRUMMOND, France. *Droit des marchés financier*. 3. ed. Paris: Economica, 2010.

CAMERINI, Marcelo A. *Mercado de valores.* Buenos Aires: AdHoc, 2002.

[18] Sobre as dificuldades na distinção instrumentos de cada um desses mercados, com reflexos em uma incerteza regulatória, vide MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. O conceito de valor mobiliário. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano XXIV, n.º 59, p. 31-55, jul.-set. 1985. Com relação à competência na regulação dos mercados em tela, cfr. LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Os valores mobiliários. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 10, n.º 36, abr.-jun. 2007, pp. 30-33.

[19] Cfr. CATAPANI, Márcio Ferro. **Títulos Públicos: Natureza Jurídica e Mercado**. São Paulo, Quartier Latin, 2014, pp. 250-264.

EIZIRIK, Nelson *et ali*. *Mercado de capitais* – regime jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro:* da mercancia ao mercado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

HUDSON, Alastair. *The law on financial derivatives*. 4. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2006.

IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato.* 4. ed. Roma: Laterza, 2001.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Actividades de intermediação e responsabilidade dos intermediários financeiros. *In*: *Direito dos Valores Mobiliários.* Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 129-156. v. II.

LIBONATI, Berardino. *Titoli di credito e strumenti finanziari.* Milão: Giuffrè, 1999.

LORIA, Eli; KALANSKY, Daniel. *Processo administrativo sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

MOLONEY, Niamh. The current framework (Lamfalussy) on European Securities Regulation. *In*: *Direito dos Valores Mobiliários.*.Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 213-263. v. VIII.

NAJJARIAN, Ilene Patrícia de Noronha. *Securitização de recebíveis mercantis.* São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SADDI, Jairo; PINSKY, Lior. As emissões públicas. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). *Curso de direito administrativo econômico.* São Paulo: Malheiros, 2006. p. 404-418. v. 2.

SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

XXIX. Aspectos jurídicos importantes acerca dos ilícitos do mercado de capitais

Ilene Patrícia de Noronha Najjarian[1]

O presente verbete tem como objetivo prestar uma singela homenagem a Sylvio Marcondes, responsável pela elaboração do Livro II no Anteprojeto do Código Civil, originalmente intitulado "Da atividade negocial", notoriamente influenciado pelas lições do mencionado e renomado comercialista, em que pese a última versão ter determinado o título: "Do Direito de Empresa. O presente verbete também tem a pretensão de descortinar a criminalização de algumas condutas nocivas do mercado de capitais, e de suscitar a discussão acerca da importância e das vicissitudes da atividade negocial em mercados organizados de bolsa e balcão.

Os ilícitos específicos do mercado de capitais estão inseridos na Lei de criação da CVM nº 6.385/76 são eles:

1) A manipulação de preços, previsto na Instrução CVM n° 08/79, inciso II, "b", no âmbito administrativo, e no art. 27-C da Lei n° 6.385/76, na esfera penal, implementado por meio de ofertas artificiais de negociação (inseridas sem intenção de gerar negócios), especificamente nas modalidades conhecidas como *layering* e *spoofing*;
2) O *insider trading*, previsto no artigo 155 da Lei 6.404/76 e no âmbito do direito penal está inserido no artigo 27 D da Lei 6.385/76; e
3) O exercício irregular da intermediação nos mercados organizados de bolsa e balcão sem registro para tanto inserido no 27 E da Lei 6.385/76.

[1] Cumpre primeiramente declinar que quaisquer opiniões ou conclusões por mim externadas são de minha inteira responsabilidade não refletindo o entendimento da instituição CVM ou da instituição AGU.

Várias características do mercado de valores mobiliários favorecem a criação de um ambiente tranquilo para a atuação de criminosos pois existe grande circulação de capital, com investidores comprando e vendendo valores mobiliários diariamente em volumes significativos, o que pode provocar ganho para alguns e perdas para outros.

A criatividade humana no que se refere a maximização potencial do lucro, tanto de forma lícita – com observância da regulamentação e legislação que tem por objeto o adequado funcionamento do mercado – como de forma ilícita – em descumprimento às normas aplicáveis.

Essas estratégias ilícitas – originada na criatividade humana e na evolução tecnológica que permite sua implementação – consistente na manipulação de preços de valores mobiliários[2], por meio da utilização de ofertas artificiais de negociação.

O Direito busca tutelar bens jurídicos importantes para a vida em sociedade e, regras, foram constituídas e inseridas dentro deste novo corpo normativo, vale dizer um novo capítulo na Lei 6.385/76 trazendo impactos para o criminal *compliance* para os agentes econômicos.

Questões importantes surgem quando imaginamos quais seriam as funções econômicas do mercado de valores mobiliários? Quais os critérios para aferição da qualidade do mercado de valores mobiliários? Qual seria a diferença entre um crime e uma infração administrativa?

A CVM em vez de punir, por vezes, firma Termos de Compromisso e nem sempre o Termo de compromisso firmado na esfera administrativa tem o condão de alterar o desfecho de uma ação penal

Com base na leitura dos textos, dê sua opinião fundamentada sobre:

a. Quais os valores que se deseja tutelar mediante a proibição das condutas previstas na Instrução CVM 08/1979 e no art. 13 da Instrução CVM 358/2002?
b. O que significa exatamente dizer que temos um mercado equitativo (*fair*)?

[2] Lei n° 6.385/76, Art. 27-C – Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas destinadas a elevar, manter ou baixar a cotação, o preço ou o volume negociado de um valor mobiliário, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros.

Instrução CVM n° 08/76, inciso II, "b" -

c. Crimes cuja descrição é idêntica à do ilícito administrativo representam uma violação do princípio do *ne bis in idem*?
d. dado que o processo administrativo sancionador é mais flexível e menos rigoroso que o processo penal, a descriminalização de condutas poder ser vista como uma fraude ao sistema de garantias constitucionais do acusado?

Ainda, procure responder:

a. O que é *insider trading*? Qualquer um pode cometer esta infração? É necessário obter lucro para a caracterização do ilícito?
b. O que é *pump and dump* e *trash and cash*?
c. O que é operação com seguro?
d. O que é *front-running*?
e. Você concorda ou discorda com a proibição das condutas descritas acima?

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 8.843/2017*. Redação Final. Autor: Deputado Federal Paudemey Avelino (DEM/AM). Brasília, 17 out. 2017. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2156331>. Acesso em 02 nov. 2017.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei da Câmara n. 129/2017*. Brasília, 01 nov. 2017 (texto enviado para sanção presidencial). Disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131318>. Acesso em 02 nov. 2017.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Medida Provisória n. 784* e Exposição de Motivos. Brasília, 7 jun. 2017. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv784.htm>. Acesso em 02 nov. 2017.

IOSCO. Objectives and Principles of Securities Regulation. Madrid: IOSCO, 2010, pp. 3-12. Disponível em <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD323.pdf>. Acesso em 30 jan. 2017.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; e HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de Capitais*. Regime Jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 537-567.

PRADO, Viviane Muller; RACHMAN, Nora Matilde; VILELA, Renato. *Insider trading*: normas, instituições e mecanismos de combate no Brasil. Coleção Acadêmica Livre FGV Direito SP. São Paulo: FGV, 2016. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17696>. Acesso em 02 nov. 2017.

PRADO, Viviane Muller; REIS, Yasmin. Por que a CVM firma termos de compromisso? *JOTA*, 31 ago. 2017. Disponível em <https://jota.info/colunas/disclosure/por-que-a-cvm-firma-termos-de-compromisso-31082017>. Acesso em 02 nov. 2017.

SANTOS, Alexandre Pinheiro; OSÓRIO, Fábio Medina; e WELLISCH, Julya Sotto Mayor. *Mercado de Capitais*: Regime Sancionador, São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 105-128.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal* – parte geral. Curitiba: ICPC, 2014, pp. 71-79.

XXX. *Insider trading* – o uso de informações privilegiadas no mercado de capitais

José Marcelo Martins Proença

A expressão *insider trading* designa uma distorção das relações no âmbito do mercado de capitais, consubstanciada no uso de informações confidenciais, entendidas como informações relevantes e reservadas ou ainda não divulgadas, acerca dos negócios de uma companhia, por seus administradores, principais acionistas ou outros (quaisquer pessoas) que a elas tenham acesso, para a realização de transações que lhes trazem vantagens em detrimento de outros investidores. A negociação dentro do mercado de capitais, nesse cenário, se dá com flagrante assimetria informacional, ou seja, uma das partes contratantes detinha determinada informação (aquela reservada, ainda não divulgada) e a outra a ignorava, pois se tratava de informação ainda não divulgada, mas relevante para a tomada consciente de decisão em negociar ou não, e em determinadas condições, valores mobiliários.

A título de exemplo, é fácil notar a assimetria informacional, podendo gerar danos a uma das partes contratantes em relações de compra e venda de valores mobiliários de determinada companhia, caso uma delas tenha conhecimento do fato de que, em futuro próximo, essa mesma companhia proporá ação judicial de recuperação judicial ou mesmo seu pedido de autofalência, o que a outra parte contratante desconhece. A primeira parte provavelmente colocará sua participação acionária à venda, que será adquirida pela parte que ignora o fato (relevante) da crise econômica da Companhia e que não compraria referidos ativos (pelo menos nas condições compradas, caso tivesse ciência da informação relevante (e que influencia na tomada de decisões negociais). Uma vez distribuída a ação (recuperacional ou de falência), a cotação dos valores mobiliários sofrerá, provavelmente, substancial decréscimo, apurando uma das partes contratantes substancial prejuízo (e, em contrapartida, a outra parte evitou prejuízos que sofreria caso houvesse simetria informacional, ou seja, ambas as partes conhecessem, tivessem a informação da

crise econômica da Companhia e da eminente propositura de ação judicial para dela tratar).

A Lei das Sociedades por Ações, Lei 6.404/76 (LSA) prevê a ilicitude da prática de *insider tradi*ng em seu artigo 155:

> Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado:
>
> ...
>
> § 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários.
>
> § 2º O administrador deve zelar para que a violação do disposto no § 1º não possa ocorrer através de subordinados ou terceiros de sua confiança.
>
> § 3º A pessoa prejudicada em compra e venda de valores mobiliários, contratada com infração do disposto nos §§ 1° e 2°, tem direito de haver do infrator indenização por perdas e danos, a menos que ao contratar já conhecesse a informação.
>
> § 4º É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários.

A conduta em comento é, adicionalmente, tratada em legislação de natureza penal, que a nomina como crime de uso indevido de informações privilegiadas. Nesse sentido, deve ser observado o artigo 27-D, da Lei 6.385/76, com as alterações trazidas pelas leis 10.303/2001 e 13.506/2017, nos termos seguintes:

> Art. 27-D. Utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de

> valores mobiliários: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.
>
> § 1o Incorre na mesma pena quem repassa informação sigilosa relativa a fato relevante a que tenha tido acesso em razão de cargo ou posição que ocupe em emissor de valores mobiliários ou em razão de relação comercial, profissional ou de confiança com o emissor.
>
> § 2o A pena é aumentada em 1/3 (um terço) se o agente comete o crime previsto no caput deste artigo valendo-se de informação relevante de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo.

A legislação transcrita, tratando de ilícito de natureza civil, administrativa e penal, denota-se com clareza solar, tem por objetivo proibir a consolidação, perpetuação ou concretização da assimetria informacional em determinado mercado e transação, que, por sua vez, configura uma das relevantes falhas de mercado a justificar a sua regulação. Ao contrário de outros mercados, onde se pode aferir, não raro até visualmente, a qualidade das mercadorias comerciadas, no mercado de capitais são as informações que nele circulam que possibilitam ao investidor avaliar as suas possibilidades de ganhos. Por outras palavras, compram-se e vendem-se valores mobiliários, normalmente, a partir de dados, das mais diversas naturezas, indicadores da probabilidade de sua alta ou queda. A confiabilidade de similares informes reside, portanto, a pedra angular do bom funcionamento do mercado de capitais e, por corolário, do seu desenvolvimento.

Com vistas a impor a simetria informacional dentro do mercado de capitais, a *Securities and Exchange Commission*, SEC, órgão incumbido da fiscalização do mercado de capitais nos Estados Unidos da América, construiu e assentou a conhecida norma "disclose or refrain from trading" (revele ou abstenha-se de negociar). O comando da SEC impositivo de *disclosure* acha-se contemplado pelo nosso direito como "princípio da transparência", expresso no artigo 157 da Lei 6.404/76, LSA (onde se encontra prevista a regra da obrigação de divulgar, dentre outros, fatos relevantes nas atividades da companhia), assegurando a todos os investidores acesso às informações sobre as companhias que oferecem títulos à negociação no mercado de capitais, complementado com o disposto nos

parágrafos do artigo 155, representativo do *refrain from trading* que proíbe a negociação no mercado de capitais de posse de informações ainda não divulgadas. O objetivo dos comandos legais é, sem dúvida, promover, ao menos em tese, o equilíbrio das posições dos agentes do mercado e, por conseguinte, a isonomia nas suas relações, prevenindo assimetria informacional e a prática do *insider trading*.

Neste passo e em face do quanto até aqui foi discutido, cabe reconhecer a necessidade de repressão e punição do *insider trading*, em nome de imperativos éticos aliados a argumentos de ordem econômica.

Principiando com as lições dos economistas, concernentes à possibilidade de determinação do valor dos títulos negociados no mercado de capitais, convém frisar que eles consideram eficiente o mercado quando o preço das ações (ou outro título) reflete todas as informações disponíveis sobre as companhias envolvidas de alguma forma com os títulos negociados. A repressão ao *insider trading*, consequentemente, enquanto garante um mínimo de confiabilidade ao mercado acionário, enseja o seu desenvolvimento, atraindo investidores que dele se afastariam, caso soubessem dos riscos de serem prejudicados pelas práticas, se deixadas impunes, dos poucos e privilegiados detentores de informações confidenciais das empresas. Um não livre e amplo ambiente com informação incompleta permitiria a fixação artificial de preços, fácil e rapidamente destruídos ou modificados pelo surgimento, complementação ou retificação de informações, fato que, indubitavelmente, afastaria desse mercado investidores potenciais, dada a elevação do seu risco em razão da assimetria informacional[1].

Relativamente ao seu papel, às suas funções, pode-se afirmar que o mercado de capitais é indispensável ao desenvolvimento econômico (e, conjuntamente e simultaneamente a ele, o social[2]). Com efeito, promovendo a interação entre a poupança e o investimento, aumenta a eficá-

[1] Podendo, a assimetria informacional, destruir o mercado, conforme diversos estudos estruturados segundo o magistério de George A. Akerlof constante no tão citado artigo "*The Market for ´Lemons`: Quality Uncertainty and the Market Mechanism", Quarterly Journal of Ecoomics,* 1970, vol. 84(3), p. 488-500.

[2] Relevante o magistério de Amartya Sen, que contraria a "crença tão dominante em muitos círculos políticos de que o "desenvolvimento humano" (como frequentemente é chamado o processo de expansão da educação, dos serviços de saúde e de outras condições da vida humana) é realmente um tipo de luxo que apenas os países mais ricos podem se dar". *In* "Desenvolvimento como liberdade". Companhia das Letras, 1999. 7ª reimpressão. p. 58.

cia da alocação do capital disponível em prol dos avanços dos vários setores da economia.

Considerado o crescimento econômico como uma das necessidades básicas de qualquer país, e admitida a inviabilidade de crescimento econômico sem investimento, inevitável concluir-se ser a formação de capital um dos anseios primordiais das nações.

Como se vê, a grande vantagem do mercado de capitais reside na ligação poupança/investimento de forma eficiente, talvez a mais produtiva de todas as outras possíveis, dado ele ser capaz de transformar pequenas investimentos em grandes quantias disponíveis para a produção, ativos líquidos em investimentos fixos, preferências de curto prazo em exigências de longo prazo, até mesclando riscos de escalas diferentes.

Um mercado de capitais eficiente realiza essas transformações! E um mercado de capitais eficiente é aquele inflexível ao uso de informações privilegiadas.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, não silencia no tocante ao assunto. Em seus artigos 3º, II e 170, tratando da ordem econômica, impõe ao Legislativo, porque investido em um dos poderes da República, o dever de editar as normas necessárias para a concretização dos objetivos descritos no dispositivo dentre eles, como afirmado, a promoção do desenvolvimento nacional que se acha, sem dúvida, condicionado ao desenvolvimento econômico. Repetindo, o desenvolvimento nacional, abrangendo o desenvolvimento social, cultural, educacional e tecnológico, concretiza-se, sem sombra de dúvida, em função e por força do desenvolvimento econômico[3]. Quanto ao mercado de capitais, como já mencionado, tanto financia o desenvolvimento nacional, *lato sensu,* quanto financia o desenvolvimento econômico (e social)[4].

Isto posto, sob o imperativo do artigo 3º, inciso II, da Lei Maior, norma vinculante porque, sem dúvida, um mandamento impositivo, cumpre ao Legislativo criar uma estrutura legal hábil para por freio nas negociações anômalas no âmbito do mercado de capitais, conferindo-lhe a cre-

[3] PROENÇA, José Marcelo Martins. *Insider Trading*. Regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005, p. 188, 189.

[4] E o desenvolvimento configura um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. A expansão da liberdade é considerada o fim primordial e o principal meio da liberdade, segundo Amartya Sen, op. cit. p. 52.

dibilidade sem a qual não se atraem os investimentos, não se propicia, enfim, eficiência e perspectivas de crescimento.

Em virtude do quanto asseverado, não há dúvida de que a LSA e toda a legislação posteriormente editada, alterando ou acrescendo as suas disposições, regrando, preventiva e repressivamente a conduta do *insider trading*, foi recepcionada pelo ordenamento constitucional inaugurado em 1988. Ainda, o quadro evolutivo, tutelando diretamente o mercado de capitais, atende, indiretamente, ao interesse público a ele inerente. Vale repetir que o mercado de capitais, regulado de forma séria e criteriosa, carreia benefícios inestimáveis para toda a economia de um país, apoiando, inevitavelmente, o seu desenvolvimento econômico.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

AKERLOF, George A., *The Market for ´Lemons`:* Quality Uncertainty and the Market Mechanism, Quarterly Journal of Ecoomics. v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970.

COMPARATO, Fábio Konder. *Insider Trading* – sugestões para uma moralização do nosso mercado de capitais. RDM 2/41, 1971.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

HÄUSER, Karl. O Papel do Mercado de Capitais em uma Economia de Mercado. *RBMC*, v. I, n. 3. p. 439/450, set./dez.1975.

LEÃES, L. G. Paes de Barros. *Mercado de Capitais e Insider Trading*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Insider Trading*. regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005.

PROENÇA, José Marcelo Martins. Insider trading – o primeiro caso de criminalização pela justiça brasileira. *In:* NOVAES, Erasmo Valladão Azevedo e França; von ADAMEK, Marcelo Vieira.(coords.). *Temas de Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães.* São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.

PROENÇA, José Marcelo Martins. Repúdio ao Insider Trading. *In:* SOUZA JÚNIOR, Francsico Satiro de (coord.). *Mercado de Capitais, série GVlaw*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos).* São Paulo: Malheiros, 2001.

SEN, AMARTYA. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. 7ª reimpressão.

STIGLER, George. Public Regulation of the Securities Market. *Journal of Business*, 37, p. 117-142, 1964.

XXXI. *Compliance*, corrupção e empresa

O poder de rescindir unilateralmente contratos por orientação dos programas de integridade das empresas; abuso ou legítima proteção da imagem segundo a lógica da máxima prevenção dos riscos?

Fabiano Augusto Martins Silveira[1]

1 Algumas perguntas, um problema

As empresas podem, por orientação de seus programas de integridade, e de forma unilateral, rescindir contratos com fornecedores que, no curso da relação comercial, tiveram seus representantes ou funcionários envolvidos em investigações criminais?

Tal iniciativa dependeria de cláusula contratual expressa?

O fato investigado supostamente praticado pelo fornecedor ou prestador deve ao menos ter relação com o seguimento em que atua a empresa contratante?

2 Anotações necessárias ainda para entender o problema

Para discutir o problema anunciado, convém partir de algumas compreensões.

Um programa de integridade, levado a sério, tem como finalidade última minimizar a exposição de risco da empresa nas relações comerciais ou institucionais com terceiros, bem como elevar a qualidade de suas próprias práticas internas.

O mundo empresarial oferece toda sorte de armadilhas e intempéries, seja nas relações entre particulares, seja nas relações com o poder público. O risco – não só o decorrente dos investimentos em si mesmos considerados – é algo tão natural que aponta para a própria essência da

[1] Professor doutor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade 9 de Julho – Uninove. Consultor Legislativo do Senado Federal (licenciado). Advogado.

atividade comercial, sendo certo que alguns ramos de atuação envolvem mais riscos do que outros.

Os contratos tendem a regular as expectativas nas trocas comerciais. São, portanto, um primeiro redutor de risco.

Celebrado um contrato, o desejo inicial das partes é o de que ele seja concluído com resultado satisfatório para ambas. A ruptura de um contrato é, ou deveria ser, evento excepcional, na medida em que os parceiros partem de visões positivas um do outro, e não de frustrações.

A frustração pode ocorrer, e é o que mais ocorre no cotidiano das empresas, pois o mundo apresenta sempre mais complicações do que alcança a nossa capacidade de previsão e planejamento.

Quer-se discutir, aqui, não a frustração em relação às prestações correspondentes ao objeto do contrato, mas a frustração relacionada ao comportamento supostamente reprovável do parceiro comercial em sua atuação com terceiros, mais uma vez, não com a empresa contratante. Um comportamento, portanto, estranho à relação comercial até então em curso entre os dois entes considerados.

Mesmo em se tratando de um fato estranho, é admissível que o *compliance* da empresa (não envolvida) determine a ruptura do contrato com a outra (envolvida) ao argumento de que os fatos investigados terminam por expor a sua própria imagem? É legítimo do ponto de vista jurídico que tal estratégia de máximo distanciamento seja levada adiante pela simples circunstância de que dirigentes da empresa parceira passaram a ter de dar explicações aos órgãos de persecução penal por fatos externos à relação contratual em curso?

Repare-se que, na hipótese aqui discutida, a empresa (não envolvida) não sofre nenhum prejuízo financeiro imediato tampouco corre o risco de inadimplência do contrato em vigor. Talvez seja possível prever que a ruptura contratual possa inclusive lhe causar desconfortos e contratempos momentâneos, até que, pelo menos, encontre outros parceiros à altura de suas expectativas éticas e de integridade.

A decisão de romper o contrato, portanto, está orientada à preservação da imagem, não querendo a empresa que o seu nome esteja envolvido de nenhuma forma com o da ex-parceira, ainda que se tenha convicção da regularidade do contrato até pouco vigente.

3 Cláusula contratual expressa

Como forma de nos aproximarmos pouco a pouco das respostas possíveis a essa intrigante questão, que remete ao limite do poder do compliance, é aceitável que a empresa não envolvida possa denunciar o contrato em preexistindo cláusula expressa no sentido de que a relação comercial seria rompida caso a parceira tivesse o seu nome envolvido em investigações criminais quaisquer.

Ambas as empresas, assim, aceitaram previamente a possibilidade de ruptura contratual no caso de envolvimento de qualquer uma delas em apurações de natureza criminal.

A liberdade contratual foi a esse detalhe, portanto. Nada mais a problematizar, já que o desenlace fora previsto justamente para a hipótese aqui discutida.

4 Limites do poder de *compliance*

O problema maior se coloca, pois, em um sem número de situações em que o contrato não previa tal possibilidade.

Geralmente, os programas de integridade são construídos para evitar que erros sejam cometidos. Como? Por uma criteriosa seleção de parceiros externos e do próprio corpo de funcionários.

Os programas de integridade são orientados, assim, por uma lógica preventiva na gestão dos riscos inerentes à atividade empresarial. Devem atuar antes do estrago. Se danos vierem a ocorrer para a empresa, sobretudo por *error in eligendo*, ou o *compliance* não trabalhou bem ou, tendo trabalhado bem, o resultado negativo era imprevisível em vista das informações da época.

Todavia, diante do problema aqui discutido, isto é, uma suspeita criminal que sobrevém durante uma relação contratual juridicamente estável, os programas de integridade ficariam com as mãos amarradas? Torna-se a questionar, tendo como pano de fundo o conceito relativamente impreciso de justa causa: uma das empresas contratantes pode unilateralmente abandonar o contrato sob o pretexto de que a outra não cumpriu com os seus deveres gerais de integridade perante terceiros, sendo dispensável cláusula contratual expressa sentido?

De um modo geral, a primeira resposta seria negativa tendo vista a prevalência do contrato, uma vez que a empresa envolvida nas investigações não descumpriu, pelo menos até aquele momento, nenhuma de suas obrigações para com a outra. Assim, não nos parece minimamente razoável defender a ideia de que o poder de *compliance* possa romper um contrato válido porque – e só porque! – dirigentes da parceira se viram na condição de prestar esclarecimentos à Justiça.

Decerto, o poder de *compliance* tem limites. Não deve um programa de integridade empresarial arvorar-se em palmatória do mundo. Pensar que a sensibilidade a riscos, crescente em nossos dias, possa chegar a um nível tal, seria comprometer seriamente a própria segurança jurídica dos negócios jurídicos estabelecidos.

O objetivo legítimo de preservar a imagem da empresa não justificaria rompantes e precipitações que, afinal, podem inclusive agravar a condição da parceira. Por exemplo, a divulgação de que a empresa envolvida em investigações criminais perdeu clientes, após a divulgação dos fatos, desvalorizaria em muito a sua marca.

Admitíssemos a mais livre possibilidade de ruptura contratual na hipótese aqui descrita – de simples abertura de inquérito policial ou da realização de diligências investigativas –, a rescisão contratual seria medida demasiado drástica e incompatível com o conceito de justa causa. Nem se fale do uso indevido de uma tal ferramenta, isto é, de retaliações que escondam outros motivos oportunistas.

Entra aqui em ordem de consideração, sim, o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, cujo alcance vai além do campo das medidas cautelares de natureza processual penal. Vale dizer, medidas cíveis ou administrativas de conteúdo draconiano, quando impostas em vista da simples condição de investigado, também ferem o núcleo daquela pétrea garantia.

O equilíbrio contratual, que é uma ideia implícita a todos os acordos de natureza comercial, também seria vulnerado. Isto é, uma das partes se colocaria em posição de extrema superioridade em relação a outra se pudesse rescindir o contrato na hipótese em debate, ou seja, considerada simples abertura de inquérito policial.

5 Em alguma hipótese seria possível?

Se descartamos a ideia de um poder ilimitado do setor de compliance, por outro lado também seria válido questionar se em nenhuma hipótese a empresa (não envolvida) poderia romper o contrato com a empresa envolvida em investigações criminais.

Talvez seja essa a reflexão mais interessante e também mais difícil.

É que, em determinadas circunstâncias, a preservação do contrato poderia resultar em um ônus excessivo para a empresa não envolvida, que, afinal, não deu causa ao dano de imagem sofrido pela parceira.

Quais seriam, então, as hipóteses em que uma empresa poderia rescindir o contrato tendo em vista o fato de que pesam sobre a sua parceira indícios de práticas criminosas face a terceiros?

O nosso ponto de partida é muito claro: tal possibilidade de rescisão unilateral deve ser compreendida por um viés de superlativa excepcionalidade. Além dessa primeira ressalva, é preciso ponderar que não há uma única e óbvia resposta para o problema eleito. O que se quer propor, pois, adiante, é apenas um quadro de respostas aproximativas, que se vale, inclusive, do raciocínio por exclusão.

A natureza do contrato é, sem dúvida, o primeiro ponto a ser analisado. Seria, por exemplo, muito mais difícil justificar, na hipótese aqui discutida, a rescisão unilateral de contratos cujo objeto sejam serviços comuns. O que chamamos de serviços comuns? Quando os bens ou serviços prestados estão à frente do nome da empresa contratada. Não há, pois, um incremento de marca. O valor, na verdade, e antes, está no produto.

Por outro lado, contratos intuitu personae estão entre aqueles mais abertos à hipótese aqui discutida, e por motivos óbvios, pois a confiança foi um valor determinante na escolha do parceiro. A frustração quanto aos padrões de conduta da parceira gera, portanto, na empresa não envolvida um amargo retrogosto. A quebra de confiança pode representar, enfim, um estorvo para a continuidade do contrato.

Em síntese, contratos vulgares seriam menos propensos à hipótese de rescisão unilateral aqui discutida do que contratos singulares. Um certo grau de singularidade ou vínculo de marca é, pois, necessário, embora não suficiente.

Certo é que outros elementos contratuais podem entrar em ordem de consideração, como o tempo de duração, o histórico da relação comercial, os valores devidos, assim também, e especialmente, o teor dos compromissos gerais de integridade assinados pelas partes. Por exemplo, uma empresa que não tenha instituído um programa de integridade não poderia estrear nesse campo propondo justamente a rescisão unilateral de um contrato cujo objeto é estranho aos fatos investigados. Essa drástica decisão é mais a resultante de um conjunto de travas e práticas seriamente empreendidas pela interessada ao longo do tempo, e não um casuístico improviso.

Outro ponto a ser considerado tem a ver com a gravidade dos fatos e o grau de participação de empregados da empresa envolvida no concerto das investigações. Se as apurações levam a crimes de especial gravidade ofensiva e à participação determinante de funcionários da empresa parceira, acende-se uma luz amarela. Por outro lado, investigações que remontam a crimes de menor potencial ofensivo ou com participação distante da empresa envolvida não autorizariam a rescisão prematura do contrato, como hipoteticamente até aqui se tem discutido.

Trata-se, enfim, de um fato isolado ou de uma ação duradoura que se impregnou na alma da empresa envolvida? Os crimes foram praticados com a atuação direta ou beneplácito da cúpula desta empresa? Ou tiveram a participação apenas de setores intermediários ou subalternos? Essas respostas dependem, claramente, da análise qualitativa do material colhido e disponibilizado pela autoridade policial, que hoje chegam à imprensa com surpreendente velocidade, quando não, seus fragmentos.

Para se chegar à conclusão afirmativa de que há justa causa para a rescisão unilateral do contrato, complicado quebra-cabeças, é preciso, ainda, analisar o estágio das investigações. Isso em conta, investigações muito embrionárias devem ser vistas com reserva pela empresa não envolvida. É necessário dar tempo ao tempo, o mínimo que seja. Não se está exigindo que dirigentes, funcionários ou prepostos da empresa envolvida sejam efetivamente denunciados pelo Ministério Público para, só então, aventar-se a hipótese de rescisão unilateral do contrato. Parece razoável pedir é que as investigações tenham um bom nível de consistência e maturidade, evitando-se, o quanto possível, linchamentos tão comuns como os que estamos assistindo no presente.

Se, por exemplo, dirigentes, funcionários ou prepostos da empresa envolvida confessam os crimes por eles praticados e delatam a teia maior de uma organização criminosa, estamos diante de uma situação em que a rescisão unilateral ganha relevância como hipótese. Afinal, a empresa que adota a estratégia de delatar (por mais que essa seja uma decisão individual do delator) não poderia pretender que os seus parceiros permaneçam simplesmente silentes diante do grave quadro de delitos cometidos. A delação pode trazer, assim, consequências não apenas do ponto de vista estritamente penal e processual penal para os colaboradores, como também repercutir nas relações das quais a empresa ativamente participa.

Por fim, parece certo e adequado dizer que a ruptura unilateral faria sentido se, e apenas se, a permanência do contrato trouxesse risco de imagem relevante. Uma vez que o contrato, em si considerado, não dá sinais de debilidade ou inadimplência da parceira envolvida nas investigações criminais, nada justificaria a sua rescisão por simples capricho ou fascínio exacerbado pela autoimagem.

No sentido de medir a relevância do aludido risco, caberia indagar qual o nível de ostensividade da parceria; se as marcas das empresas cotejadas são de fácil associação pelo público, em geral, e por outros atores do segmento especializado em que ambas são reconhecidas; se os crimes investigados têm, ou não, relação com o mercado prioritário em que compete a empresa não envolvida; se as condutas investigadas geram dúvidas ou especulações sobre a eventual cumplicidade da empresa não envolvida.

Como o valor da marca de ambas não pode ser medido segundo dados puramente objetivos, a tarefa de medir o risco de imagem depende da ponderação de fatores indiretos, como os que foram citados acima.

De qualquer sorte, temos que o risco de imagem deve se traduzir em potencial prejuízo econômico para a empresa que pretende rescindir o contrato. Ou seja, para além do legítimo interesse em preservar a própria marca e distanciá-la daqueles que deixaram de observar um certo padrão integridade empresarial, necessário ter indicativos de que a parceria, se mantida, é potencialmente danosa para os negócios da empresa não envolvida, que, por essa razão, não estaria obrigada a suportar esse ônus.

Portanto, a nosso ver, o risco de imagem não justificaria, por si só, a ruptura do contrato, a menos que a própria imagem da empresa envolvida constitua o objeto da relação contratual (como, por exemplo, nos contratos publicitários). Mesmo nesse último caso, seria facilmente detectável o potencial prejuízo econômico para a empresa não envolvida se tivesse de cumprir o contrato em toda a sua extensão.

6 Em arremate

Chegamos, assim, por etapas, à conclusão de que a rescisão unilateral de contratos válidos em razão do envolvimento da empresa parceira em investigações criminais, embora não dependa de cláusula expressa, é uma possibilidade jurídica admitida muito excepcionalmente. E que essa excepcionalidade remete ao conceito de justa causa, por sua vez aferido a partir da análise, entre outras, das seguintes circunstâncias: a) traços de singularidade do objeto do contrato; b) gravidade das infrações penais investigadas e sua duração; c) participação da cúpula da empresa ou de instâncias decisórias com peso; d) estágio consistente das investigações levadas adiante pelos órgãos oficiais; e) risco de imagem associado a um prejuízo econômico minimamente mensurável.

XXXII. Governança Corporativa e *Compliance*

Renata Weingrill Lancellotti

A economia brasileira tem passado por relevantes mudanças na estrutura de propriedade, governança e, notadamente, pelo gerenciamento de riscos com a consequente implementação de controles internos e de programas de integridade/conformidade para as empresas.

Isso porque, apesar dos avanços das boas práticas de governança corporativa e de ética adotadas nos últimos anos, as principais falhas e lições de governança e, também, de *compliance* reveladas, advém pela recente crise dos mercados e da economia mundial, decorrentes de uma somatória de aspectos políticos, sociais e, especialmente, no tocante a questões de *corrupção* que, indubitavelmente, provocou estragos destrutivos à economia de nosso País.

É fato que, as empresas precisam sempre inovar e adaptar suas práticas e princípios de governança corporativa para se manter competitivas em um mundo em transformações. Porém, cada vez mais os programas de integridade/conformidade em obediência às normas, os controles internos, bem como os gerenciamentos de riscos das empresas, têm sido mecanismos para prevenir corrupção e assegurar seus administradores e colaboradores.

Governança corporativa são práticas que estão *além* da lei; é o *meio* pelo qual visa a atingir o *alinhamento de interesses* de todas as partes interessadas (*stakeholders*). O *compliance* tem como escopo o *cumprimento da própria lei* (*fim*), que através de programas de integridade/conformidade das normas deve ser adequado à cada operação específica, de modo a prevenir, detectar e corrigir práticas ilícitas.

No Brasil, o sistema de governança corporativa das empresas está relacionado às características diferentes dos modelos mais desenvolvidos, pois, devido a peculiaridades da estrutura da propriedade das empresas brasileiras, e da alta sobreposição entre propriedade e gestão, o princi-

pal 'conflito de agência' no País se dá entre acionistas controladores e acionistas minoritários e não entre acionistas e gestores, como nos países anglo-saxão com estrutura de propriedade pulverizada.

Governança corporativa, tradução quase literal da expressão original em Inglês, *corporate governance*, conceito que surgiu na economia anglo-saxônica, cujo sistema legal (*commom law*) é baseado em usos e costumes e princípios gerais de direito e construído pela jurisprudência, independentemente de elaboração legislativa. O *common law* é diferente do sistema legal brasileiro (*civil law*) que é baseado em normas escritas, sistematizadas em lei, consideradas como fonte primária de direito.[1]

A transposição de princípios e práticas de governança corporativa para o sistema legal brasileiro exige elaboração legislativa e adaptação interpretativa, nos termos do artigo 4º da LICC – Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito quando a lei for omissa.

Em 2000, a antiga Bovespa (atual B3) instituiu segmentos diferenciados para a listagem de companhias abertas com o duplo objetivo de estimular os investidores e valorizar as empresas. Na época, o advento do Novo Mercado, segmento especial de governança corporativa da Bovespa, foi propiciado a entrada de novos sócios nacionais e estrangeiros. Em decorrência da pulverização das ações e por consequência, do controle, houve modificações relevantes na posição dos acionistas minoritários. Com isso, iniciou-se um trabalho de conscientização relativo à postura ativa dos acionistas, com objetivo de dirimir eventuais conflitos de interesses.

A busca pela adoção de melhores práticas de governança ajuda a minimizar conflitos de interesses, pois é um meio que propõe proteger os interesses dos *stakeholders* visando a atingir o interesse social e sua perenidade, ou seja, sua preservação no mercado competitivo.[2]

---

[1] LANCELLOTTI, Renata Weingrill. **Governança Corporativa na Recuperação Judicial**: Lei 11.101/2005. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

[2] O IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa como principal fomentador dessas práticas, lançou seu primeiro "Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa" em 1999 e, atualmente, está em sua quinta edição. Em 2002, a CVM – Comissão de Valores Mobiliários editou a "Cartilha de Governança Corporativa" e em junho de 2017, fez uma alteração normativa expressiva na Instrução CVM 480/09, incluindo o Informe do "Código Brasileiro de Governança Corporativa – Companhias Abertas" que uniformiza as práticas adotadas por todas as companhias emissoras de valores mobiliários, listadas nos segmentos especiais da B3 ou não. O Código Brasileiro de Governança Corporativa – Companhias Abertas

Nessa linha, o Douto Des. e Prof. Alexandre Alves Lazzarini[3], também sustenta que governança é *meio e não fim*, inclusive cita obra de minha autoria no acordão da Apelação nº 0000364-57.2009.8.26.0292, jul. 27/10/15, da qual foi relator.

Todas essas mudanças ocorridas nos últimos anos, promoveram a modernização da estrutura de poder das empresas, devido à tendência de separar a propriedade da gestão. Tal estado de coisas provocou reações várias quando houve modificação relevante na posição dos acionistas minoritários, que deixaram de ser pessoas físicas e passaram a ser instituições, fundos de pensão e outros. Adotou-se postura ativa, com acompanhamento de todos os atos da administração, de modo a dirimir eventuais conflitos de agência.

O problema clássico provocado pela separação da propriedade e gestão é tratado pela literatura como *conflito de agência*, isto é, conflitos que se originam da pulverização do capital das empresas e na consequente separação entre a propriedade (principal) e a gestão (agente). Em outras palavras, o conflito de agência surge quando os administradores são contratados para maximizar o valor dos acionistas, mas os executivos optam por maximizar seus próprios interesses, não agregando valor para a empresa.[4]

---

foi desenvolvido pelo Grupo de Trabalho Interagentes (GT Interagentes), composto por onze das mais importantes entidades relacionadas ao mercado de capitais, coordenado pelo IBGC lançado em 16 de novembro de 2016. O referido Código segue a tendência internacional do "*apply or explain*" ou "*aplique ou explique*", atendendo a exigências legais, regulatórias, de listagem em bolsa de valores ou ainda outros comandos de autorregulação, bem como seguindo os pilares da boa governança (transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa).

[3] Renata Weingrill Lancellotti faz interessante análise a respeito da governança corporativa, sendo relevante transcrever a ideia de que: "Governança corporativa é meio, e não fim. Meio de estabelecer ordem entre as partes interessadas, por intermédio de normas, práticas e controles, visando sempre o alinhamento de interesses dos stakeholders. Dito de outro modo: a governança corporativa é uma ferramenta que propõe proteger os interesses de todas as partes interessadas, visando a atingir o interesse social da empresa e sua longevidade. É uma ferramenta que ajuda na distribuição dos direitos políticos e econômicos das partes interessadas." (**Governança Corporativa na Recuperação Judicial**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 75/76). <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/253584992/apelacao-apl-3645720098260292-sp-0000364-5720098260292/inteiro-teor-253585009?ref=serp>

[4] LANCELLOTTI, Renata Weingrill. **Governança Corporativa na Recuperação Judicial**: Lei 11.101/2005. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

A governança corporativa propõe tratar de dois problemas básicos nas estruturas societárias: agência e expropriação. O de agência é típico de uma situação de capital diluído, ainda não predominante nas companhias brasileiras, em que ocorre o baixo comprometimento dos administradores com os interesses dos investidores, o que pode, inclusive, levar à prática de atos fraudulentos ou a falta de empenho pessoal, com os que ocorreram na Eron e na World Com em 2001. No capital concentrado, existe a figura de uma acionista controlador. O problema é a expropriação, ou seja, apropriação indevida de recursos da companhia pelo acionista controlador, em detrimento dos minoritários.[5]

Com o advento da Lei nº 12.846/2013 ('Lei de Anticorrupção') e o Decreto 8.420/2015, as empresas tiveram que se ajustar ao novo ordenamento jurídico, de modo a prevenir eventuais sanções de natureza administrativa, civil e penal de pessoas que venham a gerar prejuízo à Administração Pública (nacional ou estrangeira), ligadas à corrupção de agentes públicos, utilizando meios ilícitos caracterizados como atos de corrupção. Com isso, os departamentos de *compliance* nas empresas têm tido um papel relevante na implantação, verificação e efetividade dos programas de integridade/conformidade das normas, cujo controle deve ser adequado à sua operação específica.

Assim, o processo deve ser, necessariamente, ajustado às características *próprias* de cada empresa, com controles de eventuais falhas e busca de mitigação. Ou seja, não se pode criar um modelo padrão geral.

É nesse momento que a governança corporativa e o *compliance* se convergem. Pois, embora, a meu ver, governança seja *meio* (adoção de melhores práticas visando o alinhamento de interesses entre as partes interessadas); *e compliance* seja *fim* (para prevenir, detectar e corrigir

[5] Nos últimos anos, a análise, o estudo do tema de governança corporativa e a aplicação prática de seus princípios, tem resultado em uma série de reformas em um expressivo grupo de empresas brasileiras – a saber, aquelas que identificaram que a preservação e a valorização das empresas dependem, essencialmente, de transparência e alinhamento de interesses. Ou seja, as empresas que adotam boas práticas, que se traduzem em maior transparência, equidade de tratamento entre os acionistas e eficiente prestação de contas, tendem a ser mais valorizadas pelos investidores. A propósito, o IBGC acaba de lançar (setembro de 2019) a análise quantitativa dos informes das companhias abertas brasileiras aponta que, em média, 51% das práticas recomendadas pelo 'Código Brasileiro de Governança Corporativa – Companhias Abertas' são adotadas. Já as de capital fechado encontram-se no estágio inicial do desenvolvimento em governança, como aponta a análise dos dados da Métrica de Governança Corporativa do IBGC. <https://conhecimento.ibgc.org.br/Paginas/Publicacao.aspx?PubId=24123>

práticas ilícitas), elas se convergem. Isso porque, a adoção de boas práticas de governança corporativa garante maior transparência e fiscalização na gestão, facilitando (*como meio*) tanto na criação e desenvolvimento de controles internos, programas de integridade/conformidade, como, também, na detecção de eventuais conflitos de interesses, assunto este de tanta importância.

A Lei 6.404/1976 ("LSA") disciplina o conflito de interesses pelos artigos 115 (quanto aos acionistas) e 156 (quanto aos administradores) e a CVM vem variando as interpretações predominantes de acordo com a composição do Colegiado desta Douta Instituição.

Em situação de conflito, os deveres previstos em lei – notadamente os deveres fiduciários e legais dos acionistas e dos administradores – versam no sentido de votar sempre no melhor interesse da companhia e o que deve sempre prevalecer é a responsabilidade no exercício de voto, de forma a não caracterizar abusos ou ilegalidades.[6]

A LSA e o estatuto conferem aos administradores uma série de atribuições e responsabilidades (arts. 153 a 158 da LSA) referentes ao exercício do cargo que ocupam. Essas atribuições devem ser exercidas no interesse da companhia e para esta atingir seu fim, que é a obtenção de lucro mediante a exploração do objeto social. Portanto, para que o art. 156 da LSA seja aplicado, é fundamental a demonstração da existência de conflito, contraposição entre os interesses do administrador e os da companhia.

O principal objetivo da governança é fazer com que os responsáveis pela gestão (diretoria) e pela sua supervisão (conselho de administração) atuem de forma honesta, diligente e como *guardiões dos princípios, valores, objeto social e sistema de governança da companhia* e atentos ao *processo apropriado de gerenciamento de riscos e manter controles internos e programas de integridade/conformidade (compliance) adequados ao porte, ao risco e à complexidade de suas atividades*.[7]

---

[6] LANCELLOTTI, Renata Weingrill. **Impedimento e limitação ao direito de voto, nos termos do artigo 115 da Lei 6.404/76**. *in* Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais. Coords. Armando Luiz Rovai; Ilene Patrícia de Noronha Najjarian; Maria Eugênia Reis Finkelstein. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

[7] Conforme Instrução CVM 480/09: item 26. Em relação ao princípio 4.5: i. "a companhia deve ter um processo apropriado de gerenciamento de riscos e manter controles internos e programas de integridade/conformidade *(compliance*) adequados ao porte, ao risco e à complexidade de suas atividades" (...) ii. "cabe ao conselho de administração zelar para que a diretoria

A responsabilização dos administradores está, estritamente, atrelada à demonstração de que o diretor responsável promoveu esforços razoáveis para assegurar o cumprimento sistemático da regulação por aquela empresa e seus membros. Se esses mecanismos foram, de fato, satisfatoriamente implementados e o diretor provou ser diligente, ainda que haja uma falha pontual, este não será responsabilizado.

Nesse sentido, o Colegiado da CVM tem, ao longo dos últimos anos, decidido sobre a responsabilização de administradores de companhias abertas, em casos em que, muitas vezes, prescinde da individualização específica da conduta de cada administrador.

Essa estratégia, porém, está longe do instituto da responsabilidade objetiva, em que a avaliação da culpa ou do dolo do indivíduo é dispensável. Porém, como dito, se esses mecanismos forem, satisfatoriamente, implementados e o administrador prove ser diligente, ainda que haja uma falha pontual, não há responsabilidade.[8] Ou seja, a responsabilização dos administradores prescinde da individualização específica de sua conduta, sem se confundir com responsabilidade objetiva, uma vez que a comprovação de que foi diligente e implementou mecanismos adequados para que não seja punido, ainda que haja falha pontual, conforme recente orientação de voto do Diretor Gustavo Gonzalez, (PAS nº 2017/4091, julgado em 13.08.2019), cuja sinalização da CVM para o mercado, foi bastante esclarecedora e acertada.

A adoção de melhores práticas de governança e a implementação de controles e programas de integridade/conformidade das normas por parte de administradores e demais envolvidos nas organizações, contribui para prevenir a ocorrência das irregularidades, para obtenção de credibilidade, o bom desempenho e a longevidade da companhia.

---

possua mecanismos e controles internos para conhecer, avaliar e controlar os riscos, a fim de mantê-los em níveis compatíveis com os limites fixados, incluindo programa de integridade/conformidade (*compliance*) visando o cumprimento de leis, regulamentos e normas externas e internas". iii. "a diretoria deve avaliar, pelo menos anualmente, a eficácia das políticas e dos sistemas de gerenciamento de riscos e de controles internos, bem como do programa de integridade/conformidade (*compliance*) e prestar contas ao conselho de administração sobre essa avaliação". <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/400/inst480consolid.pdf.>

[8] PAS CVM nº 2010/9129; PAS CVM 08/2004; PAS CVM nº 03/2009, PAS CVM 24/2006; PAS CVM 18/2008; e PAS CVM nº 2017/4091 (SEI nº 19957.002587/2017-77) <www.cvm.gov.br>

Considerando que governança é o *meio* pelo qual se pretende atingir o alinhamento de interesses entre os *stakeholders* e, considerando que o administrador, no seu dever de resguardar os interesses dos acionistas em prol da função social e perenidade das empresas, deve-se implementar mecanismos e programas de integridade/conformidade das normas para assegurar o cumprimento sistemático das regulações por aquelas empresas, seus administradores e demais colaboradores, há uma real convergência dos dois temas.

Nada adianta, a empresa obter código de melhores práticas de governança corporativa, código de ética, possuir regras de *compliance,* análise de riscos, controles e procedimentos instituídos com fim de se evitar fraudes, se o administrador e/ou a própria empresa não tiver boa-fé, ética e moral, cujo tema o Professor Dr. Newton De Lucca, brilhantemente, nos ensina que "*moral estabelece normas de conduta humana, não havendo dúvidas, igualmente, de essas normas da conduta humana estabelecidas pela moral são fundamentalmente éticas*."[9]

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

COMISSÃO DE VALORES IMOBILIÁRIOS (CVM). Disponível em: <www.cvm.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2019.

DE LUCCA, Newton. O conteúdo axiológico da governança corporativa e o inevitável resgate da ética empresarial. *In*: FONTES FILHO, Joaquim Rubens; LANCELLOTTI, Renata Weingrill. (coords.). *Governança Corporativa em tempos de crise.* São Paulo: Saint Paul Editora, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). Disponível em: <www.ibgc.org.br>. Acesso em: 13 nov. 2019.

LANCELLOTTI, Renata Weingrill. *Governança corporativa na recuperação judicial*: Lei 11.101/2005. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LANCELLOTTI, Renata Weingrill. Impedimento e limitação ao direito de voto, nos termos do artigo 115 da Lei 6.404/76. *Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais*. Coords. Armando Luiz Rovai; Ilene Patrícia de Noronha Najjarian; Maria Eugênia Reis Finkelstein. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

[9] DE LUCCA, Newton. O conteúdo axiológico da governança corporativa e o inevitável resgate da ética empresarial. In **Governança Corporativa em tempos de crise.** Coords. Joaquim Rubens Fontes Filho e Renata Weingrill Lancellotti. São Paulo: Saint Paul Editora, 2009.

LAZZARINI, Alexandre Alves. *Ap. nº 0000364-57.2009.8.26.0292*, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 9.ª Câmara de Direito Privado, 27.10.2015, Voto nº 14453. Rel. Des. Alexandre Lazzarini.

SÃO PAULO (ESTADO). *Tribunal de Justiça Estado de São Paulo*. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 13 nov. 2019.

XXXIII. Ética empresarial

José Renato Nalini

Ética é a ciência do comportamento moral do ser humano em sociedade. Tem autonomia científica e seu objeto é a moral, acervo consolidado de costumes e hábitos dos seres racionais com vocação de permanência. Há quem sustente a sinonímia entre ética e moral, diante de sua raiz etimológica: *ethos,* do grego e *mos,* do latim, ambos os verbetes designariam *costumes*.

A preocupação ética é uma constante na história da civilização. Nesta era que, à falta de melhor designação, tem sido chamada *pós-modernidade,* ela recrudesce, diante de ocorrências que parecem evidenciar certo retrocesso comportamental. A flexibilização gerada pela exacerbação do individualismo, a influência de um psicologismo intensificado, o desalento com alguns dogmas com fissura estrutural, assim como a democracia representativa, além da ameaça de catástrofe climática resultante de aquecimento global, tudo parece conduzir a um laxismo perigoso para o convívio.

Os pensadores lúcidos propõem uma urgente *conversão ética* em todos os setores. Um deles incide sobre uma instituição exitosa, que subsistiu íntegra, a despeito das vicissitudes que a acompanham: a empresa.

A empresa reveste conformação autêntica de entidade institucional. Empreendimento que, alimentado por uma ideia-força, tem continuidade e duração no meio social. O segredo empresarial é a conjugação de esforços e de talentos plurais, direcionados à obtenção de um produto útil. O advento da Quarta Revolução Industrial oferece desafios instigantes ao empresário. Um deles é investir na ética empresarial.

Foi-se o período em que o objetivo da empresa era exclusivamente o lucro. O século XX viu surgir o conceito de *responsabilidade social,* pouco desenvolvido anteriormente, mas consequência do reconhecimento de que um conglomerado produtor de bens da vida tem de estar atento à repercussão de sua atividade sob várias vertentes.

Há uma comunidade crescente de envolvidos no processo produtivo. O destinatário do produto, os investidores, os funcionários, mas também a comunidade afetada, os fornecedores, o meio ambiente. A ideia de *stakeholders* prevaleceu para a designação de uma difusa coletividade de interessados no hígido funcionamento de uma empresa. Todos os agentes envolvidos de forma direta ou indireta impactam a conduta da empresa. A melhoria de sua *"imagem institucional ocorrerá devido ao fato de que a população e, principalmente, os stakeholders irão observar este processo contínuo de busca pela ética"*[1].

Dessa concepção provém a ideia de *ética empresarial.* Esta se incumbe de *"criar modelos alternativos para que empreendimentos prosperem dentro de novos padrões sem perder suas motivações centrais de geradores de lucros, mas que saibam harmonizar valores materiais e espirituais"*[2].A tecnologia registra contínuos avanços, mas eles devem estar subordinados a uma visão ética do negócio. Os valores sociais constituem hoje uma prioridade para os ofertantes de bens ou serviços, missão tradicionalmente entregue à empresa.

A mentalidade predominante em países de desenvolvimento intermitente era a de que o Estado, onipotente e onisciente, seria o provedor de normatividade bastante à regência harmônica dos interesses. A História provou não ser assim. Impõe-se uma nova concepção de liderança, hábil a pensar concretamente em distribuição equânime de benefícios, gestão de externalidades e garantia de um porvir focado na humanidade. Assim como acontece com a educação, a humanidade enfrenta a árdua tarefa de compreender e governar as tecnologias do século XXI com a mentalidade do século XX e as instituições do século XIX.

A tecnologia disponível não é mero instrumento, mas precisa ser impregnada de valores. Ao mesmo tempo em que ela cria benefícios, gera riscos potencialmente nefastos. A ascensão material do padrão de vida não pode se desaparelhar do bem-estar geral de todos os seres humanos.

A empresa contemporânea, ao assimilar os avanços científicos e tecnológicos, tende a surpreender até mesmo a ficção científica. Seus responsáveis precisam de sensibilidade para a percepção de que não é a tecnologia

---

[1] SANTOS, Fernando de Almeida, *Ética Empresarial*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 34.

[2] CASTRO, Messias Mercadante de & OLIVEIRA, Lúcia Maria Alves de, *A Gestão Ética, Competente e Consciente,* Tributo à memória de E.F.Schumacher, São Paulo: M. Books, 2008, p.13.

que determina livremente o futuro e de que não há tecnologia neutral em relação a valores. Os valores sociais precisam ser encarados como prioridade e, para essa missão, a ética é primordial.

O rumo antigo de obtenção do máximo lucro, sem qualquer transigência com outros valores, já sugeriu que o capitalismo pudesse morrer sufocado por mãos capitalistas. Acordou-se para a realidade de que *"mercados dependem de regras e leis. Por sua vez, regras e leis dependem da verdade e da confiança. Omitida a verdade ou minada a confiança, o jogo ficará tão arriscado, que ninguém vai querer jogar"*[3].

Incumbe à empresa impregnar-se de algumas aspirações humanas consensualmente compartilhadas, a despeito de focos de dissidência. Uma dessas aspirações é muito próxima à comunidade jurídica brasileira, pois foi convertida em verdadeiro supraprincípio, norteador da ordem pública e da esfera privada: a dignidade da pessoa humana. O mero fato de integrar a espécie, garante a fruição do inequívoco direito ao respeito absoluto, sem exceções ou qualquer tergiversação.

O bem da empresa não pode estar divorciado do bem comum. Ela tem a obrigação de ser um fator de ascensão para todos os humanos. Não se concebe possa contribuir para a tolerância em relação a atentados contra a natureza, com o trabalho em condições inapropriadas, com a exploração de gêneros ou da infância.

A ética empresarial do século XXI traz o dever empresarial de se ocupar não apenas com os interesses estritos da empresa, com os de seus donos ou seus acionistas. Mas impõe uma preocupação abrangente, que envolva os viventes e também a posteridade. O mundo precisa ser mais justo, generoso e sustentável. Isso pode ter lugar no espaço em que se trabalha: *"no bom ambiente de trabalho, as pessoas se complementam, não competem entre si, colaboram, partilham os resultados"*[4].

Sustentabilidade é uma ideia singela – sabendo usar não vai faltar – e integra a concepção de ética aplicável à vida empresarial. Aqui *"encontra-se o conceito de qualidade de vida; o termo teria relação com*

---

[3] HANDY, Charles, *Para Que Serve Uma Empresa?* in Ética e Responsabilidade Social nas Empresas, Rodriguez Y Rodriguez, Martius Vicente, org., Harvard Business Review, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.119.

[4] ALONSO, Félix Ruiz, LÓPEZ, Francisco Granizo, CASTRUCCI, Plínio de Lauro, *Curso de Ética em Administração*, São Paulo: Atlas, 2006, p.80.

***viver** e não **sobreviver**"[5].* Não é suficiente subsistir, senão obter da efêmera existência que foi reservada a cada ser vivo, o máximo em fruição dos bens da vida, com vistas à plenitude. Esse o rumo correto de cada aventura humana: a lapidação dos talentos e o atingimento de todas as potencialidades.

Muitas empresas já adotaram seus códigos de ética, roteiros de enunciação genérica, nos quais se enfatizam a missão ou vocação por que se optou, os valores, as metas e as avaliações de resultado. A mera codificação ética é polêmica. Discute-se a validade de adoção de normas para um comportamento suscetível de inúmeras variáveis. A tipificação de algumas condutas deixaria excluída uma vasta gama de possibilidades, pois a vida real é sempre muito mais complexa do que a previsão normativa.

Todavia, os códigos de ética são parâmetros ou diretrizes despidos da pretensão de abarcar todas as hipóteses de ocorrência. Padrões de conduta elevados constituem o objetivo de todo codificador. Mencione-se, como exemplo, o escopo amplo do Código de Ética desenvolvido pela Comunidade de Jovens Cientistas partícipes do Fórum Econômico Mundial, um lócus prioritariamente ocupado por empresários. É uma proposta dinâmica, pois continua a ser desenvolvida e aprimorada, inclusive apoiada sobre a autorregulação. Sete princípios interdisciplinares são ofertados à reflexão e à vivência dessa juventude qualificada para atuar na empresa do amanhã: 1. Apurar a verdade; 2. Apoiar a diversidade; 3. Envolver-se com o público; 4. Envolver-se com as autoridades; 5. Ser um mentor; 6. Minimizar os danos e 7. Ser responsável[6].

A Humanidade atravessa um período de simultâneas e profundas mutações: urbanização e conurbação intensificadas, crescimento das desigualdades, alterações demográficas, climáticas e tecnologias emergentes cada vez mais disruptivas. O impacto causado por todas essas influências reclama criatividade, engenhosidade e ousadia. A fragilidade do Estado e a queda de credibilidade dos governos reclamam formas radicais de pensar e agir. As tecnologias não podem servir apenas para incrementar os negócios. Não se pode perder de vista a missão de preservar os valores essencialmente humanos.

---

[5] SANTOS, Murillo Giordan e VILLAC, Teresa, Coordenadores, *Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis,* 2ª edição, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p.22.

[6] SCHWAB, Klaus, *Aplicando a Quarta Revolução Industrial,* São Paulo: Edipro, 2018, p. 83.

As melhores empresas já se conscientizaram de que investir num projeto ético de consistência é fator relevante de se alavancar sua reputação. O patrimônio intangível de qualquer empreendimento é o seu conceito moral. Descuidar dele compromete a higidez do patrimônio material. Há vários exemplos de severa sanção a deslizes. Um aprendizado que teve repercussão econômica e que obrigou dirigentes a uma reinvenção dos métodos de gestão empresarial.

Ética empresarial é assunto sério. Não se confunde com uma estratégia a mais de marketing, assim como já se detectou quando algumas iniciativas ecológicas pretenderam cooptar a simpatia dos consumidores, sem concreta mudança de hábitos persistentes e polêmicos.

A adoção de uma ética efetiva e consequencialista, no âmbito de qualquer empresa, tem início com a absorção endógena de uma consciência sensível a tal propósito. É importante recordar que a profunda revolução das TICs – Tecnologias de Informação e Comunicação ostentam promissoras oportunidades de aprimorar a convivência entre os humanos, porém representam graves desafios éticos. "*Três elementos são particularmente relevantes: o uso extensivo de grande volume de dados; a crescente dependência dos algoritmos para a execução de tarefas, configuração de escolhas e tomada de decisões; e a redução gradual do envolvimento humano – ou mesmo a fiscalização – sobre muitos processos automáticos*"[7]. Juntos, suscitam questões que envolvem equidade, responsabilidade, igualdade e observância do princípio da dignidade, no sentido de coesão no pensamento de quantos pretendem sustentar sociedades abertas, pluralistas e tolerantes.

O custo de não atentar para isso pode ser a rejeição social, cada vez mais facilmente convocada pelo uso intensivo e crescente das redes. A adoção de táticas impregnadas de ética, no âmbito das empresas, poderia começar com a verificação do uso da melhor técnica, a compatibilidade com os ideais sustentáveis em vários âmbitos, a aceitação social e o favorecimento da pessoa humana, em todas as suas potencialidades.

A cada momento, a ética empresarial terá de cuidar da ética digital, *"o ramo da ética que estuda e avalia problemas morais relacionados a*

[7] FLORIDI, Luciano, *Ênfase na ética digital,* in SCHWAB, Klaus, op. cit., idem, p.163. Luciano Floridi é Professor de Filosofia e Ética da Informação na Universidade de Oxford e diretor do *Digital Ethics Lab,* do Oxford Internet Institute, no Reino Unido. O ensaio foi elaborado conjuntamente com Maria-rosaria Taddeo, pesquisadora da Universidade de Oxford, na Inglaterra.

dados, algoritmos e práticas correspondentes. Seu objetivo é formular e apoiar moralmente as boas soluções, através do desenvolvimento de três linhas de pesquisa: a ética dos dados, a ética dos algoritmos e a ética das práticas"[8].

A empresa do século XXI já se reinventou para satisfazer as demandas de uma sociedade complexa e cada vez mais sofisticada, embora permaneçam as iniquidades que separam grupos humanos sob o critério do acesso e fruição a bens da vida imprescindíveis à subsistência digna. Todavia, insuficiente a reengenharia empresarial, se não houver lugar reservado à postura ética de todos os integrantes dessa engrenagem que influencia espaços muito maiores e mais variados do que a área física de acolhimento de suas atividades típicas.

O funcionamento de uma empresa não se resume a alavancar a economia. Seu outro papel *"é o desenvolvimento do indivíduo. O trabalho trabalha para as pessoas. Ele as confronta com as necessidades dos outros"*[9]. O assunto passa a ser cada vez mais sério no momento em que desaparecem os empregos e as pessoas necessitam exercer atividade que garanta o seu sustento. Há um consenso de que é urgente reduzir as desigualdades e a empresa é também destinatária desse comando preambular do pacto federativo ora vigente. Quando o Estado, só por si, não consegue resolver sozinho, *"as empresas devem ter um papel relevante nessa questão, adotando um modo de produção e consumo que inclua o desempenho ambiental e social como elementos a serem objeto de consideração na racionalidade"*[10] de suas estratégias.

Enfim, a concepção e a vivência ética empresarial veio para ficar. Ela faz parte indissociável de um projeto de preservação da empresa, que se vê na contingência de adotar novo paradigma de prevenção de crises. Muitas foram as que não conseguiram superar as dificuldades e se desfizeram. Um novo modelo paradigmático implica em abordagem holística, exatamente a antítese do cartesianismo. E nessa abordagem a ética é o valor supremo. *"O sucesso de uma empresa, de sua renovação e reabilitação, passa obrigatoriamente pela observância e adoção de uma*

---

[8] FLORIDI, Luciano e TADDEO, Maria-rosaria, op.cit., idem, p.164.

[9] AHNER, Gene, Ética nos *Negócios. Construir uma vida, não apenas ganhar a vida,* São Paulo: Paulinas, 2009, p.299.

[10] ASHLEY, Patrícia Almeida, coordenadora, Ética e Responsabilidade Social nos Negócios, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005, p.19.

conduta ética"[11]. Seja para surgir, para funcionar, para crescer e para perdurar, a empresa não pode deixar de incluir entre seus ativos uma profunda e consequente preocupação e vivência ética. Não é modismo. É uma necessidade indeclinável. Quanto mais cedo todos se imbuírem de consciência tal, maior a qualidade de vida empresarial. Assim como as pessoas, as instituições nascem, têm vida curta ou longa e fenecem. Ética empresarial, no século XXI, é condição de longevidade.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

AHNER, Gene. Ética nos negócios: construir uma vida, não apenas ganhar a vida. São Paulo: Paulinas, 2009.

ALONSO, Félix Ruiz; LÓPEZ, Francisco Granizo; CASTRUCCI, Plínio de Lauro. *Curso de ética em administração.* São Paulo: Atlas, 2006.

ASHLEY, Patrícia Almeida (coord.). Ética e responsabilidade social nos negócios. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASTRO, Messias Mercadante de; OLIVEIRA, Lúcia Maria Alves de. *A gestão ética, competente e consciente.* Tributo à memória de E.F.Schumacher, São Paulo: M. Books, 2008.

HANDY, Charles. Para que serve uma empresa? *In:* RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Martius Vicente (org.). *Ética e responsabilidade social nas empresas.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

QUEIROZ, Jorge. *Turnaround corporativo:* navegando em períodos de turbulência. Florianópolis: IBGT / IBRADD, 2004.

SANTOS, Fernando de Almeida. Ética empresarial. São Paulo: Atlas, 2015.

SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (coords.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis.* 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

SCHWAB, Klaus. *Aplicando a quarta revolução industrial.* São Paulo: Edipro, 2018.

[11] QUEIROZ, Jorge, *Turnaround Corporativo – Navegando em Períodos de Turbulência,* Florianópolis: IBGT / IBRADD, 2004, p.48.

XXXIV. Grupos de Sociedades – Grupos de Fato e de Direito

Maria Isabel Fontana

1 Relevância do tema

Os grupos de sociedades constituem relevante forma de exercício da atividade empresarial no Brasil e no mundo. Contudo, a ciência do direito ainda não encontrou respostas adequadas para diversas questões envolvendo grupos nos campos do direito societário, processual civil e concursal.

A Lei 6.404/76 (LSA) regulamentou apenas a existência dos grupos formalmente constituídos, isto é, os grupos de direito ou convencionais, em que as sociedades pertencentes ao grupo formalizam, mediante convenção, direitos e obrigações da controladora e controladas, os interesses grupais e eventuais limites do poder de controle.

Todavia, a grande maioria dos grupos não é formalmente constituída e não possui uma convenção que estabeleça tais limites, direitos e obrigações. São os populares grupos de fato, que decorrem do fenômeno da aglomeração societária e de relações de controle.

Apesar da ser essencial a qualquer grupo a sobreposição dos interesses coletivos aos interesses das sociedades isoladamente consideradas (o que não pode ser confundido com sobreposição dos interesses da controladora sobre interesses das controladas), a LSA estabelece que a personalidade jurídica e a autonomia patrimonial das sociedades devem ser conservadas, o que gera inúmeros conflitos de ordem prática e jurídica.

Isso porque, para que os interesses grupais se sobreponham aos interesses individuais de cada sociedade, necessária flexibilização da autonomia jurídica e patrimonial das sociedades isoladamente consideradas.

Por outro lado, mesmo diante de norma taxativa a respeito da necessária manutenção da autonomia jurídica e patrimonial das sociedades controladas, abusos do poder de controle e confusão patrimonial são extremamente corriqueiros, seja porque a absoluta autonomia jurídica e patrimonial é ilusória, seja porque o poder de fiscalização brasileiro é

bastante tímido quanto à responsabilização de controladores e administradores por prejuízos causados às sociedades controladas.

2 Grupos de Sociedades: características gerais

Os grupos são concentrações empresariais, estruturadas de forma hierarquizada e integrada, em que uma sociedade tem o poder de controlar as demais através de uma direção unificada.

Os grupos de sociedades devem, em princípio, propiciar vantagens a *todos os seus membros* e cada sociedade suporta os riscos inerentes às suas atividades.

Em suma, grupos se caracterizam por traços de controle e coligação e, apesar da sujeição das sociedades a um controle em prol do interesse comum, o art. 266 da LSA[1] estabelece que cada sociedade conserva personalidade e patrimônios distintos.

A intenção do legislador foi proteger as sociedades controladas contra abuso do poder de controle e descumprimento dos deveres fiduciários dos administradores, de modo que os acionistas minoritários dispõem de ação de reparação de danos (art. 117 e 246 da LSA) e ação de responsabilidade contra os administradores (arts. 158 e 159 da LSA).

Em razão da referida autonomia jurídica e patrimonial, as sociedades que compõem os grupos não são, em regra, solidariamente responsáveis por prejuízos causados a terceiros, a menos que haja previsão legal expressa.[2]

Desta forma, para que o patrimônio de alguma sociedade seja atingido em razão de responsabilidade atribuída a outra sociedade do grupo, é imprescindível que os requisitos ensejadores da desconsideração da personalidade jurídica estejam presentes, quais sejam, desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Nesse sentido, a Medida Provisória 881 de 2019 acrescentou o § 4º ao artigo 50 do Código Civil e esclareceu que a mera existência de grupo não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica.

---

[1] **Art. 266 LSA:** "As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos."

[2] Como é o caso da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, art. 2º § 2º), Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/11, art. 33) e Lei da Seguridade Social (Lei n. 8.212/91, art. 30, IX) quanto à solidariedade e Código de Defesa do Consumidor (CDC, artigo 28, § 2º) quanto à subsidiariedade.

2.1 Grupos de Direito

De acordo com o artigo 265 da LSA[3], grupos de sociedades são necessariamente constituídos por sociedade controladora e suas controladas, mediante convenção pela qual se obrigam a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

Por regra, o grupo de sociedades não possui personalidade jurídica própria, a sociedade controladora deve ser brasileira e a designação de "grupo" ou "grupo de sociedades" na denominação é mandatória.

Apesar da necessária prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais, a norma trazida pelo artigo 266 da LSA deve ser observada, ou seja, em tese, a submissão dos interesses das sociedades aos interesses grupais não pode afetar a personalidade ou patrimônio de cada sociedade controlada.

Significa dizer que o grupo de direito deve estabelecer em sua convenção aspectos como direitos e deveres das companhias integrantes, o funcionamento do grupo, limites das responsabilidades dos sócios, administradores e da controladora etc. Todavia, essas disposições não poderão acarretar eventual abuso ou confusão patrimonial entre as sociedades membro do grupo ou ainda na submissão total e irrestrita de uma sociedade a outra.

Cria-se, pois, um paradoxo: por um lado, as sociedades devem se sujeitar à controladora em prol do grupo, por outro, deve ser respeitada a personalidade jurídica a patrimonial de cada sociedade, que possuem interesses próprios que podem vir a se chocar com os interesses da controladora.

Apesar de criticável, a intenção do legislador foi proteger o sócio minoritário, que não raramente é vítima de abusos pelas sociedades controladoras.

Essas questões tendem a causar conflitos entre os sócios, administradores e credores de cada sociedade, principalmente nos grupos de fato, em que não há clara limitação de responsabilidades, como a seguir será demonstrado.

---

[3] **Art. 265, LSA.** "A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns".

2.2 Grupos de fato

A grande maioria dos grupos são construídos sob uma estrutura baseada em participações acionárias entre empresas, com direção unitária e outras características financeiras e administrativas de grupo, mas cujos direitos, obrigações e limites de atuação não estão formalmente convencionadas. São os conhecidos grupos de fato.

Tais grupos podem ser identificados por um conjunto de elementos que indicam a integração entre sociedades sob um comando comum, empreendimentos comuns, objetos sociais complementares, garantias cruzadas, empréstimos recíprocos entre as sociedades, coincidência de administradores, caixa centralizado, consolidação contábil, etc.

Não se pode afirmar, contudo, que grupos de fato e grupos de direito gozem da mesma liberdade de atuação. Nos grupos de direito as sociedades podem sujeitar seus interesses aos interesses do grupo nos termos da convenção. Nos grupos de fato, diante da ausência de convenção, a autonomia e independência entre as sociedades são mais rigorosamente exigidas, de modo a evitar o favorecimento de algumas sociedades em detrimento de outras.

Porém, a prevalência do interesse do coletivo sobre os interesses individuais também é uma premissa nos grupos de fato, o que torna o impasse entre direito e realidade ainda mais complexo nesse tipo de grupo.

3 Conclusão

A LSA regulamenta apenas os grupos de direito, cujos interesses devem se sobrepor aos interesses das sociedades controladas, nos termos da convenção. Já nos grupos de fato, diante da ausência de convenção, cabe aos sócios e administradores zelar pelos interesses da respectiva sociedade, sob pena de responsabilidade.

Todavia, a prevalência dos interesses coletivos é premissa de qualquer grupo, sem o que a união de esforços comuns não faria sentido.

Diante disso, a determinação legal prevista no art. 266 da LSA, de acordo com a qual as sociedades participantes de grupos preservam personalidade jurídica própria e autonomia patrimonial, é frequentemente ignorada.

Paralelamente, um dos maiores problemas enfrentados no direito societário diz respeito à constante sujeição das controladas aos interesses das

controladoras, sob a roupagem de "interesse do grupo", sem qualquer tipo de fiscalização ou reparação.

Tais fatos, somados com a frequência com que a desconsideração da personalidade jurídica dos grupos é determinada sugere que a autonomia das sociedades que compõem os grupos é apenas teórica e que a adaptação legislativa é conveniente.

Nesse sentido, discute-se sobre a construção de uma responsabilidade específica para sociedades plurissocietárias, ou seja, uma responsabilidade grupal[4], a exemplo do que acontece em outros países como França e Itália.[5]

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

ANTUNES, José Engrácia. *Os grupos de sociedades*. Coimbra: Almedina, 1993.

ANTUNES, José Engrácia. A proteção do sócio minoritário na lei das sociedades anônimas brasileira. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa; RIBEIRO, Maria de Fátima (org.). *Questões de direito societário em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2012.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direito societário, processual e concursal. *In*: YARSHELL, Flavio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti (coords.). *Processo societário II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 735-789.

COELHO, Fabio Ulhoa. O poder de controle sobre companhias abertas concorrentes. *In*: MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo Rocha; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (coords.). *Direito empresarial e outros estudos*

[4] A responsabilidade grupal é defendida por MUNHOZ, Eduardo S. "*Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades*". In: *Revista de Direito Mercantil*, n. 134, 2004, p. 25-47.

[5] De acordo com a doutrina francesa Rozenblum, o crime de responsabilidade de administradores dos minoritários de grupos não se caracteriza caso (i) haja integração empresarial no âmbito do grupo, (ii) haja um balanço equilibrado de perdas e benefícios recíprocos e (iii) a subordinação dos interesses de uma sociedade um prol do grupo não coloque em risco a continuidade daquela sociedade (insolvência).

A Itália, por sua vez, disciplinou no seu Codice Civile em 2003 a teoria dei vantaggi compensativi, de acordo com a qual em relações intragrupo não devem ser considerados os efeitos de cada operação isoladamente, e sim como um todo, pois deve haver um equilíbrio, isto é, uma compensação entre perdas e ganhos pelas sociedades durante determinado intervalo de tempo.

Para maior aprofundamento, vide FONTANA, Maria Isabel. A recuperação judicial de grupos societários. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2016.

em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedade por ações. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 23/24, p. 91-107, 1976.

DINIZ, Gustavo Saad. *Grupos societários:* da formação à falência. São Paulo. Forense. São Paulo, 2016.

FILHO, Calixto Salomão. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FONTANA, Maria Isabel. *A recuperação judicial de grupos societários*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2016.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares; TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro:* volume II. São Paulo: Bushatsky, 1979.

LOBO, Jorge. Direito dos grupos de sociedades. *Revista de Direito Mercantil*, n. 107, 1997.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Estrutura de governo dos grupos societários de fato na lei brasileira. *In*: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (coord.). *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2013.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades. *Revista de Direito Mercantil,* n. 134, 2004.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PRADO, Viviane Muller. *Conflito de interesses nos grupos societários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

XXXV. Consórcios de empresas

Luciana Temer

Consórcio, lato sensu, é a união de pessoas, físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, para a consecução de um objetivo comum. Stricto sensu, podemos falar de consórcios públicos ou privados.

Os consórcios públicos, surgiram com a edição da emenda constitucional 19/98, que alterou o artigo 241 e autorizou os entes federados – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – a celebrarem consórcios para gestão associada de serviços públicos bem como para transferência total ou parcial de encargos, serviço, pessoal e bens essenciais para continuidade dos serviços transferidos. Os consórcios públicos são regidos pelas regras do Direito Administrativo e mais especificamente pela Lei Federal n. 11.107 de 2005. A existência do consórcio público depende da criação, por lei, de uma nova pessoa jurídica.

Já o consórcio privado pode ter duas naturezas distintas. O primeiro deles 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 finalidade de propiciar a seus integrantes, de forma isonômica, a aquisição de bens ou serviços, por meio de autofinanciamento. Esta é a definição dada pela Lei 11.795/08, que o regulamenta.

Outro, que é o que nos interessa, é o consórcio de empresas, que se configura na associação temporária de empresas, organizações ou indivíduos para execução de uma atividade ou para atingir um objetivo comum. A soma de esforços pode vir por meio de compartilhamento de conhecimento técnico ou mesmo de recursos.

No caso do consórcio de empresas, regulamentado pela Lei 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas, não há a criação de uma nova pessoa jurídica. Ele nasce de um contrato celebrado entre as partes, para realização de um objetivo comum. Por isso é chamado Consórcio Contratual. É um "juntar forças", por meio da qual cada um, mantendo sua personalidade jurídica, se fortalece para assumir atividades ou encargos que isolada-

mente não teriam capacidade técnica ou financeira. Ou seja, empresas se organizam de uma maneira nova, que permita a integração entre elas, sem a perda das identidades próprias.

Nesta modalidade de associação, os participantes podem realizar obras, participar de licitações, assumir concessões públicas, realizar serviços, etc.

De acordo com o artigo 279 da Lei nº 6.404/76, o consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo permanente do qual constarão:

> I – a designação do consórcio, se houver;
>
> II – o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;
>
> III – a duração, endereço e foro;
>
> IV – a definição das obrigações e responsabilidades de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;
>
> V – normas sobre o recebimento de receitas e partilha de resultados;
>
> VI – normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;
>
> VII – forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;
>
> VIII – contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Assim como o registro de constituição, qualquer alteração e sua extinção devem ser arquivados na Junta Comercial.

Apesar de não ter personalidade jurídica, com a inscrição obrigatória no CNPJ, o consórcio passa a ter legitimidade ativa e passiva para representar seus integrantes, podendo firmar contrato e ingressar em juízo.

A responsabilidade dos consorciados é definida nas condições do contrato e cada um só responde na medida do que foi pré-ajustado. Portanto, não há que se falar em responsabilidade solidária dos consorciados.

Os tributos referentes às transações do consórcio são pagas pelas empresas individualmente, de acordo com sua participação nas atividades. O consórcio em si não recolhe tributos. Da mesma forma, não apresen-

ta declaração imposto de renda, devendo essa ser apresentada individualmente pelas consorciadas.

Apesar da Lei 6.404/76 permitir a formação de consórcio entre empresas ou sociedade sob o mesmo controle, a Lei 8884/94 veda a constituição de consórcio que implique dominação de mercado, eliminação da concorrência ou monopólio. Portanto, o limitador para a formação do agrupamento de empresas está na possibilidade de ferimento ao princípio constitucional da livre concorrência, esculpida no artigo 170, IV da Constituição Federal.

Com a promulgação, em 2006, da Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas, surgiu a possibilidade do Consórcio Simples, formado pela associação de micro e pequenas empresas.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial:* contratos, falência e recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3

VERÇOSA, Haroldo M. D. *Direito comercial:* contratos empresariais em espécie (segundo sua função jurídico-econômica). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 5.

XXXVI. Empresa estatal

Gilberto Bercovici

As empresas estatais no Brasil são entidades integrantes da Administração Pública Indireta, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado. Existem dois tipos de empresa estatal: a sociedade de economia mista, cujo capital é composto por inversões públicas e privadas (artigo 5º, III do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967) e a empresa pública, cujo capital é integralmente público (artigo 5º, II do Decreto-Lei nº 200/1967).

Apesar de sua personalidade de direito privado, a empresa estatal está submetida a regras especiais decorrentes de sua natureza de integrante da Administração Pública. Estas regras especiais decorrem de sua criação autorizada por lei, cujo texto excepciona a legislação societária, comercial e civil aplicável às empresas privadas. Na criação da empresa estatal, autorizada pela via legislativa, o Estado age como Poder Público, não como acionista. No caso das sociedades de economia mista, a sua constituição pode se dar sob a forma de sociedade anônima, devendo o controle acionário majoritário pertencer ao Estado, em qualquer de suas esferas governamentais, pois ela foi criada deliberadamente como um instrumento da ação estatal[1]. Já as empresas públicas, de capital totalmente público, podem adotar qualquer uma das formas societárias admitidas no ordenamento jurídico brasileiro.

As sociedades de economia mista, inclusive, passaram a atuar nas bolsas de valores, incentivadas pelo governo, especialmente após 1976, com a promulgação da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que refor-

[1] Vide, por todos, VENÂNCIO Filho, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil.* Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1968, p. 415-437; SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico.* 3. ed. São Paulo: LTr, 1994, p. 273-276; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 175-178, 189; GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica).* 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 111-119 e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 394, 414-415, 420-421.

ma a legislação sobre mercado de capitais e cria a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), e da Lei nº 6.404, de 17 de dezembro de 1976, a nova lei das sociedades anônimas. Não por acaso, seus papéis respondem ainda pela maior parte das operações realizadas na bolsa, refletindo a ideia de uma gestão "empresarial" que busca maximizar o lucro na empresa estatal.

Sob a Constituição de 1988, toda empresa estatal está submetida às regras gerais da Administração Pública (artigo 37 da Constituição), ao controle do Congresso Nacional (artigo 49, X, no caso das empresas estatais pertencentes à União). Além disto, o orçamento de investimentos das estatais federais deve estar previsto no orçamento-geral da União (artigo 165, §5º da Constituição de 1988). As empresas estatais estão, também, subordinadas ao controle externo do Tribunal de Contas (artigo 71, II, III e IV). No entanto, a jurisdição do Tribunal de Contas limita-se a "julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta" (artigo 71, II da Constituição). Portanto, não atinge a atividade empresarial ou comercial propriamente dita das empresas estatais, sob pena de uma interferência indevida e excessiva do Tribunal de Contas na própria atividade econômica destas empresas.

A sociedade de economia mista, criada por lei, não se confunde, com sociedades com participação acionária do Poder Público, mesmo que sob seu controle acionário. O ingresso do Estado como acionista em uma sociedade originariamente privada não produz nenhuma alteração de natureza jurídica no estatuto da sociedade constituída por agentes econômicos privados com intuito de obtenção de lucro. A simples participação de entes públicos, ou por eles controlados, como acionistas não é suficiente para modificar a estrutura de uma sociedade. O Estado ou ente estatal que se torna sócio de uma pessoa jurídica de direito privado em funcionamento submete-se aos seus estatutos sociais. Nesta hipótese, geralmente de participação minoritária do Estado, o interesse público se realiza pelo próprio fato da participação acionária estatal (pelos mais variados motivos, como ter que financiar empresas ou setores carentes de investimentos, por exemplo), sem que seja necessária qualquer mudança na estrutura societária. A sociedade comum não se torna uma sociedade de economia mista pelo surgimento, transitório ou permanente, do Estado, ou ente estatal, como seu acionista. Mesmo se este adquirir a

maior parte das suas ações ou o poder de controle, a empresa não é transformada em sociedade de economia mista. Trata-se de simples inversão de capitais públicos em uma empresa privada. A sua natureza jurídica de direito privado permanece a mesma, apesar do acionista estatal, inclusive não sendo vinculada às limitações que os entes da Administração Pública Indireta, mesmo dotados de personalidade jurídica de direito privado (como as sociedades de economia mista e as empresas públicas), estão, como a necessidade de contratação de funcionários por concurso público ou submissão aos procedimentos estipulados na Lei de Licitações (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

Não se aplica o regime jurídico das sociedades de economia mista a todas as sociedades em que o Estado tenha participação acionária. Uma empresa subsidiária constituída mediante a devida autorização legal tem a mesma natureza jurídica do ente estatal que a controla. Já as subsidiárias e empresas criadas por uma sociedade de economia mista ou que possuam participação acionária desta, sem a devida autorização legal não podem ser consideradas como sociedades de economia mista. Não é aplicável o regime de direito administrativo, ainda que parcialmente, às sociedades que, embora controladas por sociedades de economia mista, não foram criadas como sociedade de economia mista por lei, não podendo, assim, ser classificadas como "sociedades de economia mista de segundo grau". Em qualquer destes casos, o que há são sociedades comerciais comuns, sem nenhum vínculo com a Administração Indireta do Estado.

O artigo 235, §2º da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), inclusive, exclui expressamente da qualificação de sociedade de economia mista as empresas que não foram criadas por lei, embora tenham participação acionária estatal direta ou indireta. Mesmo que controlada pelo Estado ou por um ente estatal, como uma sociedade de economia mista, se não foi criada por lei, a sociedade em questão é regida exclusivamente pelo direito privado, não é um instrumento de atuação do Estado. O fato de ser controlada por um ente estatal não a torna uma sociedade de economia mista.

O artigo 37, XIX da Constituição de 1988 prevê expressamente a necessidade de lei específica para autorizar a criação de uma empresa estatal. Em reforço a isto, o artigo 37, XX da Constituição de 1988 determina que a criação de subsidiárias das entidades administrativas mencionadas no inciso XIX do mesmo artigo (autarquias, empresas públicas, socie-

dades de economia mista e fundações), bem como sua participação em empresa privada depende de autorização legislativa. A dúvida que pode existir diz respeito à expressão "em cada caso" para a autorização legislativa para a criação de subsidiárias ou participação em empresa privada dos entes estatais mencionados no artigo 37, XIX da Constituição. Neste inciso XX do artigo 37, ao contrário do inciso XIX, não há qualquer referência à "lei específica", como no caso da criação de empresas estatais, mas ao caso de cada empresa ou ente público. Não há a necessidade de indicação expressa de qual empresa específica receberá investimento público. A expressão "cada caso" indica a área ou a atividade a ser contemplada. Entendo, assim, que esta expressão "em cada caso" deve ser compreendida como "no caso de cada ente" que se proponha a criar subsidiárias ou a participar de outras sociedades. As empresas estatais que possuírem autorização legislativa, seja pela sua lei de criação ou seja por alguma lei posterior, podem atuar neste sentido. Se este inciso fosse compreendido de outra maneira, a existência de inúmeras entidades estatais que atuam em operações de participação, como o próprio BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) seria inviável.

Da mesma forma que a empresa estatal deve ter sua criação autorizada por lei (artigo 37, XIX da Constituição), ela só pode ser extinta por lei ou na forma da lei. Esta necessidade de autorização legislativa para a extinção das empresas estatais em geral sempre foi defendida pela doutrina administrativista brasileira[2], estando hoje consagrada no artigo 61, §1º, II, 'e' da Constituição de 1988, com a redação alterada pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001.

Sob a Constituição de 1988, as empresas estatais estão subordinadas às finalidades do Estado, como o desenvolvimento (artigo 3º, II da Constituição). Neste sentido, é correta a afirmação de Paulo Otero, para quem o interesse público é o fundamento, o limite e o critério da iniciativa econômica pública[3]. A legitimação constitucional, no caso brasileiro,

[2] Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo cit.* p. 190 e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo cit.* p. 414-416.

[3] OTERO, Paulo. *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado.* Coimbra: Coimbra Ed., 1998, p. 122-131, 199-217. Vide também PÜTTNER, Günter. *Die öffentlichen Unternehmen: Verfassungsfragen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand.* Bad Homburg/Berlin/Zürich: Verlag Gehlen, 1969, p. 87-98; COLSON, Jean-Philippe. *Droit Public Économique.* 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2001, p. 99-111; BANDEIRA DE MELLO, Celso

desta iniciativa econômica pública se dá pelo cumprimento dos requisitos constitucionais e legais fixados para a sua atuação. Como ressalta Washington Peluso Albino de Souza, a criação de uma empresa estatal, como uma sociedade de economia mista ou uma empresa pública, já é um ato de política econômica[4]. Os objetivos das empresas estatais estão fixados por lei, não podendo furtar-se a estes objetivos. Devem cumpri-los, sob pena de desvio de finalidade. Para isto foram criadas e são mantidas pelo Poder Público.

A sociedade de economia mista é um instrumento de atuação do Estado, devendo estar acima, portanto, dos interesses privados. A Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976), se aplica às sociedades de economia mista, desde que seja preservado o interesse público que justifica sua criação e atuação (artigo 235). O seu artigo 238 também determina que a finalidade da sociedade de economia mista é atender ao interesse público, que motivou sua criação. A sociedade de economia mista está vinculada aos fins da lei que autoriza a sua instituição, que determina o seu objeto social e destina uma parcela do patrimônio público para aquele fim. Não pode, portanto, a sociedade de economia mista, por sua própria vontade, utilizar o patrimônio público para atender finalidade diversa da prevista em lei, conforme expressa o artigo 237 da Lei das Sociedades Anônimas[5].

O objetivo essencial das empresas estatais não é a obtenção de lucro, mas a implementação de políticas públicas. Segundo Fábio Konder Comparato, a legitimidade da ação do Estado como empresário (a iniciativa econômica pública do artigo 173 da Constituição de 1988) é a produção de bens e serviços que não podem ser obtidos de forma eficiente e justa no regime da exploração econômica privada. Não há nenhum sentido em o Estado procurar receitas por meio da exploração direta da

---

Antônio. *Curso de Direito Administrativo cit.* p. 178-183 e OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais.* São Paulo: RT, 2019, p. 57-74.

[4] SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico cit.* p. 278.

[5] A Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, teve como objeto central a introdução de regras de governança corporativa às empresas estatais, inclusive às empresas públicas, o que não faz nenhum sentido, além de tratar especificamente de procedimentos licitatórios para as empresas estatais. Sobre os problemas das regras de governança corporativa aplicadas ao regime jurídico das empresas estatais, vide WARDE Júnior, Walfrido Jorge. Legislador Frankenstein! Não É Possível Transplantar Governança das Empresas Privadas às Empresas Estatais. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). *Estatuto Jurídico das Estatais: Análise da Lei nº 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 67-105.

atividade econômica[6]. A esfera de atuação das empresas estatais é a dos objetivos da política econômica, de estruturação de finalidades maiores, cuja instituição e funcionamento ultrapassam a racionalidade de um único ator individual (como a própria sociedade ou seus acionistas). A empresa estatal não tem apenas finalidades microeconômicas, ou seja, estritamente "empresariais", mas tem essencialmente objetivos macroeconômicos a atingir, como instrumento da atuação econômica do Estado[7].

Estes dispositivos constitucionais são formas distintas de vinculação e conformação jurídica, constitucionalmente definidas, que vão além do disposto no artigo 173, §1º, II, que iguala o regime jurídico das empresas estatais prestadoras de atividade econômica em sentido estrito ao mesmo das empresas privadas em seus aspectos civil, comercial, trabalhista e tributário[8]. A natureza jurídica de direito privado é um expediente técnico que não derroga o direito administrativo, sob pena de inviabilizar a empresa estatal como instrumento de atuação do Estado[9].

A Constituição brasileira, assim como várias outras constituições contemporâneas, não exclui nenhuma forma de intervenção estatal, nem veda ao Estado atuar em nenhum domínio da atividade econômica. A amplitude maior ou menor desta atuação econômica do Estado é consequência das decisões políticas democraticamente legitimadas, não de alguma determinação constitucional expressa. A iniciativa econômica pública, obviamente, tem suas especificidades, pois é determinada positivamente pela Constituição ou pela lei (assim como a liberdade de iniciativa privada também é limitada pela lei) e deve se dar de acordo com o interesse público, ou, mais especificamente, com os imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo (artigo 173 da Constituição). O

---

[6] Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 2. ed. São Paulo: RT, 1977, p. 289, 390-391 e GRAU, Eros Roberto. Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas, Fundações e Autarquias Prestadoras de Serviço Público: O Tema do Lucro. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 6, 1994, p. 273-276.

[7] Vide, por todos, OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais cit.* p. 62-77, 89-96.

[8] Sobre a influência da atividade prestada (serviço público ou atividade econômica em sentido estrito) no regime jurídico das empresas estatais, vide BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo cit.* p. 183-184; GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.* p. 140-146 e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo cit.* p. 412-414.

[9] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo cit.* p. 178-188; GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.* p. 111-123, 278-281 e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo cit.* p. 416-418, 421-428.

Estado brasileiro é regido por uma constituição cujos preceitos reclamam, de uma forma ou de outra, a atuação estatal no domínio econômico. As empresas estatais, são os instrumentos fundamentais dessa atuação.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COLSON, Jean-Philippe. *Droit Public Économique*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 2. ed. São Paulo: RT, 1977.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica).* 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

GRAU, Eros Roberto. Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas, Fundações e Autarquias Prestadoras de Serviço Público: O Tema do Lucro. *Revista Trimestral de Direito* Público, São Paulo, n. 6, 1994, p. 273

OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais.* São Paulo: RT, 2019.

OTERO, Paulo. *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado.* Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

PÜTTNER, Günter. *Die öffentlichen Unternehmen: Verfassungsfragen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand.* Bad Homburg/Berlin/Zürich: Verlag Gehlen, 1969.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras Linhas de Direito Econômico. 3. ed. São Paulo: LTr, 1994.

VENÂNCIO Filho, Alberto. A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1968.

WARDE Júnior, Walfrido Jorge. Legislador Frankenstein! Não É Possível Transplantar Governança das Empresas Privadas às Empresas Estatais. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). *Estatuto Jurídico das Estatais:* Análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

XXXVII. Empresas públicas

André Guilherme Lemos Jorge

1 O Estado Empresário

As revoluções liberais iniciadas no século XVIII e desenvolvidas ao longo do século XIX tinham como premissa inicial, para assegurar a liberdade dos indivíduos, que o Estado deveria agir na ordem econômica de maneira neutra, buscando assegurar a liberdade dos contratos e de associação entre os indivíduos, dispensando, tanto quanto possível, sua a presença na economia.

Com o surgimento do Estado social no curso do século XX, desponta a compreensão de que os direitos individuais só poderiam ser plenamente garantidos em função de sua harmonia com os interesses coletivos. A solidariedade social se torna, assim, um dos desafios do Estado.

A partir do desenvolvimento do Estado de bem-estar social (welfare state), o Estado passa a ser concebido não apenas como garantidor das liberdades individuais, mas também como provedor de um conjunto de direitos sociais, materializados em prestações positivas, sobretudo por meio da prestação de serviços públicos e de sua interferência na ordem econômica.

Essa interferência não se limita apenas à regulamentação da atividade econômica ou à prestação de alguns serviços de interesse da coletividade. Consiste também na própria ação empresarial do Estado no setor privado, atuando na prestação de serviços e também na produção de bens de consumo, em atividades comerciais e industriais que outrora se limitavam à iniciativa privada.

O exercício pelo Estado dessas atividades de natureza tipicamente comercial e industrial ocorre, sobretudo, por meio da constituição de empresas públicas – no caso do Brasil, também com a instituição de sociedades de economia mista. É por meio destas que o Estado passa a praticar atos e a exercer atividades ao lado e em concorrência com a iniciativa privada, atuando para o desenvolvimento da atividade econômica com as empresas que constitui.

As empresas estatais são concebidas como instrumentos econômicos dos Estados capitalistas. Em suas formas mais ativistas, esse modelo de Estado é vislumbrado como propulsor da economia, recebendo diversas denominações, a exemplo de Developmental State ou Estado empreendedor. Manifestação clara desse tipo de Estado na economia contemporânea é a pujante participação de empresas estatais em diversos setores da economia mundial, que cumprem papel estratégico para os respectivos estados nacionais.

Segundo dados disponibilizados pela revista Forbes, em 2018, das dez maiores empresas do mundo seis eram estatais, pertencentes à China, Estados Unidos e Japão, representando mais de 60% dos ativos das maiores empresas mundiais. Esses conglomerados empresariais pertencentes ao Estado superam gigantes da indústria de tecnologia de informação, a exemplo da Apple, Facebook, Amazon e Microsoft.

2 Conceito e Características das Empresas Públicas no Brasil

A Constituição Federal de 1988 estabelece que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado somente pode ocorrer quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo, ou seja, o norte constitucional é que a iniciativa privada tem a primazia na exploração da atividade econômica. A atuação do Estado nessa seara tem natureza subsidiária.

A Constituição de 1988 situou as empresas públicas como instrumentos de apoio ao desenvolvimento nacional, em face dos imperativos da segurança nacional e do relevante interesse coletivo.

As empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado, criadas por meio de autorização legal, com a totalidade do seu capital de natureza pública, integrantes da Administração Indireta do Estado, constituídas mediante qualquer forma jurídica adequada à sua natureza, tendo por finalidade a exploração de atividade econômica ou a prestação de serviços públicos.

Seu conceito legal está previsto na Lei 13.303/2016, que regulamenta, com quase 20 anos de atraso, o art. 173, § 1º da Constituição Federal, ao disciplinar o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de eco-

nomia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Segundo o art. 3º desse normativo:

> Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

São exemplos de empresas públicas brasileiras: o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES); a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT); a Caixa Econômica Federal (CEF); Empresa Brasil de Comunicação (EBC); a Empresa Brasileira de Pesquisas Agropecuárias (Embrapa), dentre outras.

As empresas públicas, em que pesem as diversas semelhanças com as sociedades de economia mista, em especial o fato de irmanarem-se nos objetivos colimados pelo Estado, diferenciam-se destas em razão da natureza do capital social – que no caso das sociedades de economia mista pode ser distribuído entre Governo e particulares, desde que mantido o controle acionário do ente político instituidor; e também em função da forma de constituição, que somente pode se dar sob a forma de sociedade anônima.

As características fundamentais das empresas públicas são:

(i) **Criação autorizada por lei específica:** ao contrário das autarquias, que são criadas diretamente pela lei, no caso das empresas públicas, é necessária a edição de uma lei autorizativa, seguida da expedição de um decreto regulamentador e ainda do registro dos atos constitutivos no órgão civil competente (Cartório ou na Junta Comercial), o mesmo devendo ocorrer em relação ao procedimento para sua extinção. Outrossim, ocorre a vinculação aos fins definidos na norma autorizada, traço comum a todas as entidades da Administração Indireta, que ficam sujeitas ao princípio da especialização e da legalidade.

(ii) **Capital exclusivamente público:** diferentemente das sociedades de economia mista, as empresas públicas têm o capital integralmente público. A Lei nº 13.303/2016 admite a participação no capital da empresa pública de pessoas jurídicas de direito público interno, bem como entidades da adminis-

tração indireta de todos os entes da federação, desde que a maioria do capital votante permaneça em poder do ente político instituidor.

(iii) **Forma organizacional livre:** em que pese a expressão "qualquer das formas admitidas em direito" prevista no Decreto nº 200/67 não ter se repetido no conceito contido no art. 3º da Lei nº 13.303/2016, admite-se que a constituição das empresas públicas ocorra por meio de sociedade civil ou de sociedade comercial.

(iv) **Sujeição ao regime jurídico privado com derrogações do regime público:** se de um lado as empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado, por outro são entidades que estão sob o controle do Estado. O regime jurídico a que estão sujeitos, na realidade, tem natureza híbrida, uma vez que sofrem o influxo de normas de direito privado em alguns setores de sua atuação e de normas de direito público em outros desses setores. Quando a empresa pública atua explorando atividade econômica, predominam normas de direito privado. Essa, inclusive, é a regra geral, por força do art. 173, § 1º, inciso II da CF, o qual prescreve a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias; reforçado ainda pelo § 2º desse mesmo artigo, que determina que as empresas públicas não poderão usufruir de privilégios fiscais que não sejam extensivos ao setor privado.

Sobre esse último ponto a doutrina não é unânime: parte dos principais autores administrativistas sustentam que, por se tratarem de entidades paraestatais, esse nivelamento de regime tributário com a área privada somente é aplicável quando se tratar de empresa pública exploradora de atividade econômica, sendo cabível a concessão de privilégios em favor daquelas prestadoras de serviços públicos.

(v) **Foro competente:** nos termos do art. 109, inciso I da Constituição Federal a competência para julgamento de demandas que envolvam as empresas públicas federais é da Justiça Federal. Já as sociedades de economia mista, tendo em vista o dispositivo em referência não ter sido feita men-

ção a elas, têm suas ações processadas e julgadas no âmbito da Justiça Estadual. Nesse sentido, inclusive, é a Súmula 556 do STF, segundo a qual "é competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista".

(vi) **Patrimônio:** A doutrina discute sobre a natureza do regime de bens das empresas públicas, sobretudo no caso daquelas que exploram atividade econômica. De todo modo, em especial quando se tratar de prestadoras de serviço público, prevalece o entendimento de que seus bens têm natureza de bens públicos de uso especial, desde que afetados diretamente à finalidade precípua da empresa pública. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, por exemplo, que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) tem o privilégio da impenhorabilidade dos bens, rendas e serviços.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios públicos*: Manual de direito administrativo. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FORBES. *The World's Largest Public Companies*. Ranking 2018. Jersey City, 2018. Disponível em: http://www.forbes.com/global2000/list/#header:assetssortreverse:true. Acesso em: 30 set. 2019.

JUSTEIN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OCATAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

XXXVIII. Sociedade de economia mista

José Fernando Vidal de Souza

Pode o Estado obter lucro? De certa forma essa pergunta remete ao papel do Estado, figura surgida no século XIII, a partir de um conceito de país livre e soberano, organizado politicamente, com instituições próprias, que administram e gerenciam a nação. A regra é que o Estado se dedique a prestar serviços em prol da sociedade e que esses sejam pautados pelos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme art. 37 da CF/88[1], a fim de se garantir o bem-estar público e a defesa da coisa pública (res publica). Por outras palavras, na atualidade, o papel relevante do Estado é o processo regulador, fiscalizador, orientador social e executor de políticas públicas, para a garantia de um processo de desenvolvimento equilibrado e socialmente justo.

Os posicionamentos sobre o papel do Estado, no entanto, variam segundo concepções estatizantes e privatizantes, que podem gerar soluções sua presença intensa ou de mínima presença na economia. Assim, posturas liberais entendem que a iniciativa privada deve imperar na economia, pois os mercados possuem a capacidade de regular qualquer coisa. De outro lado, posturas estatizantes, sustentam que intervenção estatal na economia é fundamental, pois o mercado apresenta falhas em sua atuação e, assim, para se evitar abusos, o surgimento de cartéis, a concentração de mercado, etc.

O certo, porém, é que tanto as posturas estatizantes como as privatizantes apresentam falhas em sua atuação. O Estado, como pessoa jurídica de direito público, possui bens móveis, imóveis e de produção, que são bens de domínio nacional (art. 98 do C.C.[2]) pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno e se dividem em tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; de uso especial, tais como edifícios ou terrenos

[1] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 02.ago. 2019.

[2] BRASIL. *Código Civil.* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 15.ago. 2019.

destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias e os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades (art. 99 do C.C.)

A atividade privada do Estado é um fenômeno moderno, decorrente do Welfare State, surgido na Alemanha de Otto Von Bismarck, a partir de 1880, com o aparecimento da figura do Estado de bem-estar social ou Estado-Providência, que implica na intervenção na ordem econômico-social, na condição de agente da promoção social e organizador da economia, como alternativa aos modelos liberais econômicos e ao socialismo que emergiam na ocasião. Com isso, passou-se a se estabelecer que o serviço público é a principal atividade prestacional do Estado, que tem o dever de garantir a oferta de certas materialidades em favor da coletividade. Porém, deve fazê-lo de forma direta ou por meio da gestão privada?

Com efeito, existem serviços que são prestados diretamente pelo Estado, como ocorre com a emissão de moeda e o serviço postal (art. 21, VII e X da CF/88). Outros serviços, como saúde e a educação (arts. 197 e 206, III da CF/88) prevalece a uma convivência entre os serviços estatais e a iniciativa privada. Alguns devem ser explorados por particulares, como acontece com o serviço notarial (art. 226 da CF/88). Já uma grande generalidade de outras atividades, em especial aquelas elencadas nos art. 21, XI e XII da CF/88 podem ser exploradas diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão aos particulares, mas sempre com a observância contratual e de sua prorrogação, das condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão, da observância dos direitos dos usuários, da política tarifária, além da obrigação de manter serviço adequado, como dita o art. 175 da CF/88.

Assim, tem-se que os serviços públicos podem dentre as várias classificações doutrinárias existentes, podem ser originário, serviço público propriamente dito, considerado essencial e que somente determinado ente pode prestar, sendo indelegável e derivado, aquele que pode ser delegado, de utilidade pública, mas não essencial. Dito isso, parte-se para a análise da Administração do Estado, que entre nós é regida pelo Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967[3], que destaca, em seu

[3] BRASIL. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em 15.ago.2019.

art. 4º, que Administração Federal compreende a Administração Direta, "que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios" e a Administração Indireta, que compreende "categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria", a saber: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

Na atualidade, porém, a Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016[4] passou a dispor sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios estabelecendo que Empresa Pública é "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios" (art. 3º), ao passo que a Sociedade de economia mista "é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta" (art. 4º). No Brasil, são exemplos de sociedades de economia mista a Petrobras, o Banco do Brasil, o Banco do Nordeste e a Eletrobrás. A Caixa Econômica e os Correios, muitas vezes, são apontadas erroneamente como empresas de capital misto, mas são empresas públicas, pois seus capitais são integralmente controlados pelo Estado.

Chega-se, pois, à resposta da pergunta inicial. De fato, somente por exceção, pode o Estado buscar o lucro, pois como prevê o artigo 173 da CF/88 "a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei". A atividade econômica se opera em tais situações por meio das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Mas isso somente de maneira, excepcional, pois esse não é o papel primordial do Estado. De fato, como ressalta Modesto Carvalhosa[5], "o conflito na sociedade de economia mista não existe entre os interesses do Estado e aqueles dos acionistas

[4] BRASIL. *Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016.* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em 20.ago.2019

[5] CARVALHOSA, M. *Comentário à lei de sociedades anônimas: Lei n° 6.404 de 15 de dezembro de 1976.* São Paulo: Saraiva, 1998. p. 391

minoritários privados", eis que o "acionista privado, ao subscrever ou investir em ações emitidas por sociedades de economia mista, tem pleno conhecimento dos fins para os quais ela foi criada, ou seja, a prestação de serviços públicos de interesse público primário". Desta forma, não há "fundamento jurídico para que o acionista privado questionar a colocação do lucro como fim precípuo da mesma". Nesse sentido, inclusive, é a ênfase da jurisprudência ao destacar que as sociedades de economia mista são amplamente reguladas pelo direito privado e, por esta razão, os seus acionistas particulares devem ter pleno conhecimento do seu objetivo, estatuto jurídico, da atividade econômica explorada, da forma de obtenção e divisão de lucros e da impossibilidade de privilégios, para se prevenir desequilíbrios da concorrência fiscal na atividade econômica do país, tal como se constata nos seguintes julgados: (STF, Recurso Extraordinário 577.494 PR. Min. Edson Fachin. J. 13/12/2018); (STJ, Recurso Especial nº 1.782.927 – CE (2018/0315296-9). Rel. Min. Mauro Campbell Marques, J. 12 de fevereiro de 2019. DJe: 15/02/2019); (STJ, Recurso Especial nº 1.717.961 – GO (2018/0002847-0), Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe: 21/02/2018); (STJ, Agravo em Recurso Especial nº 683.045 – PR (2015/0063600-2) Rel. Min. Mauro Campbell Marques. J, 05 de novembro de 2015. DJe: 09/11/2015).

Dito isso é bom lembrar que não há consenso sobre a origem das sociedades de economia mista. Segundo Amador Paes[6], "as origens da sociedade de economia mista remontam às Companhias Colonizadoras, que extraordinária repercussão alcançaram na Europa, sobretudo, com a Companhia das Índias Orientais, criada na Holanda em 1602, constituída, como as que se lhe seguiram, de capital público e particular". Acrescenta, ainda, que "na Inglaterra, e principalmente na Holanda, nasceram as grandes companhias coloniais, às quais o Estado absolutista, dando-lhes vida, conferia favores, privilégios, monopólios e extensíssimas atribuições administrativas, já então absorvidas na órbita política do Estado nacional. Delas participava, direta ou indiretamente, o Estado, que assim também corria os riscos do empreendimento. Contudo, Cretella Júnior[7] explica que o embrião das sociedades de eco-

[6] ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das Sociedades Comerciais.* São Paulo: Saraiva, 1978, p. 341.

[7] CRETELLA JÚNIOR, José. Sociedades de economia mista no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 80, p. 33-43, jul. 1965. ISSN 2238-5177. Disponível em:

nomia mista ocorre na Alemanha, "remontando seu nascimento às sociedades públicas ('Offentliche-Handlungs-Compagnien'), criadas no início da idade moderna (Companhia das Índias Orientais, Companhia das Índias Ocidentais), sociedades de que participavam, em estreita aliança, Estado e particulares com objetivo de colonização".

A partir da definição de sociedade de economia mista tem-se que ela busca o desempenho de atividade econômica, de natureza comercial ou industrial e não de um serviço público. Desta forma, ela se insere na vida econômica do país, se sujeitando a estatuto jurídico próprio, atualmente ditado pela Lei nº. 13.303/2016, devendo ainda obedecer aos seguintes requisitos constitucionais, previstos no art. 173 §1º da CF/88: I) atender sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II) sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III) licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV) a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; e V) mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Destaca-se, ainda, que na empresa pública, o Estado detém todas as ações, ao passo que na sociedade de economia mista a maioria das ações pertence ao Estado e outra parte pertence aos particulares, de tal forma que o poder público e os particulares dela participam como acionistas e como administradores. Vê-se, pois, que a sociedade de economia mista possui natureza complexa, pois é pessoa jurídica de direito privado inserida no âmbito do direito público e se apresenta como uma espécie de empresa pública que serve de instrumento à administração indireta do Estado, que não está acima ou abaixo dos seus sócios, mas se submete ao princípio da legalidade, segundo as regras de sociedade mercantil. Entretanto, pode-se cogitar que, internamente, essa modalidade de sociedade possa implicar em conflitos, eis que o particular se norteia por interesse pessoal e busca sempre lucros mais elevados, ao passo que Estado almeja resguardar o interesse comum dos consumidores ou dos utentes.

Enfim, em tais condições o Estado não possui vantagens especiais nesse modelo de sociedade, pois a empresa permanece sociedade anônima,

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/27230/26094>. Acesso em: 27 Ago. 2019. doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v80.1965.27230.

pessoa jurídica de direito privado, submetida à legislação vigente. Mas a sociedade de economia mista gerir serviços públicos? A sociedade de economia mista, consoante explicado geralmente não é criada para esse, muito embora inexistam impedimentos legais. De fato, a sociedade de economia mista não é criada para a gestão de serviços públicos, mas, em situações excepcionais isso será possível, como se depreende do art. 1º da Lei nº 13.303/2016 ao estabelecer que o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias é aplicável para efeito da exploração de "atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União, ou seja, de prestação de serviços públicos".

Portanto, as sociedades de economia mista não nascem de mera deliberação e acordo de vontades entre particulares e agentes do poder público, pois além de depender de lei, sua constituição, se sujeita aos "deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976[8], e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação", consoante destaca o ar4 § 1º da Lei nº. 13.303/2016. Além disso, as sociedades de economia mista podem ser abertas ou fechadas. Considera-se fechada que obtém recursos entre os próprios acionistas ou terceiros subscritores, ao passo que aberta aquela que busca poupança pública. Porém, ambas se submetem às normas da Comissão de Valores Mobiliários, as abertas nos moldes do art. 235 § 1º da Lei n. 6.404/1976 e as fechadas, nos moldes do art. 7º da Lei nº. 13.303/2016.

Tem-se, pois, que em se tratando de sociedade de economia mista há o predomínio do interesse público, no qual o particular e o Estado constituem um fundo social, que uma vez integralizado comporá o patrimônio da sociedade. Assim, os sócios possuem tão só um direito de crédito sobre a sociedade constituída, sob os ditames das Sociedades por Ações. Por isso é preciso ter claro a responsabilidade de cada qual no âmbito desse tipo de sociedade. Assim é que o art. 6º da lei 13.303/2016 determinada que o estatuto da sociedade de economia mista deve observar "regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, ha-

[8] BRASIL. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm. Acesso em: 22.ago. 2019.

vendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei". Com efeito, os requisitos de transparência estão previstos no art. 8º da lei mencionada; a disciplina das estruturas, práticas de riscos e de controle interno, por sua vez, são dispostos pelos art. 9º a 12 do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista.

Tanto a empresa pública, como a sociedade de economia mista devem dispor, nos moldes do art. 13 da Lei nº 13013/2016 sobre as diretrizes e restrições a serem consideradas na elaboração do estatuto da companhia, em especial sobre a constituição e funcionamento do Conselho de Administração, observados o número mínimo de 7 (sete) e o número máximo de 11 (onze) membros; requisitos específicos para o exercício do cargo de diretor, observado o número mínimo de 3 (três) diretores; avaliação de desempenho, individual e coletiva, de periodicidade anual, dos administradores e dos membros de comitês, observados os seguintes quesitos mínimos de exposição dos atos de gestão praticados, quanto à licitude e à eficácia da ação administrativa, contribuição para o resultado do exercício, consecução dos objetivos estabelecidos no plano de negócios e atendimento à estratégia de longo prazo; constituição e funcionamento do Conselho Fiscal, que exercerá suas atribuições de modo permanente; constituição e funcionamento do Comitê de Auditoria Estatutário; prazo de gestão dos membros do Conselho de Administração e dos indicados para o cargo de diretor, que será unificado e não superior a 2 (dois) anos, sendo permitidas, no máximo, 3 (três) reconduções consecutivas; prazo de gestão dos membros do Conselho Fiscal não superior a 2 (dois) anos, permitidas 2 (duas) reconduções consecutivas. O acionista controlador da empresa de economia mista responde pelos de abuso de poder e se sujeita à ação de reparação de danos, nos moldes do art. 15, sendo o responsável pela sadia condução da empresa, buscando por meio de Código de Conduta e Integralidade à alta administração zelar pela divulgação que possa causar impacto na cotação dos títulos, além de conduzir as relações com o mercado, consumidores e fornecedores, além de preservar a independência do Conselho de Administração no exercício de suas funções e observar a política de indicação do conselho Fiscal (art. 14). Dita o parágrafo único do art. 16 da Lei nº. 13.303/2016 que "consideram-se administradores da empresa pública e da sociedade de economia mista os membros do Conselho de Administração e da diretoria", sendo certo que os membros do Conselho de Administração e os indicados para os

cargos de diretor devem preencher os requisitos legais previstos no art. 17 para ocuparem tais cargos e possuem as atribuições descritas no art. 18 a 21. Merece observar que o estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias pode dispor sobre a contratação de seguro de responsabilidade civil pelos administradores (art. 17 § 1º). Além disso, o Conselho de Administração deve ser composto, "no mínimo, por 25% (vinte e cinco por cento) de membros independentes ou por pelo menos 1 (um), caso haja decisão pelo exercício da faculdade do voto múltiplo pelos acionistas minoritários, nos termos do art. 141 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976", consoante explicita o art. 22. A formação da Diretoria, do Comitê de Auditoria Estatutário e do Conselho Fiscal, são tratados nos artigos 23; 24/25 e 26 da Lei nº. 13.303/2016, respectivamente.

Outrossim, é de extrema importância observar que as empresas públicas e sociedade de economia mista devem na atualidade pautarem o exercício de suas atividades pela função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação, sendo que a realização do interesse coletivo deve ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos por tais empresas, tanto pela ampliação economicamente sustentada de acesso de consumidores aos seus produtos e serviços, como pelo desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de seus produtos e serviços, sempre de maneira economicamente justificada (art. 27, caput e § 1º).

Além disso, essa modalidade de sociedade deve adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam, podendo celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, sempre com a observância das normas de licitação e contratos da Lei nº 13.303/2016 (art. 27 §§ 2º e 3º).

Por fim, deve-se apreciar se as sociedades de economia mista podem se sujeitar à falência e à recuperação judicial. Durante muito tempo era inadmissível se falar em declaração de quebra de tais sociedades, pois o art. 242 da Lei nº. 6.404/1976 vedava expressamente a decretação da

quebra de tais empresas, muito embora os seus bens fossem penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controlasse responderia, subsidiariamente, pelas suas obrigações. Nessa ocasião, contudo, Eros Grau[9] já defendia a possibilidade de aplicação da lei falimentar às empresas públicas e sociedade de economia mista apenas que exercem atividade econômica e não quando prestam serviço público.

Porém, com o advento da Lei nº. 10.303 de 31 de outubro de 2001[10] esse dispositivo foi revogado expressamente por seu art. 10, bem como se deu a nova redação ao art. 122 da Lei nº. 6.404/1976 e, a partir de então, as sociedades de economia mista deveriam seguir as regras próprias das sociedades por ação, o que equivale dizer que a assembleia geral dos acionistas poderiam autorizar os administradores a confessar falência ou concordata e, em casos de urgência, a confissão de falência ou o pedido de concordata pode ser formulado pelos administradores, com a concordância do acionista controlador, se houver, que deve convocar imediatamente a assembleia-geral, para se manifestar sobre a matéria (art. 122, inciso IX e parágrafo único).

Esse entendimento era explicado José dos Santos Carvalho Filho[11] ao revelar que "com a revogação, ficava claro que o legislador acabara por ceder a tal entendimento, passando a admitir a decretação de falência no caso de insolvência dessas entidades". Além disso, esse entendimento corroborava o seu entender, no sentido excluir "do regime falimentar as sociedades de economia mista prestadores de serviços público", seja pelo fato de que "o regime jurídico dessa categoria não se inseria no citado art. 173, § 1º, da CF, pertinente apenas às sociedades de economia mista voltadas à atividade econômica e de natureza empresarial", seja pela necessidade de fazer "prevalecer o princípio da continuidade dos serviços públicos, não sendo admissível que a sociedade se visse prejudicada pela má gestão dos responsáveis pela entidade e pela cessação da atividade em virtude da decretação da falência." Esse entendimento também

[9] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed. 1991, p. 142.

[10] BRASIL. *Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10303.htm Acesso em: 15 ago.2019.

[11] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 537.

é compartilhado por Celso Antônio Bandeira de Mello[12] e mais uma vez por Eros Grau, desta feita ao julgar ao relatar a ADI 1.642, j. 3-4-2008, p, DJE de 19-9-2008. Essa interpretação enfatiza que o art. 2º, I, da Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005[13] é inconstitucional, pois as sociedades de economia mista e empresas públicas que exercem atividades econômicas dotadas de personalidade jurídica do direito privado, sendo igualmente tratadas como qualquer outra particular, só não se podendo cogitar da aplicação da falência e da recuperação judicial na hipótese prevista no art. 173 caput da CF/88, quando a sua constituição se dá para a prestação de serviço público de interesse coletivo e de segurança nacional. Porém, em recente acórdão do Tribunal de Minas Gerais essa tese foi rechaçada pois as tais empresas possuem características essenciais (pessoa jurídica de direito privado; o capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios; dependem de lei autorizadora para a sua criação e extinção; visam interesse público; possuem regime jurídico misto), que afastam a aplicação da lei 11.101/2005, por manifesta incompatibilidade. (Apelação Cível nº 1.0000.17.062184-1/001, TJMG. Des. Alberto Vilas Boas. Primeira Câmara Cível. J. 29/05/2018. P. 05/06/2018). Posição intermediária adotou Newton de Lucca[14] ao destacar que as empresas públicas deveriam se submeter a regime de legislação especial para a recuperação ou a liquidação de seus ativos, sendo esta a intenção do legislador ao estabelecer a regra prevista no art, 2º, I da Lei nº. 11.101/2005.

Porém, com o surgimento da Lei nº. 11.101/2005 que regulamentou a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária a questão estaria pacificada, pois o art. 2 º, I desta lei

[12] MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p.210.

[13] BRASIL. *Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 19.ago.2019.

[14] LUCCA, Newton de. Teoria geral. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. (Coord.) *Comentários à nova Lei de recuperação e de falências.* São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 67.

dita que tal lei não se aplica a empresa pública e sociedade de economia mista. Esse o entendimento de muitos doutrinadores[15_16_17_18].

Essa linha de pensar parte da premissa de que as sociedades de economia mista são dotadas de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima e, sendo assim, aplica-se a regra prevista no art. 178 do Decreto-Lei nº 200/67 que "acusem a ocorrência de prejuízos, estejam inativas, desenvolvam atividades já atendidas satisfatoriamente pela iniciativa privada ou não previstas no objeto social poderão ser dissolvidas ou incorporadas a outras entidades, a critério e por ato do Poder Executivo, resguardados os direitos assegurados, aos eventuais acionistas minoritários, nas leis e atos constitutivos de cada entidade", ou seja, em hipóteses de insolvência o melhor seria a busca de formas de reorganização empresarial de tais sociedades, que gozam de um regime especial, não obstante, o que também se coaduna com o disposto no art. 173 § 1º da CF/88 que determina que a lei deve estabelecer o "estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços", com uma série de disposições e obrigações, mas sempre visando relevante interesse coletivo ou a segurança nacional.

De outro lado, Duclerc Verçosa[19] enfatiza a possibilidade de falência, mas não de recuperação judicial, das empresas públicas e sociedades de economia mista, uma vez que se deve entender que "o Estado é subsidiariamente responsável, nada impedindo que os credores requeressem sua falência quando não pagos, cabendo ao síndico efetivar judicialmente tal responsabilidade". Assim, no seu entender, se o Estado deixasse de manter a solvência dessa modalidade de empresa, "não poderiam os

[15] FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2005. p. 602.

[16] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*, volume 4. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 14.

[17] BERTOLDI, Marcelo M., RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso avançado de direito comercial. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 561.

[18] COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial, volume 3: direito de Empresa*.15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 353.

[19] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial. Volume* 3.2.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 101.

credores desta experimentar quaisquer prejuízos' e "a falência implicaria na liquidação do ente, cujo passivo seria inteiramente pago com a venda dos seus ativos e a complementação do saldo restante a cargo do Estado, subsidiariamente responsável".

Para alguns autores, ainda, não há que se cogitar em falência das sociedades de economia mista, devendo-se, pois, se buscar soluções mais realistas de reorganização empresarial, como explica Arnold Wald[20], ou como Ricardo Negrão[21], ao afirmar que o Estado possui seus meios para solucionar suas deficiências e que admitir pedido de recuperação judicial seria confissão de inabilidade do Estado de suprimir suas necessidades. Já Campinho[22] sustenta que quando as empresas estatais estiverem insolventes, cabe ao Estado dissolvê-las e arcar com os valores necessários para satisfazer os créditos.

Para finalizar o comportamento da jurisprudência ainda deixa dúvidas.

Não há, por ora, julgado afirmando que o art. 2º, I da Lei nº. 11.101/2005 seja inconstitucional, ao contrário o julgado, TJMG - Apelação Cível: 1.0000.17.062184-1/001, Relator(a): Des.(a) Armando Freire, 1ª Câmara Cível, julgamento em 29/05/0018, publicação da súmula em 05/06/2018), sustenta a constitucionalidade do dispositivo.

Porém existem julgados que afirmam que a sociedade de economia mista não está sujeita ao regramento disposto na Lei nº 11.101, de 09.02.2005, a saber: (TRF-5 – AR: 4892 AL 2004.05.00.000212-0, Relator: Desembargador Federal: Jose Maria Lucena, Data de Julgamento: 24/10/2007, Pleno, Fonte: Diário da Justiça – Data: 09/01/2008 – Página: 568 – nº: 6 – Ano: 2008); (TRF-2 – AI. RJ 2-0011107-87.2016.4.02.0000 Número antigo: 2016.00.00.011107-6 (Processo Eletrônico). Relator: Desembargador Federal: Sergio Schwaitzer, Data de Julgamento: 13/12/2016, Pleno, Fonte: Caderno Judicial TRF – Data de Publicação: quarta-feira, 14/12/2016 p. 301). (TRT-16 593200300416003 MA 00593-2003-004-16-00-3, Relator: Ilka Esdra Silva Araújo, Data de Julgamento: 20/02/2008, Data de Publicação: 14/04/2008); (STJ – REsp: 1252017 RN

[20] WALD, Arnold. As sociedades de economia mista e a nova lei das sociedades anônimas. *Revista de informação legislativa*, v. 14, n. 54, p. 99-114, abr./jun. 1977.

[21] NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresa e de falências: lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 198.

[22] CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresas: o novo regime da insolvência empresarial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 24.

2011/0101413-0, Relator: Min. Assusete Magalhães, Data de Publicação: DJ 11/09/2017).

Além disso, há julgados que impõem responsabilidade subsidiária ao ente público controlador pelos débitos tributários de sociedade de economia mista prestadora de serviços: (STF – RE 102.3489-AgR, Rel. Edson Fachin, DJe 11.09.2017); (STF – RE 748.371-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 1º.08.2013); (TRF-5 – AC: 339595 RN 0014123-42.2003.4.05.8400, Relator: Desembargador Federal Edílson Nobre (Substituto), Data de Julgamento: 23/07/2009, Terceira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça – Data: 12/08/2009 – Página: 159 – Nº: 153 – Ano: 2009); (TJ-PR – REEX: 15446523 PR 1544652-3 (Acórdão), Relator: Maria Aparecida Blanco de Lima, Data de Julgamento: 09/02/2017, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1982 06/03/2017); (TJ-MG – AC: 10079052044843001 MG, Relator: Elias Camilo, Data de Julgamento: 06/03/0018, Data de Publicação: 27/03/2018).

XXXIX. Empresas controladas pelo poder público

Sérgio Antônio Ferreira Victor

Antônio Pedro Machado

Conforme lição de Odete Medauar, no Brasil, as empresas administradas e controladas pelo poder público, direta ou indiretamente, são chamadas genericamente de empresas estatais, podendo ser criadas por diversas formas jurídicas.[1] Na mesma linha de ideias, Eros Grau afirma que o termo contempla "não apenas as empresas públicas e as sociedades de economia mista, mas também as demais que – embora controladas pelo Estado e por isso estatais – com aquelas não se confundem".[2] Da mesma forma, Carlos Ari Sundfeld, Rodrigo Pagani de Souza e Henrique Motta Pinto afirmam que "o conceito de empresa estatal está vinculado à existência de 'maioria do estado' no capital votante".[3]

Ainda quanto ao controle estatal, Eros Grau diferencia a atuação do Estado-acionista do Estado-poder, afirmando que, neste último caso, o Estado não atua "em igualdade de condições com os acionistas privados da sociedade", mas "em posição privilegiada em confronto com os acionistas privados".[4]

Por outro lado, ao fixar as regras de quórum e maioria no funcionamento da assembleia geral, a legislação reconhece, implicitamente, a existência de um controle minoritário. Como regra, a Lei n. 6.404/1976, em seu art. 125,[5] determina que a reunião seja instalada, em primeira con-

[1] MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

[2] GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 102.

[3] SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. Empresas semiestatais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, v. 36, p. 75-99, out.-dez/2011, p.75.

[4] GRAU, Eros Roberto. Lucratividade e função social nas empresas sob controle do Estado. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 55, 1984, p. 38.

[5] Art. 125. Ressalvadas as exceções previstas em lei, a assembleia geral instalar-se-á, em primeira convocação, com a presença de acionistas que representem, no mínimo, 1/4 (um quarto) do

vocação, com a presença de acionistas que representem, no mínimo, um quarto do capital social votante e, em segunda convocação, com qualquer número.[6] Portanto, consoante expõem Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, teoricamente "um só acionista, detentor de uma única ação, pode constituir a assembleia".[7]

Além disso, esse controle majoritário do poder público não pode ser exercido de forma dissociada dos fins legais e constitucionais que autorizam, nos termos do art. 173 da Constituição Federal, que o Estado brasileiro desenvolva atividades econômicas.

Nesse sentido, conforme lembram Irene Nohara e Alessandro Octaviani, é ilustrativa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o poder de controle empresarial pelo poder público deve ser exercido "em conformidade com os fins para o qual foi criado", não podendo, portanto, destoar do "projeto constitucional e das metas estipuladas nos diplomas determinantes de planejamento, ou, ainda, entendendo-se como isento de prestação de contas à Administração".[8]

Há também os casos em que o Estado, em um primeiro momento, cria e controla diretamente determinada sociedade de economia mista, que, posteriormente, passa a gerir uma outra empresa, também através do domínio do capital votante. A esta empresa atribui-se o nome de sociedade subsidiária.[9]

Ponto relevante quanto às subsidiárias diz respeito à necessidade de autorização legislativa específica para sua criação. Entende-se que tal requisito só deve ser observado quando da criação da empresa original,

---

capital social com direito de voto; em segunda convocação instalar-se-á com qualquer número.

[6] Art. 15. As ações, conforme a natureza dos direitos ou vantagens que confiram a seus titulares, são ordinárias, preferenciais, ou de fruição.

§ 2º O número de ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas a restrição no exercício desse direito, não pode ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do total das ações emitidas. (Redação dada pela Lei n. 10.303, de 2001).

[7] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 65.

[8] OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. **Estatais**: estatais no mundo; histórico no Brasil; regime jurídico; licitações; governança; casos: BNDES, Caixa, Petrobras, Embrapa e Sabesp; setores estratégicos para o desenvolvimento; funções do Estado capitalista contemporâneo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p 89.

[9] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito.** 23. ed. rev. ampl. e atual. até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 539.

entendendo-se legítimo que a lei disciplinadora da entidade primária autorize, desde logo, a posterior instituição de subsidiárias.

Porém, segundo expõe Walter Douglas Stuber, as empresas subsidiárias não integram a Administração Pública, uma vez que são apenas "empresa privada, em sentido estrito, simples sociedade anônima, a despeito da participação majoritária em seu capital de ente da Administração Pública".[10]

O regime jurídico aplicável às empresas controladas pelo poder público, por sua vez, é marcado por um certo hibridismo, na linha do que afirma Márcio Iorio Aranha:

> Se os regimes jurídicos a que se submetem as empresas estatais fossem apresentados de forma pictórica, eles teriam que ser dispostos em dégradé, partindo-se das empresas com maior incidência de direito público, até as que mais se aproximam do regime de direito privado, mas que também não se submetem exclusivamente a esse regime.[11]

A legislação, embora esparsa, corrobora as assertivas doutrinárias e auxilia na definição dessas figuras jurídicas.

A criação de empresas controladas pelo poder público, bem como das suas subsidiárias, tem assento constitucional, conforme se extrai dos arts. 37, XIX e XX,[12] e 173[13] da Constituição Federal.

---

[10] STUBER, Walter Douglas. Natureza jurídica da subsidiária de sociedade de economia mista. *Revista de Direito Administrativo*, v. 150, Rio de Janeiro, out.-dez./1982, p. 18-34.

[11] ARANHA, Márcio Iorio. O objeto do Estatuto Jurídico das Estatais e os regimes jurídicos da empresa pública e da sociedade de economia mista. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). *Estatuto jurídico das estatais*: análise da Lei n. 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 43-66.

[12] Art. 37 [...]

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XX – depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;

[13] Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de

O art. 5º, inciso II, do Decreto-Lei n. 200/1967, com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 900/1969, descreve Empresa Pública como a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades da Administração Indireta. No que concerne à Sociedade de Economia Mista, o inciso III do mencionado dispositivo legal, a caracteriza como entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

Já a Lei Complementar n. 101/2000, em seu art. 2º, inciso II, prevê que empresa controlada pelo poder público é aquela sociedade empresária cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação; e no inciso III do mesmo dispositivo, define que empresa estatal dependente é aquela empresa controlada que recebe do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária.

Outro exemplo é a Lei n. 12.353/2010, que, em seu art. 1º,[14] ao dispor sobre a participação de representante dos empregados nos conselhos de administração, equipara as empresas públicas e as sociedades de economia mista às demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto.

Ainda na esfera legislativa, vale mencionar a recente Lei n. 13.303/2016, que fixa regime jurídico das estatais, previsto no art. 173, § 1º, da Constituição Federal. O art. 29, caput, XVIII, da referida lei[15], ao trazer

---

bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)[...]

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

[14] Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a participação de representante dos empregados nos conselhos de administração das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto.

[15] Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

[...]

regras específicas para dispensa da realização de licitação pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, prevê os casos de compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.

Por fim, cumpre trazer decisões dos tribunais acerca do tema, haja vista sua relevância para a compreensão dos dispositivos legais e constitucionais mencionados.

O Plenário do Tribunal de Contas da União[16] assentou, para fins do art. 2º da LC n. 101/2000, anteriormente mencionado, que empresa estatal dependente é aquela em que haja a utilização de aportes de recursos do ente federal, no caso a União, para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, desde que, neste último caso, os recursos não sejam provenientes do aumento da participação acionária da União na respectiva estatal.

Com relação ao art. 29 da Lei n. 13.303/2016, quando do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.624,[17] o Supremo Tribunal Federal conferiu-lhe interpretação conforme à Constituição Federal, nos seguintes termos: i) a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação; e ii) a exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas. Neste último caso, a venda pode ser realizada sem a necessidade de licitação, desde que siga procedimentos que resguardem os princípios a que se regem a Administração Pública, conforme art. 37 da Constituição Federal.

XVIII – na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.

[16] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 007.142/2018-8. Relator: Min. Vital do Rêgo, Plenário, Brasília, DF, 24/04/2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A937%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=6129c980-ec53-11e9-b411-ed64248e4932. Acesso em: 11 out. 2019.

[17] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5624. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 25/04/2019. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000379689&base=baseMonocraticas. Acesso em: 11 out. 2019.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica).* 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual.* São Paulo: Saraiva, 2016. (Série IDP)

OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais:* estatais no mundo; histórico no Brasil; regime jurídico; licitações; governança; casos: BNDES, Caixa, Petrobras, Embrapa e Sabesp; setores estratégicos para o desenvolvimento; funções do Estado capitalista contemporâneo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). *Estatuto jurídico das estatais:* análise da Lei n. 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

XL. A Sociedade em comandita por ações

Jarbas Andrade Machioni

1 Noção

Esse capítulo seguirá uma metodologia expositiva um pouco diferente, principalmente visando ser útil ao estudante e ao estudioso que procuram o primeiro contato com o assunto. Ele exporá o conceito básico, para leitor entender de que se fala, depois discorrerá sobre sua estrutura jurídica atual, posteriormente dará uma breve notícia histórica e, firme na tese de Tercio Sampaio Ferraz Jr. entendendo o Direito como um pensamento tecnológico apto a criar condições de decidibilidade[1], combinada com o método criado exposto por Cesare Vivante de análise empírica do fenômeno técnico, com prevalência do espírito de observação e indução[2], discorrerá, minimante, sobre possíveis utilidades práticas do modelo societário como ferramenta empresarial.

Sociedade em comandita por ações é aquela cuja capital é dividido em ações e há nela duas categorias de acionistas. Uma categoria consistente nos diretores (também chamados de gerentes ou administradores), cuja responsabilidade perante credores por dívidas da sociedade é subsidiária, ilimitada e, se houver mais de um diretor (§ 1.º do artigo 1.091 do Código Civil), será solidária entre eles. Outra categoria consiste no acionista sem tal cargo, cuja responsabilidade é, qual na sociedade anônima, limitada ao pagamento do preço de emissão da ação que adquirir. Ambos são acionistas, mas os que detém a administração agravam o seu *status socii* pela responsabilidade suplementar retro descrita, em contrapartida, possuem eles um poder muito maior do que os diretores de uma sociedade anônima comum, conferindo-lhes a lei até poder de veto em algumas matérias, como se verá.

Registre-se que o acionista administrador também é referido pela doutrina, principalmente a antiga, como "comanditário". A mais antiga, ou

[1] in" "Função Social da Dogmática Jurídica", 1980, Rio. Ed. Forense, "passim".

[2] in" Trattato di Diritto Commerciale", terceira página da primeira "Introduzione ", sob o parágrafo "Diferenza di método nella codificazione civile e commerciale". Milão. Casa Editrice Franceso Vallardi, 1929, 5.ª edição.

tradicional, doutrina também costumava referir-se ao acionista administrador como "comanditado"[3] A razão é a ligação histórica da comandita por ações com a sociedade em comandita simples. Embora hoje o modelo atual da sociedade em análise tenha sua estrutura definitivamente mais ligada ao da sociedade anônima, com registram-no o artigo 1.090 do Código Civil e o artigo 280 da Lei da Sociedades por Ações (Lei 6.404/76), essa observação retro é importante para quem pesquisar o tipo nos livros antigos e mesmo em textos novos que adotam, eventualmente, a antiga nomenclatura para um ou outro tipo de acionista, como faremos abaixo.

2 Estrutura jurídica

A sociedade em comandita por ações é regulada por dois textos legais, de um lado a Lei 6.404/76, nos artigos 280 a 284, e de outro pelos artigos 1.090 a 1.092 do Código Civil de 2002. A questão da norma efetivamente regente suscita certo debate, como se verá a mais à frente, com consequências para sua interpretação importantes.

A sociedade em comandita por ações é vista, ao longo da sua história, como um modelo de certa forma híbrido, pois embora seja uma sociedade de capitais, tem componentes de uma sociedade de pessoas na figura dos sócios diretores e seus poderes.

Essa sociedade será constituída por uma assembleia de acionistas, fundadores, cuja deliberação de constitui-la será lavrada em ata, ocasião em que deverá estar inteiramente subscrito o capital aprovado pelos acionistas, conforme registrado em boletim de subscrição, contendo os dados dos subscritores, a quantidade de ações e modo de integralização, apontando também se o capital está inteiramente integralizado ou não, e as condições dessa integralização. Na mesma ocasião serão aprovados os estatutos sociais e eleita a diretoria que deverá tomar posse. Os documentos de constituição, lavrados de acordo com a legislação societária e normas do registro do comércio aplicáveis, serão levados à Junta Comercial competente, para regular aquisição da personalidade jurídica. A redação do estatuto social deverá acatar as normas aplicáveis compatíveis com o tipo societário, como, observar a necessidade de nomeação dos diretores

[3] Entre os contemporâneos, veja-se Alfredo de Assis Gonçalves Pinto, em "Direito de Empresa", São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2016, 6.ª ed., pg. 496

no próprio estatuto social, ou a proibição de inserir cláusula estatutária de destituição "ad nutum" dos diretores, mas os acionistas, no que não for incompatível com o modelo nem com poder atribuído aos acionistas diretores, gozarão de liberdade na redação dos estatutos, liberdade essa que, de resto, é característica do Direito Comercial.

Como é praxe longa em Direito Comercial, a sociedade deverá adotar nome, que poderá, de modo peculiar, ser formado por razão (= firma) ou denominação social, como explica Modesto Carvalhosa:

> A razão social é composta do nome dos sócios comanditados ou de um ou alguns deles. Assim, será "Castro e Coutinho – Comandita por Ações". Ou então será "Castro & Cia. Comandita por Ações". A função desse nome societário, expresso por razão ou firma social, é distinguir as duas categorias de acionistas – os comanditários e os comanditados. Desse modo, os terceiros terão a indicação, ainda que abreviada ou parcial, daqueles sócios que respondem subsidiária, ilimitada e solidariamente pelas perdas sociais. A diferença entre firma ou razão social está em que, na primeira, o diretor assina o nome social e não o seu nome civil. Assim, "Magalhães Pereira – Em Comandita por Ações". Já a razão social é diversa. Embora reflita o nome de um ou alguns dos sócios, não coincide com a firma do diretor ou gerente que estatuariamente a representa.

O grande diferencial, como já afirmado, além da responsabilização dos acionistas diretores, é o poder maior a eles concedido pela lei. A administração da sociedade será exercida por um ou mais diretores[4] (também chamados de gerentes ou administradores), mas eles somente poderão ser escolhidos entre acionistas (Art. 1.091 do Código Civil) e seu mandato não terá limitação de tempo. Não poderão os diretores ser destituídos, salvo voto de acionistas, ou acionista, representando no mínimo dois terços do capital social (artigo 282, § 1.º da Lei 6.404/76 e artigo 1.090, § 1.º do Código Civil), nesse caso a maioria da doutrina entende tratar-se de uma demissão "ad nutum"; contra essa posição, entretanto, investe Modesto Carvalhosa afirmando que, mesmo dentro do quórum legal, é necessário haver causa relevante, como eventual descumprimento dos deveres sociais. Afirma Carvalhosa que a destituição sem justa causa se-

[4] Sobre o número mínimo de diretores, o assunto será debatido mais abaixo.

ria incompatível com a estrutura da sociedade em tela, pois o direito à função de diretor ou gerente decorre do estatuto e não da assembleia geral[5]. Afirma, ainda, Modesto Carvalhosa que Cunha Peixoto com ele concordaria (pg. 495 e nota de rodapé 45 da obra citada); todavia trata-se, a nosso ver de engano, pois o saudoso comercialista na verdade afirma em sentido contrário, *verbis*: "Aqui, porém, nossa lei desgarrou-se do tipo clássico, já que permite a demissão *ad nutum* do diretores"[6]; mesmo a citação, retro mencionada, feita por Carvalhosa no seu livro, invocando a suposta lição de Cunha Peixoto, é, na verdade, equivocada, pois este refere-se afirmativamente à possibilidade de exclusão mesmo naquele sítio da sua obra transcrito na nota de rodapé no livro de Carvalhosa[7]. Ademais, esse entendimento de Carvalhosa é contrariado pelas lições de Ruy Carneiro Guimarães[8] e Trajano de Miranda Valverde[9], que entendem ser desnecessária a justa causa, observado o quórum legal. A nosso ver, razão assiste aos últimos, pois, primeiramente a norma ao exigir o quórum não menciona a necessidade de justa causa; além disso, se há a figura de demissão por votação qualificada de dois terços e existe a de demissão por justa causa sem esse quórum (como se verá abaixo), por que razão então seria demandada justa causa tanto na deliberação sem quórum qualificado quanto na com quórum qualificado de dois terços ? Além, o argumento, de a função de diretor decorrer do estatuto e portanto falecer à assembleia poderes para destitui-lo, é enganoso, *data venia*, pois, a despeito de estar inserida nos estatutos a nomeação de diretor, ela decorreu da vontade da assembleia, ou seja, esta é quem lhe criou o direito; o estatuto garante o cargo, nas circunstâncias legais, mas não o cria, de modo que o poder da assembleia é inafastável.

---

[5] "Comentários à Lei das Sociedades Anônimas". S. Paulo, Ed. Saraiva, 4.ª ed., 2011, vol. 4.º, tomo II, pg. 492.

[6] "op. cit.", pg. 107.

[7] Na verdade, eis o texto correto e completo: "Mas, enquanto pela lei anterior só se modificaria o contrato social com o acordo unânime dos gerentes, na atual a alteração é possível, mesmo sem o consentimento daqueles que participavam da direção. Realmente vimos ao comentar o art. 165, que os acionistas representando dois terços, no mínimo, podem destituir sem nenhuma causa os diretores. Assim, se os acionistas desejosos da alteração, possuírem dois terços do capital, destituirão os acionistas diretores que divergirem da alteração pretendida e elegem outros de sua corrente. A modificação se processa ao contrário do que aconteceria com a lei anterior" "Op. cit.", pg. 109 e 110.

[8] "Sociedade por Ações", Rio, Ed. Forense, vol. III, pg. 330, 1960.

[9] "Sociedade por Ações", Rio, Ed. Forense, vol. III, pg. 138, 1959

De outro lado, como dito acima, os autores convergem da possibilidade de demissão por justa causa mesmo sem expressa previsão legal, não há dissenso entre a doutrina sobre tal possibilidade, conforme, por exemplo, registra Modesto Carvalhosa. Este autor invoca, como exemplo de justa causa, a responsabilização do administrador por gestão ilícita ou temerária, com base nos deveres dos artigos 153 a 159 da Lei 6.404/76, mas ressalva a necessidade, a ver dele, de observância dos quóruns ou da possibilidade de legitimação extraordinária de acionistas, conforme ditames previstos no artigo 159 da Lei 6.404/76[10–11]; Para Alfredo de Assis Gonçalves Neto, todavia, a destituição por justa causa demandaria processo judicial[12]. Talvez o estatuto social possa regular a possibilidade, evitando esse debate.

A responsabilidade do acionista diretor perante credores da sociedade é subsidiária, isto é, ele somente será chamado a pagar se a sociedade não tiver bens suficientes; goza ele pois do benefício de ordem, o que implica no fato de se eventual credor desejar executar bens do diretor, este poderá nomear os bens societários em primeiro lugar, não cabendo ao credor a escolha de qual penhorar. Ultrapassado, todavia, essa fase, a responsabilidade do diretor será ilimitada, ou seja, ela será integral pelo valor das dívidas cobradas, por isso chama-se de "ilimitada", isto é, não importa o valor que tenha ele, enquanto acionista, subscrito ou integra-

[10] "op cit.", pg. 492.

[11] Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

§ 1º A deliberação poderá ser tomada em assembleia-geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela incluído, em assembleia-geral extraordinária.

§ 2º O administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta ação ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembleia.

§ 3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembleia-geral.

§ 4º Se a assembleia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social.

§ 5º Os resultados da ação promovida por acionista deferem-se à companhia, mas esta deverá indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as despesas em que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados.

§ 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia

[12] "op. cit.", pg. 497.

lizado, ou mesmo o valor do próprio capital social da sociedade. Se forem dois ou mais diretores, serão eles solidários entre si[13].

Observe-se que há um aparente conflito legislativo no tocante à perduração da responsabilidade do administrador após a saída. O parágrafo 2.º do artigo 281 da Lei 6.404/96 estabelece que o administrador destituído, ou que se exonerar, continuará responsável pelas obrigações contraídas durante sua administração, e o artigo 1.091 do Código Civil limita tal responsabilidade a dois anos. No regime exclusivo da lei do anonimato, a responsabilidade perdurava até a extinção das obrigações, por pagamento, prescrição etc.; agora, esse prazo é limitado a dois anos, diminuindo a perspectiva de garantia de credores e, de certo modo, a dos acionistas comanditários. De qualquer forma, esse fato não modifica ser a responsabilidade dele ser sempre subsidiária.

O diretor, afirma Modesto Carvalhosa, deverá ser acionista e pessoa natural, assinalando que não vingou a ideia, debatida no anteprojeto da Lei 6.404/76[14], de permitir-se pessoa jurídica como administradora, caso em que ela agiria por seus respectivos administradores. É de se ponderar, a nosso ver, *prima facie*, inexistir tal proibição na letra dos artigos que regem expressamente a sociedade em comandita por ações, e essa interpretação significaria restringir a dicção legal distinguindo entre a classe de acionistas o que norma não faz. Todavia, tanto a praxe do registro do comércio quanto autores de nomeada invocam interpretação sistemática de textos de lei para vedar pessoa jurídica ser administrador de sociedades empresárias, sendo esse o entendimento dominante.

Observe-se, de outro lado, que Modesto Carvalhosa entende ser necessário a existência de, ao menos, dois diretores, invocando o artigo 143 da Lei 6.404/76[15], no que parece não lhe assistir razão, em face da expressa disposição do parágrafo 1.º do artigo 1.091 do Código Civil (nesse sentido, Alfredo de Assis Gonçalves Neto[16]).

O importantíssimo aspecto do poder dos diretores revela-se em várias passagem, como na que sem anuência dos diretores, a assembleia da sociedade em comandita por ações não poderá prorrogar-lhe o prazo de

[13] Conforme citado abaixo, há doutrina entendendo que é obrigatório o mínimo de dois, como se verá.

[14] "op. cit.", pg. 485.

[15] "op. cit.", pg. 485.

[16] "op. cit.", pg. 497.

duração, nem aumentar ou diminuir o capital social, ou criar debêntures ou partes beneficiárias, nem aprovar a participação em grupo de sociedade, não poderá ainda mudar o objeto social essencial (artigos 1.002 do Código Civil e 283 da Lei 6.404/76). Por objeto essencial parece-nos ser a atividade principal ou principais da empresa, já para Alfredo de Assis Gonçalves Neto[17], o objeto imediato, ou seja atividade prevista no estatuto social, distinguindo-a do objeto mediato que é o lucro, mas parece-nos excessiva essa interpretação.

Em caso de falecimento ou impossibilidade de continuidade da administração, o administrador será escolhido pela Assembleia Geral de acionistas, será necessário alterar o estatuto social.

A assembleia geral, como nas sociedades anônimas, também é o órgão deliberativo, mas tem limitações incomparavelmente maiores.

Ao acionistas comanditário é facultado a livre circulação de ações, e os demais direitos de fiscalização, de voto, comparecimento à assembleia e outros, como em uma sociedade anônima comum. Discute-se, todavia, se acionista diretor pode votar em assuntos de seu interesse, como aprovação de suas contas, sua destituição etc. O tema é polêmico e pode-se prestar a graves injustiças, a nosso ver, seria preciso examinar caso a caso. Faz sentido proibir o voto de diretor ou sócio administrador em sociedades de muitos sócios, em que o administrador realmente irá prestar contas a terceiros, em sociedades de pequeno quadro societário, mas numa sociedade de pequeno ou minúsculo quadro societário, pode implicar num desiquilíbrio de poderes e funções. No parecer de Modesto Carvalhosa, o modelo veda a emissão de ação sem direito a voto[18].

Como se pode perceber de algumas questões acima expostas, e de outras que serão expostas, a essa altura é conveniente debater a lei aplicável ao tipo. Cumpre pois enfrentar a questão, já que, com a exposição feita supra, podemos ter uma ideia da importância e da problemática decorrente.

O artigo 1.090 diz:

> Art. 1.090. A sociedade em comandita por ações tem o capital dividido em ações, regendo-se pelas normas relativas à sociedade anônima, sem prejuízo das modificações constantes deste Capítulo, e opera sob firma ou denominação.

[17] "op. cit.", pg. 499.

[18] op. cit.", pg. 282.

Observe-se que a aplicação das normas da sociedade anônima deve ser direta, não supletiva nem reservando-a para caso de omissão, a diferença é sútil, mas pode ser relevante, pois, a aplicação das normas da companhia devem ser integradas às das comanditas por ações, não apenas reservando-a para lacunas.

No tocante aos dispositivos da Código Civil e da Lei 6.404/76, Alfredo de Assis Gonçalves Neto entende ser aplicável às sociedades em comandita por ações apenas o Código Civil, pois ele teria regulado inteiramente a matéria, de modo a revogar os artigos 280 a 284 da Lei 6.404/76[19]. Não nos parece ser o caso.

Com efeito, o artigo 1.090, citado acima, remente às normas da sociedade anônima, como visto, o artigo 1.089 do Código Civil, sobre companhias, remete à lei especial, que é a Lei 6.404/76. Como restringe o Código Civil a remissão à sociedade anônima, poder-se-ia, *prima facie*, concordar com o ilustre autor.

Ocorre que a Lei 6.404/76 rege também as sociedades em comandita por ações, com disposições relativamente mais minuciosas. Acontece que o artigo 2.037 do Código Civil traz a seguinte disposição:

> Art. 2.037. Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis.

Ora, por esse teor, não se revoga automaticamente lei comercial, salvo se houver disposição em contrário (com foi a do artigo 2.045 do Código Civil, revogando parcialmente o Código Comercial), desta forma, no nosso modesto ver, os artigos 280 a 284 da Lei 6.404/76 vigem e aplicam-se no que não for expressamente regulado de modo diverso pelo Código Civil, e também regula-se pela aplicação das normas das sociedades anônimas, e, finalmente, seus estatutos sociais. Da mesma forma, a defender a coexistência de ambas as normas, está a posição de Bruno Matos Silva, entendendo que o regime jurídico está positivado no direito brasileiro tanto no diploma civil quanto na norma acionária, prevalecendo o Código Civil em caso de conflito por se tratar de lei posterior.[20]

[19] "op. cit.", pg. 494.

[20] "Direito de Empresa", S. Paulo, Ed. Altas, 2007, pg. 391.

3 Breve notícia histórica e questões práticas

Alguns tratadistas registram a comandita por ações como o primeiro modelo de societário de junção de grande porte de capitais e empreendedores, estes, em função do seu bom nome, experiência e crédito, recebiam os recursos para aplicar em empreendimentos, e emitiam aos investidores títulos de participação, ações, que davam os investidores direitos à fração do lucro eventual, além do possibilidade de negociar tais títulos, facilitando a liquidez. O risco era limitado, pois o empreendedor assumia-o perante credores. Para Carvalho de Mendonça, esse tipo societário foi criação do Código Comercial francês, resultado da combinação da sociedade em comandita simples com a sociedade anônima[21]_[22].

À essa sociedade, por ter sócios de responsabilidade ilimitada, foi-lhe permitida a constituição sem necessidade autorização governamental, que, contrariamente, era necessária para a sociedade anônima. Por essas razões, esse modelo, permitiu-lhe nos primórdios, obter grande sucesso nessa função. Todavia, foi, com o tempo, ela acusada de servir a fraudes, pois não raras vezes, os reais empreendedores para captar recursos utilizavam-se de homens de palha à frente do negócio, geralmente insolváveis, para fugir a responsabilidade, ademais, como a sociedade em comandita por ações permitia a captação de grandes recursos, tais fraudes tomavam, naturalmente, grande vulto. Com a superveniente desnecessidade de autorização governamental para as sociedades anônimas, caiu praticamente em desuso, pois esta tem a vantagem de limitar a responsabilidade para todos os acionistas, inclusive os administradores.

No Brasil, a positivação desse tipo societário foi objeto de grandes debates e permeada de receio, suspeitando-se de servir para fraudes, o que impediu de ser incluído no Código Comercial de 1850. Todavia, logrou êxito o trabalho de um grupo capitaneado pelo Visconde de Ouro Preto que introduziu o tipo societário na Lei 3.150, de 4 de novembro de 1882, permanecendo em sucessivas leis supervenientes.

Nos primórdios legislativos, a os comanditados, em princípio, não subscreviam ações, sua participação na capitalização da empresa dava-se por meio de uma quota no capital em separado (pois não dividido em ações), Carvalho de Mendonça chamava esse capital separado de "fun-

[21] "op. cit.", vol. IV, pg. 202

[22] Para uma outra vertente histórica, ver Cunha Peixoto, "op. cit.", pg. 98 e seguintes, vol. 5.

do comanditário"[23], todavia, sob críticas desse emérito doutrinador, a norma permitia ao comanditado adquirir ações.

Como vimos acima, esse modelo societário caíra em desuso em França, assim como no Brasil. Ele, inobstante, experimentou um rápido retorno e crescimento naquela país na década de 1990, com o objetivo, em face dos poderes dos acionistas diretores, de combater as guerras por controle de companhias ("take over bids"), como anota Modesto Carvalhosa, citando Cozien e Vandier, que explicam ter tal modelo tornar-se refúgio de contra os "raiders", exemplificam tais autores com grandes empresas francesas, como Hermès, Yves Saint Laurent, Bic, Euro-Disneyland etc.[24]. Passada a febre de guerras de controle, diz Modesto Carvalho terem as empresas retornado ao modelo de companhias. Todavia, Patrice Charlier mostra uma realidade um pouco diferente. Ele efetuou um belo e recente estudo sobre o emprego atual da comandita por ações na França, destacando sua utilidade para sucessão familiar ou acomodação de interesses familiares[25]:

> *La SCA permet de répartir le patrimoine et la direction entre les actionnaires familiaux «actifs» et «passifs» grâce à la dualité de ses titres financiers, qui constitue une de ses spécificités et d'organiser de manière formelle l'«*affectio societatis*» entre des actionnaires familiaux nombreux avec des intérêts divergents.*[26]

No seu estudo, destaca ele que Michelin, Kering (controlada pela Financière Pinault), Hermès e Lagardère são sociedade familiares sob forma de sociedade em comandita por ações ainda hoje.

---

[23] op. cit.", vol. IV, pg. 207

[24] op. cit.", vol. IV, pg. 481

[25] Em: https://journals.openedition.org/fcs/1508. Acessado em 2 de novembro de 2019.

[26] Tradução nossa: A SCA permite repartir o patrimônio e a direção entre os acionistas familiares ativos e passivos graças à dualidade de títulos emitidos, o que constitui uma das suas especificidades e de organizar de maneira formal a "afectio societatis" entre os acionistas de famílias numerosas com interesses divergentes.

A história tem muito a ensinar aos juristas, a prudência aconselha manter os modelos negócios experimentados e flexíveis para acomodar os múltiplos interesses empresariais.

A sociedade em comandita por ações é modelo presente no atual Código Comercial francês (Capítulo IV, Art. L. 226-1 e seguintes – Ordenança 2000-912, ratificada pela Lei 2003-7); também está presente é na relativamente recente reforma legislativa societária da Itália, entretanto, Francesco Galgano e Ricarrdo Genghini informa existir menos de cem sociedades de tal tipo[27] e afirmem ter pouca utilidades prática. Gian Franco Campobasso, embora anua na utilização escassa na Itália, aponta sua utilidade para composição de interesses de grandes grupos com sofisticada engenharia financeira, citando a holding "Giovanni Agnelli & C. S. a.p.a".[28]

Embora no Brasil hoje seja escassamente utilizada essa sociedade, mormente considerando a questão da responsabilidade pessoal dos diretores, não convém esquecer que a responsabilização dos sócios diante da pessoa jurídica virou uma quimera, a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, com uma frequência escandalosa, praticamente extinguiu o instituto da limitação de responsabilidade, ou tornou inútil não raras vezes. A tentativa legislativa de restaurar o princípio de limitação é muito recente, consistente na chamada lei de liberdade econômica (Lei n.º 13.874/19), será necessário aguardar sua aplicação efetiva. Desse modo, a existência de uma acionista que chame a si a responsabilidade pode servir como garantia suplementar aos investidores acionistas comanditários.

Eventual emprego do tipo societário pode ser dilargado à luz da possibilidade de o diretor ser pessoa jurídica, pois diminuiria, em tese, o seu risco, servindo, de maneira mais eficiente tanto como garantia do investimento, como visto acima, quanto para acomodação de interesses familiares, examinado brevemente no modelo francês e italiano.

São essas as considerações em apertada síntese.

---

[27] Francesco Galgano e Riccardo Genghini, em "Il Nuovo Diritto Societario", no "Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico Dell'Economia", vol. XXIX, Tomo 1, 3.ª edição, Ed. Cedam, Padova, pg. 761.

[28] Diritto Comerciale, vol. 2, Ed. Utet, 8.ª ed., 3.ª impressão, 2014, pg. 559, nota de rodapé 2.

XLI. Sociedades cooperativas

Emanuelle Urbano Maffioletti

Camila Yano Sato

1 Contextualização do tema

A Cooperativa é um modelo associativo formado por um grupo com o escopo comum de desenvolver certa atividade econômica sem fins lucrativos. Os sócios participam da atividade e se beneficiam (retornos econômicos e sociais) na medida desta participação. Graças ao modelo de *Rochdale* de 1844, e a outros surgidos durante a evolução do cooperativismo[1], a sociedade possui contornos particulares. A Aliança Cooperativa Internacional ("ACI") reforça a sua identidade internacionalmente, enunciando uma definição, valores e princípios.

Assim, a cooperativa é "uma associação autônoma de pessoas unidas voluntariamente para prosseguirem as suas necessidades e aspirações comuns, quer econômicas, quer sociais, quer culturais, através de uma empresa comum e democraticamente controlada" (ACI). Sobre os valores estabelecidos pela ACI, são eles: I. destinados às cooperativas – a autoajuda, a responsabilidade individual, a democracia, a equidade, a igualdade e a solidariedade –; e II. orientado aos cooperados, a honestidade, a transparência, o altruísmo e a responsabilidade social. Por fim, como enunciado de extrema relevância, há os famosos princípios da ACI, que são: 1) adesão voluntária e livre, 2) gestão democrática pelos membros, 3) participação econômica dos membros, 4) autonomia e independência, 5) educação, formação e informação, 6) intercooperação e 7) interesse pela comunidade.

O Brasil adota tais parâmetros na Lei de Cooperativas Brasileira, n. 5.764/71 (LCB) e no Código Civil, ao definir as cooperativas como sociedade de pessoas, com forma jurídica e natureza própria, de *natureza civil*. Como suas características, ressaltam-se: adesão voluntaria; variabilidade de capital social; limitação da quantidade de quotas sociais

[1] Para melhor compreensão dos termos cooperativismo e cooperativa, ver: FRANKE, Walmor. *Direito das sociedades cooperativas* – direito cooperativo. São Paulo, Saraiva, 1973; GONÇALVES NETO, Alfredo de A. Gonçalves Neto (Coord.), *Sociedades cooperativas*, São Paulo, Lex, 2018.

por cooperado ou por critério da proporcionalidade; impossibilidade de transferência das quotas sociais; um voto por membro; retorno das sobras de modo proporcional às operações de cada cooperado; indivisibilidade dos fundos de reserva e de assistência técnica, educativa e social; neutralidade política, religiosa, racial e social; assistência aos membros e empregados; e limite de admissão de membros de acordo com a possibilidade de reunião, controle, operações e serviços.

A despeito da necessidade de reforma legislativa para se estimular o crescimento interno das cooperativas, elas representam atualmente 6.655 modelos de negócios no Brasil[2].

2 Classificação das cooperativas

As sociedades cooperativas podem constituir-se em três graus diferentes. A *cooperativa de primeiro grau*, composta por cooperados, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, tem como principal característica a prestação de serviços pela sociedade diretamente aos seus cooperados (artigo 7º da LCB). Desse modo, além de cooperados, eles seriam também usuários. *As cooperativas de segundo grau*, ou cooperativas centrais, são compostas pela associação de ao menos três cooperativas de primeiro grau. Sua função seria a de integrar, em maior escala, os *serviços econômicos e assistenciais de interesse das filiadas*. Por fim, tem-se as *cooperativas de terceiro grau*, as confederações de cooperativas, que seriam constituídas por, ao menos, três cooperativas de segundo grau. A sua finalidade seria coordenar as atividades de suas filiadas.

Sobre sua qualificação jurídica do Código Civil, a cooperativa seria uma espécie de sociedade simples e de natureza civil. Em termos doutrinários, elas corresponderiam a um tipo societário próprio, marcado pela inexistência de escopo lucrativo e pela devolução de sobras aos membros de forma proporcional à sua participação às suas operações. Seriam empresas de economia social, conceito que harmonizaria seus vieses social e econômico. Embora não disponham do elemento lucrativo, elas

[2] MUNDO COOP. *Anuário Brasileiro do Cooperativismo*. 2018-2019. Disponível em: http://www.mundocoop.com.br/wp-content/uploads/2018/08/ANUARIO-BRASILEIRO-COOPERATIVISMO-2018.pdf. Acesso em: 17 jul. 2019.

seriam dotadas de economicidade, viabilizando a produtividade e eficiência necessárias para competirem em mercado[3].

Acerca da responsabilização dos cooperados, as sociedades cooperativas podem ser constituídas como de responsabilidade limitada ou ilimitada. No primeiro caso, a responsabilidade dos cooperados seria limitada ao montante integralizado do capital social. No segundo, o cooperado responderia solidariamente à sociedade.

3 Características – ato cooperativo, capital social, administração e assembleias

Embora as sociedades cooperativas tenham identidade internacional, o desenvolvimento do movimento cooperativista na América Latina lhe proporcionou algumas características particulares, como é o caso do ato cooperativo, surgido no século XX para identificar as operações realizadas entre cooperativa e cooperados – em paralelo aos atos de comércio –. Os atos cooperativos seriam as operações realizadas entre a sociedade cooperativa e seus membros, sem finalidade lucrativa, que se destinariam ao cumprimento do objeto social.

O capital social da cooperativa particulariza o tipo em relação às demais sociedades, pois ele é variável. Tal noção se coaduna com o princípio de livre adesão, que permite a mudança constante do quadro de cooperados.

Acerca de sua administração, a LCB faculta ao estatuto social determinar a sua disciplina, inclusive se ela será exercida por um ou dois órgãos: conselho de administração, órgão colegiado; e/ou diretoria, órgão singular. Havendo apenas a diretoria, ter-se-á gestão singular, podendo o estatuto definir as competências, além da forma de eleição, a duração do mandato e o número de diretores. E, optando-se por administração bipartida, a cooperativa disporá da diretoria e de um conselho de administração, cabendo ao Conselho a deliberação das matérias que não sejam de competência privativa da assembleia geral.

Além disto, ao lado dos órgãos da administração está o Conselho Fiscal, órgão de existência obrigatória e funcionamento permanente, cuja fun-

[3] Ver MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. *As sociedades cooperativas e o regime jurídico concursal*. São Paulo: Almedina, 2015; e FORGIONI, Paula A. Cooperativas, empresas e a disciplina jurídica do mercado. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, n. 173, set. 2012, p. 231.

ção é supervisionar a gestão. É formado por 6 membros (3 regulares e 3 suplentes), todos sócios, com mandatos de um ano.

A respeito da assembleia geral, órgão máximo da cooperativa, ela é encarregada pela deliberação de matérias relevantes ao funcionamento da sociedade e na qual vigora o princípio de um voto por cooperado. Cabe-lhe a deliberação privativa de algumas matérias, como é o caso da alteração do estatuto social e da fusão, incorporação, desdobramento e transformação. Divide-se a assembleia geral em ordinária e extraordinária, sendo a primeira obrigatória a ocorrer anualmente nos três meses posteriores ao encerramento do exercício. Nela são decididas as questões referentes às contas da administração, à distribuição de sobras, eleição dos administradores, a remuneração dos administradores e membros do Conselho Fiscal, e ainda, quaisquer matérias de interesse social. Às assembleias gerais extraordinárias cabe deliberar sobre as alterações do estatuto; fusão, incorporação ou desmembramento da cooperativa; mudança do objeto social; dissolução voluntária; e aprovação de contas do liquidante.

4 O processo de extinção da sociedade e cooperativa

O processo de extinção da cooperativa está previsto no Capítulo XI da LCB, sendo composto de duas etapas: a dissolução e a liquidação. A primeira delas surge do reconhecimento de uma causa dissolutória: a. de forma voluntária, deliberada em assembleia geral extraordinária; b. judicial, reconhecida judicialmente por provocação de algum cooperado amparado em fundamento previsto no estatuto social ou em lei; ou c. de pleno direito, em virtude da existência de hipótese legal prevista no art. 63, LCB. A segunda etapa seguirá a via adotada na dissolução, sendo o processo de liquidação conduzido de maneira extrajudicial ou judicial. Com o encerramento da liquidação, extingue-se a sociedade cooperativa.

No caso da dissolução e liquidação ordinária extrajudicial, os cooperados elegem na mesma assembleia geral extraordinária que delibera a dissolução, o liquidante (ou os liquidantes) e os 3 membros do Conselho Fiscal. O quórum de instalação é de 2/3 dos cooperados em primeira convocação, metade mais um em segunda convocação, e no mínimo de dez na terceira convocação, e o de deliberação é de 2/3 dos presentes.

O liquidante será responsável pela condução das etapas necessárias à realização da liquidação extrajudicial da sociedade, providenciando os

atos administrativos necessárias à arrecadação dos documentos e ativos, à avaliação e alienação dos ativos e ao pagamento aos credores. Por fim, a assembleia geral atuará até o fim da liquidação, com competência para deliberar assuntos determinantes à etapa, como: destituição e substituição do liquidante e dos membros do conselho fiscal, da aprovação de contas do liquidante e a extinção da sociedade.

Além dessas formas de dissolução e liquidação, existe a dissolução e liquidação *extraordinária* em face do estado de insolvência. Prevista no art. 75 da LCB, que foi derrogado pela Constituição Federal/1988 ao estabelecer a liberdade de constituição e funcionamento das cooperativas (artigo 5º, XVIII), competia ao Órgão Executivo Federal a condução deste procedimento. Atualmente, tais liquidações têm ocorrido de maneira extrajudicial, por deliberação assemblear. Algumas são encaminhadas à Justiça, sendo conduzida como liquidação judicial[4].

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

APARÍCIO MEIRA, Deolinda Maria Moreira. *O regime econômico das cooperativas no direito português* – o capital social. Portugal, Vida Econômica, 2009.

BECHO, Renato Lopes (coord.). *Problemas atuais do direito cooperativo*. São Paulo: Dialética, 2002.

BULGARELLI, Waldírio. *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Renovar, 2000.

FAJARDO GARCÍA, Isabel Gemma. *Gestión económica de la cooperativa* – responsabilidad de los socios. Madrid: Tecnos, 1997.

FICI, Antonio (Aut.); CRACOGNA, Dante; HENRŸ, Hagen (Eds.). *International Handbook of Cooperative Law*. Heidelberg, New York, Dordrecht, London: Springer, 2013.

FRANKE, Walmor. *Direito das sociedades cooperativas*. São Paulo: Saraiva, 1973.

FORGIONI, Paula A. Cooperativas, empresas e a disciplina jurídica do mercado. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, n. 173, set. 2012, p. 231.

[4] Já nos manifestamos sobre o instituto como inapropriada medida concursal em MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. A insolvência das cooperativas no Brasil e reflexões sobre a liquidação extrajudicial. In: SZTAJN, R. ALMEIDA SALLES, M. P. TEIXEIRA, T. (Orgs.). *Direito Empresarial* – Estudos em homenagem ao professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. São Paulo: IASP, 2015, p. 307-336.

GONÇALVES NETO, Alfredo de A. (coord.). *Sociedades cooperativas*. São Paulo, Lex, 2018, pp. 25-65.

KRUEGER, Guilherme. A disciplina das cooperativas no novo código civil – a ressalva da lei 5.764/71. *In*: BECHO, R. L. (coord.). *Problemas atuais do direito cooperativo*. São Paulo: Dialética, 2002, pp. 96-119.

MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. A insolvência das cooperativas no Brasil e reflexões sobre a liquidação extrajudicial. In: SZTAJN, R. ALMEIDA SALLES, M. P. TEIXEIRA, T. (Orgs.). *Direito Empresarial* – estudos em homenagem ao professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. São Paulo: IASP, 2015, p. 307-336.

MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. *As sociedades cooperativas e o regime jurídico concursal*: a recuperação de empresas e falências, insolvência civil e liquidação extrajudicial e a empresa cooperativa. São Paulo: Almedina, 2015.

MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. As Sociedades Cooperativas no Brasil – Uma Breve Reflexão sobre a Disciplina Jurídica Societária, a Organização da Atividade Econômica e a Responsabilidade dos Cooperados. *In*: FORGIONI, Paula A. et al. (coord.). *Direito empresarial, direito do espaço virtual e outros desafios do direito* – homenagem ao professor Newton de Lucca. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

MUNDO COOP. *Anuário Brasileiro do Cooperativismo*. 2018-2019. Disponível em: http://www.mundocoop.com.br/wp-content/uploads/2018/08/ANUARIO-BRASILEIRO-COOPERATIVISMO-2018.pdf. Acesso em: 17 jul. 2019.

UCHÔA COSTA, André Jacques L.; NODA, Margareth; GASPAR FIALHO, Tatiana Flores. Breves considerações sobre as sociedades cooperativas no direito brasileiro e comparado. *In*: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Direito societário contemporâneo I.* São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 551-94.

XLII. Sociedades coligadas

Gustavo Saad Diniz

1 Conceito e extensão

Coligação é gênero que designa que uma sociedade está ligada ou participa de outra, com consequências jurídicas derivadas da *relevância* dessa relação. Comportam-se três espécies[1]: (a) coligação stricto sensu; (b) simples participação; (c) controle[2].

1.1 Coligação stricto sensu

A coligação *stricto sensu* representa participação que pode alterar os rumos da sociedade que recebe os investimentos. Portanto, a sociedade investidora pode influenciar nas decisões negociais da sociedade investida, em razão do volume de quotas ou de ações de que for titular. Assim, a coligação pode ser qualificada pela *influência significativa*, conforme preceitua o art. 243, §§1º e 4º, da Lei nº 6.404/76 (LSA), na medida em que "a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida". Afasta-se o controle[3] (em verdade, uma outra categoria jurídica), mas é diagnosticada uma parti-

[1] Alfredo de Assis Gonçalves Neto adverte para a mudança na terminologia adotada pelo CC, porque o Projeto original mencionava a palavra "ligada" para qualificar essa relação de capital, deixando a expressão "coligada" para participações relevantes. Essa depuração terminológica teria sido importante para evitar o confronto com o texto do art. 243 da LSA (GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 484). Para Luis Gastão Paes de Barros Leães, em estudo relevante ainda no tempo de edificação das organizações grupadas, a concepção inicial no direito brasileiro é que o termo *coligação* é o gênero, que tem o *controle* como espécie (LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. Sociedades coligadas e consórcios. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, ano XII, n. 12, p.137-148, 1973. p. 139).

[2] No direito português, o Código de Sociedades Comerciais trata a coligação como gênero, do qual derivam as seguintes espécies (arts. 482º a 487º): (*a*) simples participação (arts. 482º, a, 483º e 484º); (*b*) participações recíprocas (arts. 482º, b, 485º); (*c*) relação de domínio (arts. 482º, c, 486º e 487º); (*d*) relação de grupo (arts. 482º, d, 488º e 508º-F).

[3] FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. O novo conceito de sociedade coligada na lei acionária brasileira. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, ano L, n. 159/160, p. 39-52, Julho-Dezembro/2011. p. 46-47.

cipação nas deliberações e decisões com relevância, inclusive para fins de apuração de conflitos de interesses e imputação de responsabilidade.

Há presunções de coligação na lei.

Se a sociedade investida for distinta da sociedade anônima, aplica-se o art. 1.099 do Código Civil, que quantifica a presunção pelo volume mínimo de 10% de participação no capital de outra sociedade, sem implicações de controle (art. 1.099 do CC). A presunção ficou inferior àquela do art. 243, §5º, da LSA.

Se a investida é uma sociedade anônima, aplica-se a LSA, com incidência do art. 245, §5º[4], a determinar presunção de coligação se a relação de capital atingir o montante de 20% ou mais do capital votante da investida. Em outros termos, a participação transcenderá à coligação se ocorrer o plus qualificador da influência significativa, real ou presumida pela disposição legal[5].

Entretanto, a questão não se encerra nesse ponto: a Lei nº 11.941/2009 reafirmou o art. 243, §5º, posteriormente ao CC, de modo que a presunção de coligação para a investidora é de 20% nas sociedades anônimas investidas[6], levando-se em conta o "arranjo de poder interno da sociedade investida" e o poder de uma sociedade na outra. Assim, a coligação passou a se basear (a) na influência significativa, (b) no investimento presumido de 20% ou mais e (c) na ausência de controle característico de grupo[7].

Estabeleceu-se um regime dual para a relação simétrica e bilateral característica da coligação: em matéria societária geral, com investida que não seja S/A, a presunção de coligação é de 10%. Para investidas S/A, a presunção é de 20%.

---

[4] O dispositivo tem flagrante inspiração no art. 2.359 do *Codice Civile* italiano, que dispõe na terceira parte: "Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati".

[5] LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Sociedades coligadas e consórcios. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, ano XII, n. 12, p.137-148, 1973. p. 139.

[6] Acrescente-se ao problema o art. 2º da Instrução CVM nº 247/96, que ainda prevê os 10% como presunção de coligação.

[7] FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, op. cit., p. 42.

Outra situação que merece análise diz respeito à chamada *coligação indireta*. Trata-se de fenômeno de participação em que a sociedade *S1* é coligada de *S2*, que por sua vez é coligada de *S3*. Para fins societários, a redação original da legislação não alcançou esse tipo de relação, de modo que as coligações S1 = S2 e S2 = S3 são qualificadas isoladamente e sem restrições para a aquisição de ações, conforme explicou Nelson Eizirik[8]. A doutrina é controversa a respeito da admissibilidade de coligação indireta, com uma parcela extraindo a possibilidade a partir da interpretação do art. 2º, parágrafo único, alínea "a", da Instrução CVM nº 247/96, que equipara às coligadas "as sociedades quando uma participa indiretamente com 10% (dez por cento) ou mais do capital votante da outra, sem controlá-la". A outra parcela sustenta que, se o investimento for elemento constitutivo da coligação e o legislador não fez previsão sobre investimentos indiretos, não se pode admitir a coligação indireta[9].

Conclui-se, finalmente, que a identificação de uma coligação representa o reconhecimento de investimentos relevantes e não induzem, em princípio, responsabilidade da investidora por débitos da coligada. Cada sociedade mantém controle próprio.

1.2 Simples participação

A simples participação representa inovação do CC, que desconsidera situações específicas – e ainda raras no Brasil – de controles minoritários inferiores a 10% de participação.

Pela regra do art. 1.100 do CC, o capital votante inferior a 10% é considerado mera participação, com deveres inerentes à condição de sócios (art. 109 da LSA). Afirma com propriedade Walfrido Warde: "A afirmação do conceito de coligação deu-se por conta de uma fina e relevante calibragem, historicamente determinada, para notar o momento em que a mera participação, no extremo oposto do controle societário, transmuda-se – quantitativa e qualitativamente – a revelar um fenômeno de na-

[8] EIZIRIK, Nelson. Inexistência de "participação recíproca indireta" entre sociedades coligadas. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, ano XXXIV, nº 99, p. 83-86, Julho-Setembro/1995. p. 93.

[9] FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von, op. cit., p. 48.

tureza grupal ou ainda uma ocorrência a que, no geral, deseje-se impor consequências"[10].

1.3 Controle

O conceito de controle se extrai do art. 116 da LSA[11] e do art. 1.098 do CC[12]. Percebe-se, em ambos os casos, que a participação de uma sociedade na outra implica atuação decisiva e permanente nas deliberações de assembleia e na administração. O conceito foi dissecado na clássica obra de Fabio Konder Comparato e posterior atualização de Calixto Salomão Filho[13].

2 Efeitos

A qualificação de uma relação de coligação, simples participação e controle tem impactos na organização societária e nas garantias, porque permite a identificação de grupos, imputação de responsabilidade, estabilidade patrimonial e aferição dos fluxos econômicas da atividade empresarial. Alguns dispositivos auxiliam nessa compreensão:

(*a*) Os administradores de sociedades em grupo – seja por constatação de controle ou de coligação – não podem favorecer companhia coligada em prejuízo da outra, devendo zelar para que as operações entre as sociedades observem condições estritamente comutativas ou com pagamento com-

[10] WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *O fracasso do direito grupal brasileiro: a institucionalização do controle oculto e de sua sub-reptícia transferência*. ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JÚNIOR, Walfrido (org.). *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 120.

[11] Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

[12] Art. 1098. É controlada: I – a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores; II – a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas.

[13] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

pensatório adequado, sob pena de responsabilidade (art. 245 da LSA).

(*b*) Para fins das demonstrações financeiras, as notas explicativas deverão apresentar investimentos em outras sociedades coligadas e controladas, além das relações entre elas. É considerado relevante o investimento, para fins contábeis, "em cada sociedade coligada ou controlada, se o valor contábil é igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor do patrimônio líquido da companhia" (art. 247, parágrafo único, alínea "a", da LSA).

(*c*) Em caso de desconsideração da personalidade jurídica nas relações de consumo, as distintas personalidades jurídicas de um grupo podem ser superadas para garantir reparação ao consumidor, conforme se depreende da interpretação do art. 28 do CDC. Entretanto, no §4º do mesmo dispositivo, a desconsideração da personalidade jurídica demanda a apuração de "culpa", elemento subjetivo genérico para aferir se a sociedade coligada foi deliberadamente envolvida na conduta prejudicial ao consumidor.

(*d*) Na matéria falimentar, é interessante anotar que o STJ definiu como critério de extensão de efeitos da falência a utilização da desconsideração da personalidade jurídica. Tal fundamento se consolidou com a inserção do art. 82-A na Lei nº 11.101/2005 (LREF) pela MP nº 881/2019. Poderá o mesmo fundamento ser utilizado em sociedades coligadas[14].

[14] "(...)1- Em situação na qual dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, promovem uma cadeia de negócios formalmente lícitos mas com intuito substancial de desviar patrimônio de empresa em situação pré-falimentar, é necessário que o Poder Judiciário também inove sua atuação, no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos. 2- É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial. Não há nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses. 3- A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar a existência de participação no capital social. 4- Na hipótese de fraude para desvio de patrimônio de sociedade falida, em prejuízo da massa de credores, perpetrada mediante a utilização de complexas formas societárias, é possível utilizar a técnica da desconsideração da personalidade jurídica com nova roupagem,

(*d*) No direito do trabalho, a unificação de sociedades para fins de responsabilidade solidária está prevista no art. 2º, §2º, que passou por alteração pela Lei nº 13.467/2017 e, nesse sentido, não permite a responsabilidade de sociedades coligadas se não for demonstrado o "interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes" (art. 2º, §3º, da CLT).

(*e*) Finalmente, quanto aos tributos, as sociedades coligadas mantêm autonomia no pagamento dos respectivos tributos. Há, contudo, entendimento controvertidíssimo de aplicação do art. 124, inciso I, do CTN, para considerar solidárias as pessoas "que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal".

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JÚNIOR, Walfrido (org.). *Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa.* São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINIZ, Gustavo Saad. *Grupos de sociedades: da formação à falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

EIZIRIK, Nelson. Inexistência de "participação recíproca indireta" entre sociedades coligadas. Revista de *Direito Mercantil*. São Paulo, ano XXXIV, nº 99, p. 83-86, Julho-Setembro/1995.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. O novo conceito de sociedade coligada na lei acionária brasileira. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, ano L, n. 159/160, p. 39-52, Julho-Dezembro/2011.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das relações internas no grupo convencional de sociedades.* In: TORRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe. (Org.). *Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 303-321.

---

de modo a atingir o patrimônio de todos os envolvidos (...)" (STJ – 3ª T. – REsp nº 1.259.020 – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 09/08/2011).

LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. Sociedades coligadas e consórcios. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, ano XII, n. 12, p.137-148, 1973.

PRADO, Viviane Müller. *Conflito de interesses nos grupos societários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

VIO, Daniel Avila. *Grupos societários*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

XLIII. Arbitragem em fusões e aquisições

Thomas Law

São três os principais métodos alternativos de resolução de conflitos (*alternative dispute resolution* – ADR): mediação, conciliação e arbitragem. Os dois primeiros são procedimentos autocompositivos, isto é, as próprias partes procuram resolver as disputas, sem que um terceiro imponha uma decisão vinculante. Embora não raramente os termos conciliação e mediação sejam utilizados como sinônimos, há uma diferença técnica: o conciliador propõe uma resolução para as partes, após ouvi-las; o mediador, por sua vez, procura fazer com que as próprias partes elaborem uma solução satisfatória da controvérsia. A arbitragem distingue-se dos demais métodos por ser procedimento heterocompositivo: um terceiro decide acerca do conflito de forma vinculante[1].

Apesar das variadas particularidades de cada Estado sobre a regulamentação e os limites da arbitragem, há elementos comuns para que seja possível delinear este instituto[2]: trata-se de um sistema privado de adjudicação, sem participação dos órgãos governamentais. O consentimento das partes, portanto, é o fundamento do poder arbitral para decidir a disputa[3]. Destarte, o objeto do consentimento limita o poder do árbitro, haja vista que este somente poderá decidir sobre o que as partes concordaram ser matéria arbitrável[4]. Além disso, vale ressaltar, não é qualquer matéria que pode ser objeto de arbitragem: em regra, procura-se resolver um conflito relativo a direitos patrimoniais disponíveis[5].

---

[1] MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. New York: Cambridge University Press, 2008, pp.13-14.

[2] RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International Arbitration*. Law and Practice. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 2001, p.3.

[3] Cf. BENEDICTSSON, Jonas. Extended Jurisdiction Under Arbitration Agreements–A Threat to Effective Dispute Resolution. In: ROVINE, Arthur W. (ed). *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*. Leiden: Koninklijke Brill, 2008, pp.139-140.

[4] MOSES, Margaret L. *Op.cit.*p.2.

[5] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. Um comentário à lei nº 9.307/96. 3.ed. São Paulo: atlas, 2009, p.31.

Há certa discussão doutrinária acerca do conceito de arbitragem internacional. A doutrina mais antiga compartilhava o entendimento de que as arbitragens nacional e estrangeira não poderiam ser distinguidas, haja vista a arbitragem ser o resultado de acordo entre as partes, e não uma instituição pública, vinculada a um Estado. Tal concepção encontra-se superada. Atualmente, em regra, os países definem critérios próprios para determinar se uma arbitragem é nacional ou estrangeira[6]. Entretanto, os conceitos de arbitragem nacional e arbitragem internacional não se confundem. De fato, há critérios próprios para a configuração de uma arbitragem internacional, quais sejam: (I) pluralidade de leis processuais aplicadas ao procedimento; (II) adoção de regras processuais supranacionais; (III) o procedimento arbitral ser instituído por convenções internacionais; e (IV) a matéria arbitrada integrar o chamado comércio internacional[7]. A propósito, a *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* (1985), em seu artigo 1 (3) estabelece que uma arbitragem é internacional se: (a) as partes numa convenção de arbitragem tiverem, no momento da sua conclusão, as suas sedes comerciais em diferentes Estados; ou (b) um dos locais a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm a sua sede; (i) o local da arbitragem, se estiver fixado na convenção ou for determinável de acordo com esta; (ii) qualquer local onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o local com o qual o objeto do litígio tenha maior ligação; ou (c) as partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção de arbitragem envolve mais do que um país.

Diz-se que a arbitragem é método alternativo porque o procedimento ocorre à margem da jurisdição estatal. Há, entretanto, quem prefira a terminologia "método adequado de solução de litígios"[8]. O termo "adequado" ressalta as vantagens que o procedimento arbitral pode ter em relação ao método "tradicional" de resolução de controvérsias. De fato, a maioria das disputas envolvendo transações negociais internacionais são resolvidas pelo procedimento arbitral. Os motivos para isso são muitos. Em primeiro lugar, pode-se citar a neutralidade do fórum. A possibilidade da escolha de um local neutro para resolver o problema elimina o

[6] RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Op.cit.*pp.29-30.

[7] RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Op.cit.*pp.41-45.

[8] CARMONA, Carlos Alberto. *Op.cit.*p.33.

temor de um eventual favorecimento à parte nacional (a chamada home *court advantage*). Em segundo lugar, por força da Convenção de Nova York sobre Reconhecimento e Execução de Arbitragem Estrangeira (*New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreing Arbitral Awards*), de 1958, assinada por mais de 140 países, há uma maior probabilidade de eficácia da decisão arbitral (*likelihood of obtaining enforcement*). Em terceiro lugar, as partem podem escolher se a arbitragem será administrada por uma instituição arbitral, ou se será conduzida por um corpo arbitral *ad hoc*. Logo, também é possível decidir acerca das regras procedimentais adotadas durante o procedimento, isto é, se as regras da instituição arbitral, ou as regras escolhidas livremente pelas partes[9]. Além disso, a possibilidade de escolher quem decidirá a questão garante profissionalismo e eficiência do órgão decisor. Por fim, o procedimento arbitral, em geral, não abre possibilidades para apelações ou outros recursos (eventualmente protelatórios) que acabariam adiando o efeito da decisão[10].

Todavia, o fato de se tratar de procedimento privado, isto é, não estatal, traz alguma desvantagem. Talvez, a mais digna de nota seja a ausência de poderes coercitivos do árbitro. Com efeito, este – ou a corte arbitral – não pode impor penalidades a quem não faça o que deve ser feito durante o processo. Evidentemente, no caso das partes, a não cooperação pode ter reflexos na decisão final. Entretanto, no que se refere a não partes, como as testemunhas, em geral, não há o que o árbitro possa fazer. Em algumas circunstâncias, é possível que o árbitro requeira assistência da justiça estatal para assegurar o andamento do procedimento arbitral[11].

Operações de fusões e aquisições (*Mergers and Acquisitions* – M&A) são transações comerciais muito complexas, envolvendo várias fases, desde a carta de intenções (*letter of intent*) – na qual as partes expressam seus interesses e, usualmente, estabelecem alguns deveres a se observar durante as negociações – até o encerramento da transação, passando pela fase de due diligence[12]. Tais complexidades ficam mais evidentes nos

[9] MOSES, Margaret L. *Op.cit.*pp.1-3.

[10] EHLE, Bernd D. Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism in Mergers and Acquisitions. *Comparative Law Yearbook of International Business*. v.27, 2005, p.288.

[11] MOSES, Margaret L. *Op.cit.*p.5.

[12] PETER, Wolfgang. Arbitration of Mergers and Acquisitions: Purchase Price Adjustment Disputes. *Arbitration International*. v.19, n.4. 2003, pp.491-492.

casos em que as operações ultrapassam fronteiras nacionais. Em geral, envolvem acordos entre várias partes. Não só a complexidade das questões envolvidas, mas também a existências de vários interesses, quase inevitavelmente, resultam em pontos de divergências, os quais podem – e há certa tendência global nesse sentido – ser resolvidos por meio da arbitragem[13].

A tendência referida se justifica. De fato, além dos argumentos gerais já apontados a favor do uso da arbitragem, há argumentos favoráveis a tal procedimento nos casos envolvendo operações de M&A. Em primeiro lugar, as partes podem escolher o(s) árbitro(s), o que é importante, pois a complexidade das questões envolvidas nas operações de M&A exigem que as decisões sejam tomadas por alguém com conhecimentos específicos acerca de, por exemplo, questões industriais, econômicas ou financeiras. Os magistrados tradicionais podem não ter capacidade técnica para resolver as controvérsias decorrentes da operação. Em segundo lugar, há o fator da confidencialidade: a arbitragem pode ser um procedimento bastante discreto, o que pode ser muito útil para as empresas, as quais, em geral, não pretendem revelar certas informações para terceiros. Em terceiro lugar, há a facilidade da flexibilidade linguística. Com efeito, as cortes tradicionais procedem no(s) idioma(s) do país. Tal fato, em grandes operações internacionais, pode implicar significativos custos com traduções de um considerável volume de documentos técnicos. Logo, esta flexibilidade linguística significa uma economia de tempo e de dinheiro. Por fim, arbitragens têm um caráter muito mais negocial do que os litígios comuns, haja vista a centralidade dos aspectos econômicos da disputa. Consequentemente, o procedimento arbitral estimula comportamentos conciliatórios entre as partes, o que é particularmente importante quando estas permanecem associadas após a transação e necessitam cooperar futuramente[14].

Em geral, o último evento que pode impedir uma operação de fusão é não aprovação da transação por parte das autoridades de defesa e controle da concorrência. Disputas surgem, por exemplo, quando as partes discordam acerca de quem deveria assumir os riscos de tal não aprovação, ou quando uma parte acusa a outra de não ter agido como deveria para ter obtido a aprovação das autoridades administrativas. A concor-

[13] EHLE, Bernd D. *Op.cit.*p.287.

[14] EHLE, Bernd D. *Op.cit.*pp.288-290.

rência, de fato, é abrangida pelo conceito de ordem pública, nos termos da *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, de 1958. Dessa forma, os árbitros devem observar as exigências legais de tutela da concorrência, sob pena de que sua decisão viole a ordem pública[15–16].

Há, apesar de todas as vantagens do uso da arbitragem nas operações de M&A, algumas dificuldades na escolha desse método. Como já tivemos oportunidade de discutir em outro trabalho[17], a arbitragem, cujo fundamento é a autonomia da vontade, torna-se problemática em relação a terceiros que não tenham manifestado expressamente seu consentimento com a escolha do procedimento. Por isso, por exemplo, o artigo 136-A da Lei das S/A (Lei 6404/76) estabelece que a aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social obriga a todos os acionistas, mas assegura ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações. O direito de retirada consiste em medida excepcional. Especificamente em relação ao mencionado dispositivo, o exercício desse direito não seria a medida mais adequada para os acionistas insatisfeitos. Com efeito, a inclusão da cláusula arbitral não modifica os direitos de participação dos acionistas nem realiza alteração de elemento central do estatuto. Além disso, tal inclusão dificilmente pode significar uma modificação capaz de prejudicar os titulares de determinada classe ou espécie de ação. Como já foi dito, a arbitragem é instrumento adequado para resolução de complexas questões comerciais. Dessa forma, a inclusão da cláusula, na prática, reforça direitos dos acionistas.

No caso de operações internacionais de fusão e aquisição, portanto, há duas perspectivas de um mesmo problema. Em primeiro lugar, no âmbito nacional, há o problema do acionista que não consentiu expressamente com a arbitragem. Nesses casos, em regra, pode-se resolver o conflito

[15] EHLE, Bernd D. *Op.cit*.pp.302-303.

[16] Acerca da exceção de ordem pública na Convenção de Nova York, ver: BERMANN, George A. *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Application of the New York Convention by National Courts*, 2014. <https://www.iacl2014congress.com/fileadmin/user_upload/k_iacl2014congress/General_reports/Bermann_-_General_Report_Recognition__Enforcement_of_Foreign_Awards_July_2_2014__2_.pdf> acesso em: 15 jul.2019.

[17] LAW, Thomas. Arbitragem em fusões e aquisições. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem. v. 75, p. 91, 2017.

com base no princípio da maioria[18]. Por outro lado, há a questão mais complexa acerca dos efeitos para os terceiros não envolvidos no procedimento privado de arbitragem[19].

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BENEDICTSSON, Jonas. Extended Jurisdiction Under Arbitration Agreements–A Threat to Effective Dispute Resolution. In: ROVINE, Arthur W. (ed). *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*. Leiden: Koninklijke Brill, 2008.

BERMANN, George A. *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Application of the New York Convention by National Courts*, 2014. <https://www.iacl2014congress.com/fileadmin/user_upload/k_iacl2014congress/General_reports/Bermann_-_General_Report_Recognition__Enforcement_of_Foreign_Awards_July_2_2014__2_.pdf> acesso em: 15 jul.2019.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. Um comentário à lei nº 9.307/96. 3.ed. São Paulo: atlas, 2009.

EHLE, Bernd D. Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism in Mergers and Acquisitions. *Comparative Law Yearbook of International Business*. v.27, 2005.

LAW, Thomas. Arbitragem em fusões e aquisições. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem. v. 75, p. 91, 2017.

MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration. New York*: Cambridge University Press, 2008.

PETER, Wolfgang. Arbitration of Mergers and Acquisitions: Purchase Price Adjustment Disputes. *Arbitration International*. v.19, n.4. 2003.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International Arbitration. Law and Practice*. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 2001.

[18] Cf. LAW, Thomas. Arbitragem em fusões e aquisições. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem. v. 75, p. 91, 2017.

[19] EHLE, Bernd D. *Op.cit*.pp.304-306.

XLIV. Sociedade dependente de autorização

Marcus Vinicius Furtado Coêlho

Embora o princípio da livre iniciativa esteja consagrado como um dos fundamentos da República no texto constitucional há casos excepcionais em que o ordenamento jurídico condicionou a constituição de sociedades empresárias à autorização do poder público. Essa restrição fundamenta-se na necessidade de especial tutela jurídica a determinadas atividades consideradas relevantes para a economia ou para a segurança nacional.

Segundo leciona Maria Helena Diniz:

> O regime de autorização é um sistema de outorga em que a constituição da empresa depende de autorização governamental em virtude de relevantes razões de interesse público. Assim ocorre, por exemplo, nos casos dos bancos e instituições financeiras (Lei n. 4.595/64), das empresas de seguros (Decreto-Lei n. 73/66) e das empresas de transporte aéreo (Lei n. 7.565/ 86), dentre outras, as quais, em decorrência da peculiar atividade que exercem, necessitam de autorização do Poder Público e se sujeitam a seu controle e fiscalização. Também as sociedades estrangeiras, isto é, com sede, administração e regidas pelas leis do país de origem, devem obter prévia autorização para funcionar no Brasil e aqui realizar negócios (Decreto-Lei n. 2.627/40)[1].

A exigência de autorização para o exercício da atividade econômica em certos setores da economia é respaldada pelo artigo 170, parágrafo único, da Constituição Federal, que dispõe: "É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei." Desse modo, é possível que haja restrições, por razões de conveniência ou interesse público, que serão definidas e regulamentadas, em cada caso, pelo Poder Legislativo.

[1] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado.* São Paulo: Saraiva, 2017, p. 582.

O Código Civil de 2002 adotou como critério para a exigência de autorização de determinadas sociedades a nacionalidade (país em que foi constituída a sociedade e onde tem sua sede) ou a atividade a ser exercida. Referida autorização será sempre prestada pelo Poder Executivo federal, que poderá cassá-la no caso de infração de disposição de ordem pública ou prática de atos contrários aos fins declarados no seu estatuto.

Uma vez concedida a autorização, a sociedade deve entrar em funcionamento nos próximos doze meses, sob pena de ser considerado caduco o ato, salvo estipulação de prazo diverso em lei ou em ato do poder público (artigo 1.124).

> O 'entrar em funcionamento' deve ser entendido como "dar início ao exercício da atividade econômica que é objeto da autorização", pois é possível que se trate de a sociedade já existente, explorando outro ramo de atividade econômica não dependente de autorização governamental[2].

Após delinear as regras gerais, o Código Civil regulamentou especificamente as sociedades dependentes de autorização – nacionais (artigos 1.126 a 1.133) e estrangeiras (1.134 a 1.141).

A sociedade nacional é aquela organizada em conformidade com a lei brasileira e que tenha no país a sede de sua administração, consoante define o artigo 1.126 do CC. Assim constituída, sua organização e funcionamento serão regidos pela legislação pátria, ainda que seus sócios ou acionistas controladores residam no exterior. A empresa multinacional, por exemplo, quando constituída no Brasil, adotando uma das formas societárias estabelecidas pelas normas brasileiras, é considerada sociedade nacional.

O requerimento de autorização de sociedade nacional deve ser acompanhado de cópia do contrato, que deve conter a assinatura de todos os sócios. No caso de sociedade anônima, a legislação especial de regulação de cada atividade submetida a regime de autorização estabelecerá os documentos necessários e as exigências a serem cumpridas.

A sistemática de autorização implica a necessidade de estrita observância dos requisitos estabelecidos pela legislação aplicável a cada atividade submetida a esse regime. Assim, cabe ao Poder Executivo verificar

[2] GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 516.

o atendimento aos requisitos legais e exigir, se for o caso, alterações ou aditamento no contrato ou no estatuto. Cumpridas as formalidades legais por parte dos sócios, bem como realizada prova da retificação, terá continuidade o processo de autorização. Ademais disso, o Poder Executivo poderá recusar a autorização, se a sociedade não atender às condições econômicas, financeiras ou jurídicas especificadas em lei.

O ato de autorização é concedido mediante decreto, o qual deverá ser publicado no Diário Oficial da União no prazo de trinta dias, ficando a sociedade habilitada para providenciar a inscrição de seus atos constitutivos perante o Registro Público de Empresas Mercantis, em se tratando de sociedade empresária, e no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, no caso de sociedade simples. O termo de inscrição no registro competente também deverá ser objeto de publicação no Diário Oficial da União.

Como no regime anterior, o atual Código só impôs autorização prévia para a constituição no tocante à sociedade anônima aberta, formada por subscrição pública (art.1.132). A constituição de companhia por subscrição pública depende do prévio registro da emissão na Comissão de Valores Mobiliários – CVM (Lei n. 6.404/76, art. 82). As exigências e requisitos para a constituição de companhia por subscrição pública são bem mais amplos e detalhados pela Lei das Sociedades Anônimas, obrigando os fundadores, inclusive, a apresentar estudo de viabilidade econômica e financeira do empreendimento (Lei n. 6.404/76, art. 82, § 1º).

As modificações do contrato ou do estatuto da sociedade sujeita a autorização do Poder Executivo, dependem de aprovação da autoridade competente, salvo no caso de operações destinadas ao aumento do capital social por utilização de reservas ou reavaliação do ativo. Isto porque, durante todo o período de funcionamento da sociedade, deverão ser observadas e mantidas as mesmas condições existentes por ocasião do ato autorizativo, e a mudança do contrato ou do estatuto da sociedade poderá implicar o descumprimento de exigências expressas previstas na legislação própria[3].

O Código não elenca quais as sociedades nacionais dependem de autorização para funcionar, o que coube às leis especiais. No entanto, estabeleceu ser ela indispensável para o funcionamento de sociedade estrangeira

[3] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado.* São Paulo: Saraiva, 2017, p 587.

no Brasil, qualquer que seja seu objeto e qualquer que seja sua forma (artigo 1.134).

A sociedade estrangeira é definida como aquela constituída de acordo com as leis de seu país de origem e que nele tem sua sede e administração. Pode a sociedade estrangeira atuar no Brasil por si mesma ou por intermédio de estabelecimentos filiais, sucursais, agências, escritórios de representação ou postos comerciais, mantendo seu estabelecimento-sede no país em que foi constituída[4]. A lei excepciona a exigência de autorização na hipótese de a sociedade estrangeira participar do capital de sociedade anônima nacional, constituída sob a lei brasileira.

A sociedade estrangeira autorizada a funcionar no Brasil não pode iniciar sua atividade antes de inscrita no registro próprio do lugar em que for estabelecida. Nessa oportunidade, ela deverá comprovar ter efetuado o depósito do capital declarado e apresentar os documentos relacionados no §2º do artigo 1.136 do CC[5]. Como procedimento final, o registro da inscrição deverá ser publicado no Diário Oficial da União (art. 1.131, parágrafo único).

Autorizado o funcionamento da sociedade estrangeira no Brasil, os atos e negócios por ela realizados no país serão regulados pela legislação nacional, não se aplicando o regime legal do país de origem. A sociedade estrangeira atua no Brasil sob o mesmo nome empresarial ou denominação de seu país de origem. É facultado, porém, à sociedade estrangeira autorizada, em sua identificação, acrescentar as palavras "do Brasil" ou para o Brasil", nome empresarial somente aplicável para a oferta de bens ou serviços e negócios realizados no País.

No caso das sociedades estrangeiras, sua autorização pode ser cassada, não só por não atender aos pressupostos do art. 1.125, mas, ainda, por outros motivos, como i) por não cumprir as condições, nela fixadas, convenientes e à defesa dos interesses nacionais (art. 1.135); ii) por não pos-

[4] Idem.

[5] § 2o Arquivados esses documentos, a inscrição será feita por termo em livro especial para as sociedades estrangeiras, com número de ordem contínuo para todas as sociedades inscritas; no termo constarão:

I – nome, objeto, duração e sede da sociedade no estrangeiro;

II – lugar da sucursal, filial ou agência, no País;

III – data e número do decreto de autorização;

IV – capital destinado às operações no País;

V – individuação do seu representante permanente.

suir ou deixar de manter representante permanente no Brasil com poderes para resolver quaisquer questões e receber citação judicial (art.1.138); iii) por não reproduzir no órgão oficial as publicações que, segundo sua lei nacional, seja obrigada a fazer no seu país de origem ou no Brasil, relativas a balanços e atos de administração (art. 1.140 e parágrafo único).

> As alterações do contrato ou do estatuto das sociedades estrangeiras deverão ser submetidas à aprovação do Poder Executivo, a fim de assegurar sua compatibilidade com a legislação nacional, sob pena de não produzir efeitos no território nacional.
>
> A sociedade estrangeira admitida a funcionar no País poderá nacionalizar-se, isto é, transferir sua sede e administração para o território nacional, renunciando à nacionalidade de seu país de origem. Nesse caso também haverá exigência de autorização por parte do Poder Executivo, que poderá, além dos requisitos formais (artigo 1.141, §1º), estipular outras condições que julgar convenientes à defesa dos interesses nacionais.
>
> Após atendidos todos os requisitos, será expedido o ato autorizativo, com o cumprimento dos procedimentos complementares de inscrição da sociedade no registro competente e publicação do respectivo ato de autorização.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 516.

XLV. Função econômica da empresa

Karim Regina Nascimento Possato

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques

Inegável que a empresa, no contexto social, sempre constituiu um fator de impulsão à economia, pois, sem a atividade empresarial, não há desenvolvimento. Ao mesmo tempo em que as empresas são fontes de renda e emprego à massa de trabalhadores, são vetores de movimentação do capital. Se pudéssemos comparar o sistema econômico a um organismo vivo, poderíamos dizer que as empresas são o sangue que circula em suas veias e artérias, levando os nutrientes e demais elementos químicos e orgânicos necessários a todas as células do organismo para que ele continue vivo, exercendo sua função.

No entanto, a empresa em si é somente a pessoa jurídica que representa determinada atividade econômica, a par da abstração que configura sua personalidade. Nesse sentido, deve-se, a todo o momento, reafirmar que o lugar do protagonismo no exercício da empresa é das pessoas naturais, que assumem todo o risco do negócio e exercem o empreendedorismo criando novos produtos, novos métodos de produção e novos mercados, num "processo de destruição criativa" em que se desconstrói o velho para criar o novo[1].

É o empresário que detém a primazia no exercício da atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços a fim de atender a demandas sociais. Por isso, ao empreendedor cabe a identificação de tais necessidades e o lançamento na atividade empresarial. Não é à toa que o Código Civil brasileiro, nos termos mencionados e conforme o artigo 966, não conceitua a empresa, mas o empresário, sem escudar o fato de que a empresa é o instrumento para a busca do lucro em um ambiente de grande incerteza e risco[2].

---

[1] SEBRAE. *O que é ser empreendedor*. Disponível em: http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/bis/o-que-e-ser-empreendedor,ad17080a3e107410VgnVCM1000003b74010aRCRD. Acesso em: 24 ago. 2019.

[2] SZTAJN, Raquel. *Teoria jurídica da empresa*: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2

O conceito de empresa consiste, portanto, "na exploração de uma atividade econômica de forma organizada, mediante a conjugação de empresário, capital e força de trabalho, para produção ou a circulação de bens ou serviços", o que permite inferir a distinção entre empresa e empresário, ou sociedade, em que a empresa é o objeto do qual o empresário, ou a sociedade, é o sujeito[3].

Nesse alinho, é preciso frisar que a Constituição Federal de 1988 assegura a todos o exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização do Poder Público, ressalvado os casos expressamente previstos em lei, consistindo a livre iniciativa um valor que fundamenta a própria ordem econômica constitucional (CF, artigo 170).

Tão importante é a atividade econômica pautada no empreendedorismo que a Constituição autorizou sua exploração direta pelo Estado, quando necessária aos imperativos, da segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (CF, artigo 173).

Isso porque é característica do sistema capitalista a posse e alocação dos recursos por organizações externas aos órgãos governamentais, como as empresas, unidades domiciliares e mercados[4]. É nesse contexto, que as empresas podem ser entendidas como as verdadeiras criadoras da riqueza nacional, incumbindo ao Estado a regulação e promoção de um ambiente que proporcione e se adeque ao desenvolvimento empresarial[5].

Nesse sentido, é função do ordenamento jurídico a redução das incertezas decorrentes da ausência de regras regulatórias, a fim de possibilitar ao empresário melhor previsibilidade no exercício da atividade econômica, permitindo melhores avaliações do risco de seu negócio. "A falta de um marco regulatório claro sobre a atividade empresarial cria um clima de incerteza e insegurança, inibe o investimento e a inovação e colabora para aumentar os custos de transação e diminuir a produtividade"[6].

---

[3] DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Da função social da empresa à responsabilidade social. In: MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, et al (Coord.). *Direito empresarial, direito do espaço virtual e outros desafios do direito*: homenagem ao Professor Newton de Lucca. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 473-504.

[4] ALCHIAN, Armen; DEMSETZ, Harold. Produção, custos de informação e organização econômica. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 45, n. 3, p. 92-108, jul./set. 2005, p.93.

[5] WALD, Arnoldo. *Direito civil*: direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2012. 8 v, p.36.

[6] BARBOSA, Leonardo Garcia. Conceito e função econômica da empresa. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 202, abr/jun, 2014, p. 251-277.

O desdobramento da atividade econômica exige do ordenamento jurídico o estabelecimento de normas claras e consistentes, que constituam alicerces sólidos para o exercício dos direitos de propriedade, além da necessária orientação à formação de contratos que permitam e garantam a segurança jurídica e proteção contra o abuso privado ou do Estado[7].

Esse viés protetivo é determinante para a mensuração dos custos de transação, enfoque sob o qual reside a função econômica da empresa, traduzida na opção que se expõe ao empresário a partir da fricção existente entre as trocas. Noutras palavras, se o empresário reconhece que a organização da produção se traduz em menores custos de transação que a aquisição de insumos no mercado, ele deve optar pela atividade econômica típica da empresa.

Assim, "a constituição de uma empresa permite a redução dos custos de transação decorrentes da celebração caso a caso de um contrato no mercado para determinar o preço, a quantidade, a qualidade, a data da entrega, o crédito e as garantias"[8], concretude do exercício da atividade econômica pelos particulares que, além de garantido é incentivado, uma vez que o progresso gerado por essas inter-relações promovidas a partir do exercício da atividade empresarial é a fonte de realização de grande parte das políticas públicas que se direcionam à promoção do bem de todos de forma indistinta, alinhando-se, portanto, aos objetivos da República, nos termos do artigo 3º, inciso IV, da CF[9].

Nesse diapasão, o recolhimento pelas empresas ao Estado de tributos que tenham como fato gerador o exercício da própria atividade empresarial, seja a partir da produção, comércio ou oferta de serviços, constitui fonte e garantia da atuação estatal na consecução de seus objetivos voltados ao interesse coletivo, como já dito, sedimentado a partir do planejamento e execução de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento nacional.

---

[7] A exemplo disso, a Lei federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com a participação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SAE), e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Ao CADE, autarquia federal, compete o exercício da jurisdição administrativa, enquanto à SAE incumbe a promoção da concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade.

[8] POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 6. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2003, p. 407.

[9] BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. In:SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZAROBA, Orides (Coord.). *Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.2, p. 191-213.

Como anteriormente mencionado, a atividade empresarial calcada nos fundamentos econômico-jurídicos, ou direitos fundamentais econômicos representados pela livre iniciativa e livre concorrência, é exercida em um espaço específico, o mercado, "no qual os direitos fundamentais da liberdade econômica e da propriedade permitem a interação dos sujeitos por meio da oferta e da procura a redundar em um equilíbrio", atendendo "os interesses individuais (ou egoísticos) dos participantes do mercado em favor de todos apesar do aparente antagonismo"[10]. De fato, é no livre mercado que ocorre a aproximação entre os sujeitos que objetivam a troca de bens e serviços e buscam a satisfação de suas necessidades.

A empresa, nesse universo, recebe atenção merecida do Estado ao se promover a necessária separação do empresário, enquanto pessoa física titular do exercício da atividade empresarial, da empresa propriamente dita, enquanto ente abstrato, pois que, essa última, ao adquirir personalidade jurídica própria, a despeito das diversas possibilidades de constituição de sociedades empresárias admitidas na lei civil, permite a limitação da responsabilidade, promovendo, portanto, a minimização dos riscos da atividade empresarial, afinal, desde que não haja desvio de finalidade, o dever indenizatório ou creditício atingirá somente o capital social.

Com isso, é possível identificar, segundo Asquini[11], quatro perfis que se ligam a elementos intrínsecos à empresa: (1) o perfil subjetivo, em que ela é entendida a partir do empresário, que exerce a atividade organizada de forma profissional; (2) o perfil funcional, a atividade empresarial propriamente dita, em que a empresa é interpretada como a força em movimento direcionada a determinado fim produtivo com a realização do lucro; (3) o perfil objetivo, pois que a empresa é patrimônio enquanto estabelecimento, distinto do patrimônio do empresário; e (4) o perfil corporativo, considerando-se a empresa como instituição, integrada e organizada por pessoas (empresário, empregados e colaboradores) que buscam um fim comum.

Denota-se, por outro lado e destacadamente, um ponto de toque entre a função econômica da empresa, voltada ao fim utilitarista da própria atividade empresarial, e a função social a que se lhe impõe, pois "a propriedade [nos termos da Carta Magna] atenderá a sua função social" (CF, artigo

[10] BENACCHIO, Marcelo. Op cit, p. 192.

[11] ASQUINI, Alberto. Profili Dell'impresa. In: *Rivista Del Direitto Commerciale*. Genaio-febraio, anno XLI. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1943, p.1.

5º, inciso XXIII), e, nesse sentido, vale a lição de Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca[12], que inserem os empregados, fornecedores, a comunidade em que a empresa atua e o próprio Estado como interessados, em decorrência das contribuições fiscais e parafiscais. Segundo eles, quatro são consideradas as modernas funções sociais da empresa: (1) a primeira diz respeito às condições de trabalho e às relações com os empregados; (2) a segunda voltada ao interesse dos consumidores relacionado à qualidade e preço dos produtos; (3) a terceira em relação ao interesse dos concorrentes, afastando-se o empresário da concorrência desleal e do abuso do poder econômico, cumprindo, portanto, com os deveres éticos da empresa; (4) e por fim, o compromisso que a empresa deve assumir com os interesses de preservação ecológica, urbana e ambiental.

Portanto, a função econômica da empresa, amparada na livre iniciativa, livre concorrência, na autorregulação do mercado, intervenção mínima do Estado, vinculada diretamente à movimentação do capital e na circulação dos bens de produção e serviços, ao mesmo tempo em que realiza o fim individual do titular da atividade empresarial, traduzida pelo lucro, proporciona o desenvolvimento dos fins colimados pelo próprio Estado na busca pelo pleno emprego, assegurando a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BARBOSA, Leonardo Garcia. Conceito e função econômica da empresa. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 202, abr./jun., 2014, p. 251-277.

CAVALI, Cássio Machado. *Empresa, direito e economia*: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico. 2012. 304 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

[12] CARVALHOSA, Modesto; LATORACA, Nilton. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.237-238.

XLVI. Sociedade Estrangeira

Luís Inácio Lucena Adams

Giuseppe Giamundo Neto

As pessoas jurídicas, assim como as físicas, também possuem nacionalidade. Reputa-se estrangeira a sociedade empresária que não é organizada em conformidade com a lei brasileira, nem tem no Brasil a sede de sua administração[1]. Estes critérios para definição da nacionalidade da sociedade decorrem de interpretação a contrario sensu do disposto no art. 1.126 do Código Civil, pelo qual "é nacional a sociedade que está organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração".

As sociedades obedecem à lei do Estado em que se constituírem, conforme dispõe o artigo 11 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Dec.-lei 4.677, de 04.09.1942). O mesmo dispositivo, em seu §1º, impede as sociedades estrangeiras de possuir filiais, agências ou estabelecimentos no Brasil, sem prévia aprovação do Governo brasileiro de seus atos constitutivos. E uma vez autorizadas a se estabelecer no País, ficam sujeitas à lei brasileira.

Desse modo, tem-se que a sociedade estrangeira não pode funcionar no Brasil sem autorização do Poder do Executivo, ainda que por estabelecimentos subordinados. É o que determina, ademais, o Código Civil em seu art. 1.134. O vocábulo funcionamento tem o significado de "prática habitual, no território do Brasil, de atos típicos da atividade que constitui o objeto social da sociedade estrangeira"[2]. Funciona, portanto, no Brasil, a sociedade que exerce aqui o seu objeto social em caráter contínuo e duradouro.

Vale destacar que a necessidade de prévia autorização é um mecanismo que tem por escopo defender a economia nacional, buscando impedir que sociedades estrangeiras atuem no País sem que o Poder Público

[1] Cf. ALARCON, Sylvio. Sociedades empresárias estrangeiras: estudo à luz do direito de empresa. *Revista de Direito Privado*. Vol. 70/2016, p. 237-256, out./2016.

[2] Cf. XAVIER, Alberto. Direito Tributário Internacional do Brasil. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 384.

possa fiscalizar as suas atividades[3]. Nesse sentido, a autorização designa o ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos[4].

A discricionariedade da concessão da autorização, contudo, restringe-se apenas aos casos em que o funcionamento da sociedade no País comprometa a defesa dos interesses nacionais (Código Civil, art. 1.135, *caput*). E mesmo nessas hipóteses, a negativa ou a restrição ao funcionamento deve ser objeto de decisão devidamente fundamentada (Lei. 9.784/99, art. 50). Inexistindo situação que coloque em risco os interesses nacionais, a concessão de autorização é obrigatória, desde que preenchidos os requisitos previstos em lei, quais sejam: (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, profissão, 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 fixou 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; (v) último balanço (Código Civil, art. 1.134, §1º).

A autorização para funcionamento no País se dá mediante decreto editado pelo Poder Executivo (Código Civil, art. 1135, §único). Uma vez concedida, a sociedade estrangeira passa a gozar e a exercer direitos dentro do território nacional, passando a ter domicílio no Brasil, no que passa a se equiparar às sociedades nacionais. Fica, portanto, sujeita às leis e aos tribunais brasileiros, quanto aos atos ou operações aqui praticados.

Outra particularidade envolvendo as sociedades estrangeiras autorizadas a funcionar no País diz respeito à obrigatoriedade de que possuam, permanentemente, representante no Brasil com poderes para resolver quaisquer questões e receber citação judicial pela sociedade (Código Civil, art. 1.138). Os representantes são de grande importância para as sociedades estrangeiras, na medida em que são eles que realizam os atos

[3] Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de empresa* (coord. Antônio Junqueira Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 13, p. 589.

[4] Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 29ª edição, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, pp. 271-272.

atinentes à administração e à atuação em juízo da sociedade[5]. Deve-se destacar que no caso específico de emissão de debêntures no exterior por companhias estrangeiras autorizadas a funcionar no País, os credores por obrigações contraídas no Brasil terão preferência sobre os créditos, nos termos do art. 73 da Lei 6.404/76.

Ademais, qualquer modificação no contrato ou no estatuto social das sociedades estrangeiras dependerá de aprovação do Poder Executivo, sob pena de não produção de efeitos no território nacional (Código Civil, art. 1.139).

Quanto às publicações contábeis, o art. 1.140 do Código Civil determina que a sociedade estrangeira reproduza na imprensa oficial as publicações que, segundo a sua lei nacional, seja obrigada a fazer relativamente ao balanço patrimonial e ao resultado econômico, bem como aos atos de sua administração, sob pena de lhe ser cassada a autorização. Deve, ainda, publicar o balanço patrimonial e o de resultado econômico das sucursais, filiais ou agências existentes no País.

Finalmente, importa destacar que as sociedades estrangeiras têm a possibilidade de alterar a sua nacionalidade, transferindo a sua sede para o Brasil. Nesta hipótese, a sociedade que adquire a nacionalidade brasileira continua a ser a mesma pessoa jurídica, ainda que, segundo a lei de sua origem, possa ser considerada dissolvida pelo fato de mudar de nacionalidade[6]. Para assim proceder, a sociedade estrangeira deve formular requerimento ao Poder Executivo, que poderá impor as condições que julgar convenientes à defesa dos interesses nacionais. Uma vez aceitas as respectivas condições, o Poder Executivo expedirá decreto autorizativo à inscrição da sociedade e publicação do respectivo termo (Código Civil, art. 1.141).

---

[5] Cf. ALARCON, Sylvio. Sociedades empresárias estrangeiras: estudo à luz do direito de empresa. *Revista de Direito Privado*. Vol. 70/2016, p. 237-256, out./2016.

[6] Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de empresa* (coord. Antônio Junqueira Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 13, p. 609.

XLVII. Escrituração empresarial

Joice Ruiz Bernier

Todo empresário e as sociedades empresárias são obrigados a adotar um sistema de contabilidade, que pode ser eletrônico ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, de forma contábil, em correspondência com a documentação respectiva, bem como a levantar o balanço patrimonial contábil e o de resultado econômico anualmente, conforme determina o artigo 1.179 do Código Civil (Lei 10.406/02)[1–2]. Portanto, "o exercício regular da atividade empresarial pressupõe a organização de uma contabilidade, a cargo de profissionais habilitados"[3].

Exceção a essa regra é feita ao pequeno empresário, assim considerado o do art. 68 da Lei Complementar 123/06. Todavia, caso se trate de sociedade de propósito específico (SPE), ainda que constituída por microempresário ou empresário de pequeno porte, a legislação obriga a escrituração dos livros Diário e Razão (art. 56, par. 2º, inc. IV, da Lei Complementar 128/08).

Nas lições de Fábio Ulhoa Coelho, a escrituração possui função: i) gerencial, eis que serve de instrumento para que o empresário ou a sociedade adote decisões administrativas, financeiras e comerciais; ii) documental, posto demonstrar para terceiros o resultado das atividades comerciais; e iii) fiscal, por ser um instrumento para o controle e incidência de tributos[4].

O artigo 1.180 do Código Civil prevê como obrigatório apenas o livro Diário, mas, além dele, também é livro contábil obrigatório o Livro

[1] Além do Código Civil, a Lei 6.404/76 prevê, em seu art. 177, que: "A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência".

[2] Também nesse sentido, o *caput* do art. 1º do Decreto lei 486/69: "Todo comerciante é obrigado a seguir ordem uniforme de escrituração, mecanizada ou não, utilizando os livros e papéis adequados, cujo número e espécie ficam a seu critério".

[3] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de empresa.* Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 141.

[4] Idem, p. 141-143.

Razão (art. 14 da Lei 8.218/91, art. 62 da Lei 8.383/91, art. 259 do RIR e Norma interpretação técnica geral ITG 2000 R1). O Livro Diário registra diariamente as operações que afetam a situação patrimonial da empresa, além de conter o balanço patrimonial e de resultado econômico (art. 1.184 do Código Civil). Por sua vez, o Livro Razão controla, de maneira individual, o saldo de todas as contas patrimoniais que foram descritas no Livro Diário.

Importante ressaltar que o empresário e a sociedade empresária devem observar todas as disposições constantes na legislação (em especial, as legislações mercantil, trabalhista e tributária) no que diz respeito à escrituração, inclusive para as sucursais, filiais e agências (art. 1.195 do Código Civil). Assim, também são obrigatórios para as sociedades anônimas o Livro de Registro de Ações Nominativas, o Livro de Transferência de Ações Nominativas, o Livro de Registro de Partes Beneficiárias Nominativas e o de Transferência de Partes Beneficiárias Nominativas, o Livro de Atas das Assembleias Gerais, o Livro de Presença dos Acionistas, os Livros de Atas das Reuniões do Conselho de Administração e o Livro de Atas e Pareceres do Conselho Fiscal (art. 100 da Lei 6.404/66). Também é necessário, por exemplo, o Livro Registro de Duplicatas para os que emitem duplicatas mercantis ou de prestação de serviços (art. 19 da Lei 5.474/68). É obrigatório o Livro de Registro de Empregados (art. 41 da CLT), além de inúmeros livros fiscais, como Livro de Apuração do Lucro Real, Livros de Registro de Entrada e Saída de Mercadorias, Livro de Inventário, Livro de Apuração do ISS, dentre outros.

A escrituração mercantil somente será considerada regular se atender formalidades intrínsecas e extrínsecas. Ela deve ser feita 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 (art. 1.183 do Código Civil).

Os livros obrigatórios também devem ter termo de abertura e encerramento e serem autenticados no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 1.181 do Código Civil). Note-se que a autenticação na Junta Comercial não é necessária quando substituída pela autenticação de livros contábeis das empresas por meio do Sistema Público de Escrituração Digital

(SPED), mediante a apresentação da escrituração contábil digital (Decreto n.º 8.683/16).

O Código Civil não prevê nenhuma sanção para o descumprimento da escrituração empresarial, o que não significa a falta de consequências e/ou sanções nas hipóteses de irregularidade.

A escrituração irregular ou a inexistência dos livros obrigatórios acarreta a presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte contrária, ainda que admita prova em contrário. Além disso, a falta de elaboração, escrituração ou autenticação, será tipificada como crime falimentar, caso seja decretada a falência do empresário ou da sociedade empresária e impede a concessão da recuperação judicial (arts. 178 e 51, inc. V, da Lei 11.101/05, respectivamente).

O empresário e a sociedade empresária são responsáveis pela escrituração empresarial, devendo, inclusive, assinar o balanço patrimonial e o de resultado econômico, juntamente com um técnico em ciências contábeis (art. 1.184, par. 2º, do Código Civil).

O princípio do sigilo dos livros empresariais é consagrado pelo Código Civil, nos termos do art. 1.190. O juiz somente pode autorizar a exibição integral dos livros quando necessária para a resolução de questões que envolvam sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão a conta de outrem ou em hipótese de falência (art. 1.192 do Código Civil). A exceção ao sigilo é prevista para as autoridades fazendárias, no exercício da fiscalização do pagamento de impostos, mas devem se ater ao exame dos pontos objeto da investigação (art. 1.193 do Código Civil, art. 33, par. 1º da Lei 8.212/91, e Súmula 439 do STF).

Por fim, a guarda da escrituração empresarial pelo empresário e a sociedade empresária é obrigatória enquanto não ocorrer prescrição ou decadência no tocante aos atos nele consignados (art. 1.194 do Código Civil).

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

Almeida, Amador Paes. *Manual das sociedades comerciais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Carvalhosa, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial:* direito de empresa volume 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Coelho, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Figueiredo, Ivanildo. *Teoria crítica da empresa*. São Paulo: IASP. 2018.

Gelbcke, Ernesto Rubens; Santos, Ariovaldo dos; Iudícibus, Sérgio de; Martins, Eliseu. *Manual de contabilidade societária:* aplicável a todas as sociedades de acordo com as normas internacionais e do CP*C*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Henrique, Manoel de Almeida. *Livros contábeis e escrituração contábil no atual cenário tributário*. São Paulo: Trevisan Editora, 2016.

Iudícibus, Sérgio de; Marion, José Carlos. *Contabilidade comercial*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

Marion, José Carlos. *Contabilidade empresarial:* instrumentos de análise, gerência e decisão. Atualizador: Ricardo Pereira Rios. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Venosa, Sílvio de Salvo e Rodrigues, Cláudia Rodrigues. *Direito civil:* direito empresarial: volume 8. São Paulo: Atlas, 2010.

Wald, Arnoldo. *Comentários ao Novo Código Civil:* do direito da empresa: volume XIV. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

XLVIII. Direito das empresas em crise

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo

1 Introdução

O Direito das Empresas em Crise assume hoje um papel importante entre os diversos ramos do Direito Empresarial. Nem sempre foi assim, no entanto. Até há algum tempo muitos o consideravam uma parte do Direito Processual, na medida em que tratava da execução coletiva – ou seja, a falência – que nada mais seria do que uma vertente do processo de execução. Essa antiga concepção, contudo, não resiste a uma crítica mais acurada. Neste verbete, algumas considerações serão apresentadas, e poderão ajudar a que se tenha uma visão acertada dessa questão.

2 O nome da disciplina

O nome aqui adotado, Direito das Empresas em Crise, é igualmente o utilizado em cursos de faculdades de direito. Não há, contudo, unanimidade nesse ponto. Vale a pena, por isso, lembrar algumas, até porque todos eles ainda têm seus preferidos.

O elenco poderia ser iniciado lembrando de Direito das Quebras. Sua origem, ao que consta, viria da prática dos primeiros mercadores, que exerciam a mercancia nas praças de comércio, e expunham as mercadorias em bancas. Se viessem a deixar de ter a capacidade de cumprir as obrigações assumidas, suas bancas eram literalmente quebradas. Daí a referência a quebras, e o termo *bancarrota*, que significa exatamente banca quebrada. Dizia-se também que esse mercador estava quebrado. Cabem aqui duas anotações. A primeira é a de que, no nosso Código Comercial do Império do Brasil, a Parte Terceira, dedicada ao tema, era intitulada *das quebras.* E a segunda é a de que a legislação norte-americana tem o nome de *Bankruptcy* (ou seja, bancarrota) *Act*.

Uma denominação muito disseminada (usada, no Brasil, até a revogação, em 2.005, do Decreto-lei 7.661, de 1945) era *Direito Falimentar*, ou *Falitário*, segundo alguns, sob o argumento de que o outro termo con-

tinha um italianismo. A expressão, em que pese seu uso reiterado, facilitado pela referência evidente ao estado de *falência* do devedor, não expressava inteiramente o conteúdo da matéria, uma vez que nada dizia das concordatas, preventiva ou suspensiva.

Outra denominação, utilizada principalmente na Espanha e nos países hispano-americanos, é *Direito Concursal*. Sua razão de ser está no fato de que, nos diversos institutos nele disciplinados, encontra-se sempre um ponto comum, qual seja o de que se cuida de uma relação jurídica formada, de um lado, por um devedor, e, do outro, pela coletividade dos credores. Todos estes *concorrem* a um patrimônio comum, do devedor. Estabelece-se, pois, entre os credores, um *concurso*. Esse caráter *concursal*, cumpre notar, está presente não só nos casos de liquidação ou falência, como também nas alternativas tendentes a recuperar a empresa. Também nesta segunda hipótese há uma coletividade de credores que concorrem a um patrimônio comum. A situação concursal existirá mesmo que não sejam *todos* os credores afetados, uma vez que alguns deles – como ocorre no direito brasileiro – não estejam sujeitos ao regime jurídico adotado. A concursalidade não está na abrangência de todos os credores, mas sim no fato de que determinados credores *concorrem* a um mesmo patrimônio.

Ultimamente vem sendo difundida a denominação, usada no sistema legal inglês, *Direito da Insolvência*. Em Portugal, por exemplo, o próprio diploma legal tem o nome de *Código da Insolvência e de Recuperação de Empresas.* Na Alemanha igualmente a matéria é disciplinada pela *Lei da Insolvência.* O grande mérito dessa expressão é reunir, num único termo, *insolvência*, as diferentes gradações da crise empresarial, e as possíveis soluções legais aplicáveis.

Para finalizar – sem a pretensão de esgotar a enumeração – cabe mencionar que, no direito francês, a expressão adotada, semelhante a que dá o título a este verbete, é *Direito das Empresas em Dificuldade.*

3 Da quebra dos mercadores à recuperação das empresas em crise

O ramo jurídico a que se refere este verbete vem experimentando uma constante evolução. O direito das empresas em crise, como hoje o conhecemos, teve seu início (sem considerar seus antecedentes, já no direito

romano) na Idade Média, com a solução dada à quebra dos mercadores: seus bens eram arrecadados e vendidos, e o produto da venda era rateado entre os credores. Basicamente é o que ainda se faz, nas falências ou liquidações.

Surgiram com o tempo medidas preventivas, como a moratória. Dava-se um prazo ao devedor para que este pagasse seus credores, eventual com algum desconto. Nada muito diferente, como se vê, da concordata preventiva, em vigor no Brasil até 2005.

As soluções existentes não eram, contudo, satisfatórias. Constatou-se que não bastava afastar do mercado as empresas insolventes, uma vez que, entre essas, encontravam-se algumas que poderiam superar a situação de crise, se dispusessem, para tanto, de um mecanismo jurídico adequado. Com isso, o foco da disciplina alargou-se, passando a abranger não apenas a simples falência, mas, indo além da antiga e insuficiente moratória, construindo um conjunto de regras apto a proporcionar a recuperação da empresa, desde que esta fosse economicamente viável. Para as inviáveis, continua sendo prevista a falência, mas, mesmo esta, com novas disposições legais, visando torná-la mais rápida e eficaz.

4 Um destaque: a finalidade da disciplina, hoje

Cabem aqui algumas poucas palavras, essenciais. Há uma palavra que resume, de modo preciso, o objetivo do direito das empresas em crise. O alvo central da disciplina, seu ponto nuclear, reside na preservação da empresa. Esta, em atuação no mercado, tem um valor superior ao da soma de todos os seus ativos. É o que se chama de *going concern value* (valor da empresa em atividade). Interessa a todos, portanto, que, se ela tiver condições para tanto, com o uso das medidas adequadas, volte a participar ativamente do mercado, competindo com as demais empresas. O benefício é geral, não apenas para a própria devedora e seus acionistas. Ela tornará a gerar lucros, empregos, novos negócios, e pagará mais impostos. Daí a evidente necessidade de sua preservação, desde que viável. A lei brasileira (11.101/2005) é expressa nesse sentido, ao dispor, no art. 47, sobre os objetivos da recuperação judicial.

5 Os institutos previstos no direito brasileiro

Uma breve referência impõe-se às diferentes soluções existentes no direito brasileiro a propósito das empresas em crise. De todas, a mais relevante, social, jurídica e economicamente, é a recuperação de empresas, com duas subespécies, a judicial e a extrajudicial.

A recuperação judicial, de mais largo uso, tem, como características principais: (i) manter a empresa em atividade sob a mesma direção, não sendo, como regra, afastados seus administradores; (ii) suspender, a partir da decisão que defere o processamento, as ações e execuções contra o devedor, além do curso da prescrição; (iii) fundar-se num plano de recuperação, a ser apresentado pelo devedor, e discutido com os credores; (iv) dar aos credores o poder de concordar ou discordar do plano, ensejando, ao submeter-se a deliberação ao juiz, no primeiro caso, a concessão da recuperação judicial, e, no segundo, a decretação da falência; (v) instituir, para as deliberações dos credores, a assembleia geral; (vi) facultar a criação de um comitê de credores; (vi) prever a nomeação de um administrador judicial, com funções principalmente fiscalizadoras da atividade da recuperanda e do cumprimento do plano, além de atuar na verificação de créditos e na organização do quadro geral de credores.

Já a recuperação extrajudicial caracteriza-se, como sua denominação indica, por possibilitar que os credores discutam, diretamente, fora da esfera judicial, o plano de recuperação, que poderá abranger apenas uma parcela dos credores. Uma vez concluído o plano, é ele apresentado em juízo e pleiteada sua homologação judicial, o que se dará após possibilitado o oferecimento de eventuais impugnações.

Quanto à falência, algumas inovações foram introduzidas. Em especial, fixou-se, como sua finalidade, a de "preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens" do devedor (art. 75 da Lei 11.101/2005). Ou seja, naturalmente mantida a venda dos bens e a distribuição do resultado entre os credores, quer-se que esses ativos sejam preservados, a fim de que ainda possam ser utilizados e se obtenha um valor maior por eles. Prevê-se, mais, uma ordem de preferência para a alienação dos ativos, que deverão ser vendidos, na primeira das hipóteses, em bloco (ou seja, a própria empresa), possibilitando que o adquirente assuma o negócio e dê sequência à atividade antes desempenhada pelo falido. Com o produto da alienação serão pagos os credores. Além disso, os ativos serão

alienados livres de ônus e sem sucessão do adquirente nas obrigações do devedor, inclusive as trabalhistas e fiscais.

Para as micro e pequenas empresas a Lei reserva um regime diferenciado, simplificado, com a apresentação de um plano especial e sem a convocação de assembleia geral de credores.

E, finalmente, cabe consignar que a Lei 11.101 não se aplica a algumas empresas (por exemplo, instituições financeiras e seguradoras), para as quais há expressa previsão de regimes específicos.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência:* Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial:* falência e recuperação de empresa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARVALHOSA, Modesto (coord.). *Tratado de direito empresarial:* recuperação empresarial e falência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 5.

CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETI, Emanuelle Urbano. *Dez anos da Lei nº 11.101/2005:* estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Almedina, 2015.

REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 3.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. Vol.2 – 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de e ABRÃO, Carlos Henrique (coord). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 6. ed, São Paulo: Saraiva, 2016.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de e SATIRO, Francisco. *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin/IBR, 2012.

XLIX. Preservação da empresa

Adriana Valéria Pugliesi

1 Introdução

A ideia da *preservação da empresa* no Direito Comercial brasileiro tem origem no âmbito do Direito Societário: a omissão do DL 3708/19[1] e a disciplina do então Código Comercial de 1850 autorizavam a dissolução das sociedades mercantis apenas pela manifestação da vontade de um dos sócios[2].

Com a tese "A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio" Rubens Requião conquistou a Cátedra na Universidade do Paraná em 1959, e lançou as bases do que hoje denomina-se *Preservação da Empresa*.

O Professor partiu dos elementos históricos que deram origem às sociedades mercantis[3] – em nome coletivo e comandita simples – demonstrando que, entre os sócios, não apenas na origem, mas ao longo de toda a relação societária, eram essenciais a manutenção da: (i) confiança mútua, (ii) boa-fé nas relações internas, e (iii) existência de um

[1] O art. 7º previa apenas a exclusão do sócio remisso, ou seja, inadimplente com a obrigação de integralizar o capital social.

[2] Art. 335 do CCo: "As sociedades reputam-se *dissolvidas:*

1.Expirando o prazo ajustado da sua duração,

2. Por quebra da sociedade ou de qualquer dos sócios

3. Por mútuo consenso dos sócios,

4. Pela morte de um dos sócios, salvo convenção em contrário a respeito dos que sobreviverem,

5. *Por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado."*

Art. 336 do CCo: "As mesmas sociedades podem ser *dissolvidas judicialmente, antes do período marcado no contrato*, a requerimento de qualquer dos sócios:

1. Mostrando-se que é impossível a continuação da sociedade por não poder preencher o intuito e o fim social...;

2. Por inabilidade de algum dos sócios ou incapacidade moral ou civil, julgada por sentença;

3. Por abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais, ou fuga de algum dos sócios."

[3] Rubens Requião, *A preservação da sociedade pela exclusão de sócio*, pp. 37-42. (https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO;jsessionid=C1C5609FCAFDC35BE0312582234558F9?sequence=1)

elo de colaboração ativa com a intenção de reunião de esforços para um fim comum. Com apoio em Fargosi, argumentava que a vontade de cada sócio deveria ajustar sua conduta para o interesse comum; e, com Troplong, afirmava que "a união traz a força, mas a discórdia arruína as melhores empresas."

Partindo da ideia de que a saúde da empresa exige que a relação entre os sócios mantenha permanente vínculo de colaboração ativa em benefício da atividade negocial e do fim comum – a "affectio societatis" – Requião afirmou, com apoio na doutrina do Direito Alemão (1861), que "a nova corrente determinou a revisão do princípio absolutista da dissolução total da sociedade, passando a admitir, em certas hipóteses, a exclusão do sócio, para evitar a sua extinção, em decorrência do desaparecimento da 'affectio societatis' em algum dos sócios."[4]

A ideia desenvolveu-se no âmbito societário inclusive para permitir a exclusão compulsória de sócio ou sua retirada voluntária em sociedades anônimas fechadas[5] (em que se reconheça o caráter *intuitu personae*), cujo recesso, em princípio, é restrito a determinadas hipóteses *clausus*[6].

[4] Idem, p. 41.

[5] STJ, RESP 1128431/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25/10/11:

COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA. CUNHO FAMILIAR. QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS. DISSOLUÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. PEDIDO FORMULADO POR ACIONISTAS MAJORITÁRIOS. POSSIBILIDADE. 1. Admite-se dissolução parcial de sociedade anônima fechada de cunho familiar quando houver a quebra da affectio societatis, com a retirada dos sócios dissidentes, após a apuração de seus haveres em função do valor real do ativo e do passivo. Precedentes. 2. Se o legislador autorizou os acionistas majoritários a pleitearem a dissolução total da sociedade – hipótese que leva à liquidação da empresa, com a saída de todos os sócios, inclusive os minoritários – está admitida também a sua dissolução parcial. Não há sentido em impedir que os acionistas majoritários busquem permanecer no controle da empresa, até porque representam a maioria do capital social e, a rigor, a vontade dominante no que se refere aos interesses convergentes que, desde o início, caracterizaram a *affectio societatis* e a forma de exploração do objeto social. 3. Nada impede os acionistas minoritários de apresentarem, em sede de defesa, reconvenção, caso concordem com a dissolução parcial mas entendam que os acionistas majoritários é que devem se afastar. Todavia, o que não se pode admitir é que, numa sociedade intuito personae com ruptura da *affectio societatis*, os sócios minoritários se postem contrários à dissolução parcial mas não demonstrem interesse em assumir o controle da empresa.

[6] Art. 137 da LSA.

Assim, a *preservação da empresa* – posteriormente alçada a princípio e a norma jurídica – resultou de criação doutrinária[7] e jurisprudencial[8] destinada a afastar a disciplina da *dissolução total* de sociedade mercantil, tal como prevista no então Código Comercial.

Atualmente, a preservação da empresa é reconhecida no Direito Comercial brasileiro, em particular no direito da insolvência ou das empresas em crise.

2 O princípio da preservação da empresa na Lei 11.101/05 (LRE)

A LRE adotou o princípio da preservação da empresa tanto na recuperação judicial[9] (art. 47), quanto na falência[10] (art. 75), como anota Nancy Andrighi[11].

---

[7] "Agindo por qualquer das formas enumeradas, seja abusando, seja violando ou fugindo, o sócio deixa de cumprir aquêles deveres que a confiança mútua e a colaboração ativa lhe impõem. Portanto, praticando qualquer dos atos referidos, negativos da 'affectio societatis', está o sócio faltoso inadimplindo suas obrigações naturais."(idem, p. 246).

[8] STF, RE n.° 9.929, Voto do Ministro Orozimbo Nonato. Confira-se, ainda, na obra citada, de Rubens Requião, no item n. 113, p. 181: "Com efeito, o pensamento do Supremo Tribunal Federal, expresso especialmente em votos dos Ministros Orozimbo Nonato e Lafayette de Andrade, é no sentido de dar plena validade á cláusula contratual de renúncia. Da lavra do primeiro é o excerto de voto: "E pôsto se trate de dissolução pleno jure, ela não se dará se a própria convenção a repulsa, pois válida é a cláusula restritiva, salvo se se tratar de renúncia de direito de pedir a dissolução por motivo justo" (Revista dos Tribunais, vol. 166, pg. 845); do segundo magistrado é o seguinte pronunciamento: "Vê-se, portanto, que não há declaração no acórdão em contrário à lei – a sociedade por tempo indeterminado – sine temporis proefinitione – dissolve-se por vontade de um dos sócios. Não há dúvida que nessa forma de sociedade é um direito dos sócios pedirem sua dissolução, mas é claro, êsse direito não é absoluto como pretende o recorrente, está sujeito às imposições do contrato" ("Revista de Direito Mercantil", vol. II, pg. 85, 1952)."

[9] TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles, PUGLIESI, Adriana Valéria, JUSTINO, Manoel e PEREIRA CALÇAS, Manoel Queiroz. *Tratado de Direito Empresarial*, Volume V, Cap. VII, A Recuperação Judicial, Coord. CARVALHOSA, Modesto, Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª edição, 2018.

[10] PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito Falimentar e Preservação da Empresa*, Cap. 4, São Paulo, Quartier Latin, 2013.

[11] Ao comentar os arts. 47 e 75 da Lei n.11.101/05 afirma que "*Os dois princípios, em verdade, poderiam ser resumidos em um único e maior princípio de todo o direito empresarial: a conservação da empresa.*" O fundamento deste princípio está, segundo a autora, apoiado na função social da atividade empresarial, que encerra um 'feixe de contratos' em que vários interesses se equilibram (de empregados, fornecedores, sócios, credores e outros). (*Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas – Lei n. 11.101/05, de 09 de*

Trata-se do reconhecimento de que a empresa – exercida sob a forma de sociedade ou não – possui uma *função social*, isto é, os interesses que decorrem do desenvolvimento de atividade econômica possuem valor jurídico relevante para muito além dos de seus titulares.[12]

Na origem está a *teoria social da propriedade*, inaugurada na Constituição de Weimar[13_14_15]. É sob essa ótica que pode ser interpretada a função social da empresa no âmbito do direito concursal contemporâneo: reconhecendo-se que os efeitos que resultam da crise da empresa não interessam apenas às esferas privadas do devedor e de seus credores.

Nesta linha de ideias, Eduardo Secchi Munhoz afirma que

---

fevereiro de 2005, Coord. CORRÊA-LIMA, Osmar Brina e CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 491-495).

[12] "A empresa é a racionalização dos fatores econômicos, tecnológicos e humanos da produção, instituída sob a forma de pessoa jurídica, a companhia. Tem a empresa uma óbvia função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais. (...). Consideram-se principalmente três as modernas funções sociais da empresa. A primeira refere-se às condições de trabalho e às relações com seus empregados, em termos de melhoria crescente de sua condição humana e profissional, bem como de seus dependentes. A segunda volta-se ao interesse dos consumidores, diretos e indiretos, dos produtos e serviços prestados pela empresa, seja em termos de qualidade, seja no que se refere aos preços. A terceiro volta-se ao interesse dos concorrentes, a favor dos quais deve o administrador da empresa manter práticas eqüitativas de comércio, seja na posição de vendedor, seja na de comprador. A concorrência desleal e o abuso do poder econômico constituem formas de antijuricidade tipificadas (...). E ainda mais atual é a preocupação com os interesses de preservação ecológica, urbana e ambiental da comunidade em que a empresa atua" (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3. ed., Saraiva, 2003, vol. 3, p. 275-276).

[13] Cidade alemã de Jena, na qual, em 1912, um grupo de juristas lançou o manifesto denominado "Por um novo direito", que, sem seu artigo 153 declarava: "A propriedade obriga. Seu uso deve ao mesmo tempo servir o interesse da sociedade" (cf. Fábio Nusdeo, Curso de economia, 3. ed., Revista dos Tribunais, 1989, p. 204 e 207).

[14] Karl Larenz afirma que "a Constituição de Weimar elevou o ideal de 'vinculação social' da propriedade à categoria de princípio jurídico" (Derecho civil, parte general, Editorial Revista de Derecho Privado/ Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 79, tradução livre).

[15] Igualmente, refere Fábio Nusdeo que "a atribuição à propriedade de uma função social, dentro de uma visão não mais negativa, mas eminentemente positiva, segundo a qual não basta a ela deixar de gerar efeitos nocivos, mas deve promover benefícios, ainda quando indiretos ao todo social. Trata-se do conceito jurídico de poder-dever, isto é, o poder dado ao titular de um direito como instrumento para que ele cumpra o dever decorrente daquela titularidade. E, portanto, passa-se a exigir dele, titular do direito, não apenas uma abstenção, mas uma ação, da qual, supostamente, advirão benefícios gerais, por exemplo, construindo um edifício ou plantando em terrenos até então ociosos" (Curso de economia, 3. ed., Revista dos Tribunais, 1989, p. 207).

> o direito falimentar – ou da crise da empresa – corresponde a um dos ramos do direito empresarial em que se evidencia com maior nitidez a função social da empresa, ou a necessidade de contemplar todos os interesses afetados, que não se resumem aos interesses do empresário. Os interesses externos, no momento da crise da empresa, passam ao primeiro plano, ao lado dos internos[16].

A preservação da empresa, como já tive ocasião de afirmar, parte da premissa

> de que a insolvência do devedor surte efeitos que transcendem aos interesses individuais entre o empresário e os seus credores, e por esta razão o instituto da falência não pode tratar exclusivamente da liquidação da empresa, mas, ao contrário deve encontrar meios de tutelar também a manutenção da atividade produtiva, dos postos de trabalho e da preservação da concorrência saudável ao mercado.[17]

Na recuperação judicial a preservação da empresa evidencia-se – como anota Francisco Satiro[18] – pela possibilidade de concessão da primeira com base na aprovação de um plano tão somente pela *maioria* dos credores (dispensando-se a concordância de *todos*), inclusive autorizando-se o magistrado a reduzir o quórum legal em determinadas circunstâncias.[19] Deve-se ressalvar, no entanto, que o instituto é reservado às empresas

---

[16] MUNHOZ, Eduardo Secchi. "Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial". Revista de Direito Bancário e do mercado de capitais. Ano 10, n. 36, abr-jun/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 186-190.

[17] PUGLIESI, Adriana Valéria. *A evolução do tratamento jurídico da empresa em crise no direito brasileiro.* Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2006, p. 42.

[18] *Direito Empresarial e outros estudos de Direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. "Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial", coord. Castro, Rodrigo R. Monteiro, Warde Jr. Walfrido e Guerreiro, Carolina Dias. "Direito Empresarial", Quartier Latin, 2013, pp. 111-113.

[19] STJ, REsp 1337989 / SP, Min. Luis Felipe Salomão, j. 08/05/2018:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO. APROVAÇÃO JUDICIAL. CRAM DOWN. REQUISITOS DO ART. 58, § 1º, DA LEI 11.101/2005. EXCEPCIONAL. MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

1. A Lei n° 11.101/2005, com o intuito de evitar o "abuso da minoria" ou de "posições individualistas" sobre o interesse da sociedade na superação do regime de crise empresarial, previu, no § 1º do artigo 58, mecanismo que autoriza ao magistrado a concessão da recuperação judicial, mesmo que contra decisão assemblear.

[...] 3. O microssistema recuperacional concebe a imposição da aprovação judicial do plano de recuperação, desde que presentes, de forma cumulativa, os requisitos da norma, sendo que, em

viáveis, ou seja, aquelas que possam obter as maiorias legais necessárias a aprovação de seu plano de reestruturação[20]. Trata-se, portanto, de um método estruturado de negociação; devendo prevalecer, em princípio, uma solução de mercado.

Na falência, o instituto da preservação da empresa ganha vida na possibilidade de alienação dos ativos em bloco, inclusive da empresa como um todo[21], sem sucessão do passivo; objetivando-se, com isso, melhor resultado no valor de venda, no interesse dos credores.

Na atualidade, a preservação da empresa está intimamente associada ao direito concursal[22], quase que como um "pleonasmo"; muito embora, esse princípio não se restrinja a esse ramo do direito comercial.

4 Conclusão

A preservação da empresa, fundada no reconhecimento de que atividade econômica desempenha uma *função social*, como acima exposto, é um dos pilares do atual direito comercial, em especial em matéria societária e concursal.

---

relação ao inciso III, por se tratar da classe com garantia real, exige a lei dupla contagem para o atingimento do quórum de 1/3 – por crédito e por cabeça –, na dicção do art. 41 c/c 45 da LREF. [...] 5. Assim, visando evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, é que deve agir o magistrado com sensibilidade na verificação dos requisitos do cram down, preferindo um exame pautado pelo princípio da preservação da empresa, optando, muitas vezes, pela sua flexibilização, especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores.

6. Recurso especial não provido.

[20] "O princípio da preservação da empresa deve aplicado em harmonia com o postulado que determina a retirada do mercado das empresas que se mostrarem economicamente inviáveis de recuperação. Inteligência do art. 47 da Lei n. 11.101/05. Agravo desprovido, para manter a convolação da concordata preventiva em falência." (AI n. 512.560 4/8-00, relator Des. Pereira Calças, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, TJSP, j. 19/12/2007).

[21] Art. 140 da LRE.

[22] "O princípio da preservação da empresa, pedra angular da Lei n. 11.101/05, que decorre do princípio constitucional da função social da propriedade e dos meios de produção, denominado pela doutrina de "função social da empresa", não pode ser invocado para justificar de forma ampla, abstrata e ilimitada, a manutenção da empresa que, em recuperação judicial, ostensivamente, não cumpre as obrigações assumidas no plano de recuperação. Verificado o inadimplemento das obrigações pactuadas no plano de recuperação que se venceram no biênio da supervisão judicial, o juiz, de ofício, deverá convolar a recuperação judicial em falência." (AI n. 601.295.4/1-00, relator Des. Pereira Calças, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, TJSP, j. 05/05/2009).

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina e CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas* – Lei n. 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

KARL, Larenz. *Derecho Civil*: parte general. Editorial Revista de Derecho Privado/ Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 10, n. 36, abr./jun. 2007. Editora Revista dos Tribunais, p. 185/199.

NUSDEO, Fabio. *Curso de economia*. 3. ed. Revista dos Tribunais, 1989.

PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito falimentar e preservação da empresa.* São Paulo: Quartier Latin, 2013.

PUGLIESI, Adriana Valéria. *A evolução do tratamento jurídico da empresa em crise no direito brasileiro.* Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

SATIRO DE SOUZA JR. Francisco. Direito Empresarial e outros estudos de Direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. CASTRO, Rodrigo R. Monteiro, WARDE JR. Walfrido; GUERREIRO, Carolina Dias (coord). *Direito empresarial*. Quartier Latin, 2013.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles; PUGLIESI, Adriana Valéria; JUSTINO, Manoel; PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. *Tratado de direito empresarial*: volume v. 2. ed. Thomson Reuters, 2018.

L. Falência (noções gerais)

Manoel Justino Bezerra Filho

1) O termo "falência", ao contrário do que ocorre com vários termos técnicos do jargão jurídico, não desperta qualquer estranheza mesmo ao leitor jejuno em direito, como, por exemplo, despertaria a palavra "*casamento nuncupativo"*, aqui tomado um termo a esmo, dentre os inúmeros existentes. Dito de outra forma, o termo falência imediatamente traz à lembrança do ouvinte ou do leitor, aquela situação na qual alguém entrou em estado de bancarrota, em estado de quebra, de tal forma que não terá condições de cumprir suas obrigações, de honrar seus compromissos. Ou seja, o termo falência, corretamente, é entendido por todos, independentemente de conhecimentos jurídicos específicos, como a situação de crise máxima para o campo empresarial.

2) Esta noção popular está correta, pois falência pode ser entendida desta forma, em princípio. No entanto, num exame técnico, como aqui se exige, é necessário lembrar que a falência, no sistema positivo brasileiro, não indica necessariamente um estado de insolvência, no qual o passivo é maior que o ativo; indica mais precisamente uma situação jurídica à qual pode ser conduzida a sociedade empresária ou o empresário que esteja em estado de inadimplência, comprovada por certos e determinados atos que a lei prevê de forma específica. Assim é que, pode ocorrer, embora não seja frequente, que ao fim do processo de falência, todas as dívidas tenham sido pagas integralmente e ainda sobre dinheiro para devolver ao falido, como aliás prevê especificamente o art. 153 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, a LREF, Lei 11.101, de 9.2.2005. Ou seja, para que se caracterize o estado de falência a justificar o decreto de quebra, a lei contenta-se com a comprovação do estado de inadimplência, não exigindo a prova do estado de insolvência.

3) O art. 1º da LREF prevê que podem ter sua falência decretada o "empresário" e a "sociedade empresária", excluindo portanto da possibilidade de falência todos aqueles que não sejam empresário ou sociedade empresária. O art. 2º prevê exclusões específicas, nominando a quais tipos de pessoas jurídicas não se aplica, em princípio, a LREF. Complemente-se

apenas que a EIRELI, prevista no art. 980-A do Código Civil, se exercente de atividade empresária, também pode ter sua falência decretada, o que não ocorrerá se exercer apenas atividade de sociedade simples. A falência será decretada por sentença conforme previsto no art. 99, pelo juiz estadual cuja competência é fixada na forma do art. 3º da LREF, afastada a competência do juiz federal, por força do inc. I do art. 109 da Constituição Federal, decreto do qual cabe recurso de agravo (art. 100 da LREF). O decreto de falência pode decorrer de pedido do credor (art. 94, inc. I a III), de pedido do próprio devedor, a chamada autofalência (art.105), ou de pedido do cônjuge sobrevivente ou herdeiro, em caso de falência de empresário individual falecido (art.97, II); ou ainda de pedido de cotista ou acionista (art. 97, III). Também poderá ocorrer a convolação da recuperação judicial em falência (art. 73).

4) Em oposição à execução judicial individual, entende-se que a falência é uma execução coletiva, pois todos os bens do falido serão arrecadados e avaliados (arts. 108/114), compondo-se então a massa falida objetiva, com bens que serão alienados para pagar, o quanto possível, os credores, que formam a massa falida subjetiva. O pagamento será feito observada rigorosamente a ordem do art. 149, sendo possível porém efetuar pagamentos antecipados (arts. 150 e 151). Pagas as restituições (art. 85 e ss.) e os credores da massa, os chamados extraconcursais (art. 84), passa-se ao pagamento dos credores da falência, concursais (art. 83), em rigorosa observância ao princípio *par conditio creditorum,* pagando-se cada credor por rateio dentro de sua classe, rateio que apenas não se aplica aos credores fiscais (art. 83, III), os quais serão pagos cfe. art. 187 do Código Tributário Nacional (União, depois Estados, depois Municípios). Pagos todos os credores, com juros e correção monetária se houver numerário suficiente (art. 124), o que sobrar será devolvido ao falido (art. 153). Normalmente, o que ocorre é inexistir numerário suficiente para pagar os credores, pagando-se apenas parte deles ou mesmo, nenhum deles se nenhum bem de valor vier a ser arrecadado.

5) Para completar a visão geral que se pretende passar da falência, lembre-se que todos os credores devem se habilitar (art. 7º a 20); o juiz conta durante o processamento com o auxílio do administrador judicial (art. 21 e ss.), podendo haver convocação de assembleia geral de credores (art. 35 e ss.), a qual porém ocorre sempre em recuperação judicial, sendo rara sua convocação em processo de falência; mais raro, ou praticamente ine-

xistente, é a formação do comitê de credores (art. 26), seja na falência, seja na recuperação. O juízo da falência é universal (art. 76), correndo perante ele os pedidos de restituição (art. 85/93) e as ações revocatórias (arts. 129/138). Durante o processo, o falido fica inabilitado para a prática de atividade empresarial (art. 102), podendo habilitar-se novamente após a sentença de extinção das obrigações (§ único do art. 102). Há determinações específicas sobre como proceder para determinados contratos do falido (art. 115 e ss.); há também rigorosa forma prescrita em lei para a venda dos bens arrecadados (art. 139/148), aspecto ao qual retornar-se-á mais adiante, para examinar a especificidade do art. 141.

6) Depois de arrecadados todos os bens, transformados em dinheiro, distribuído o dinheiro entre os credores, a falência dever ser encerrada por sentença (art. 156), abrindo-se caminho processual para a sentença de extinção das obrigações (art. 158 e 160), sentença cujo trânsito em julgado marca o fim do processo de falência. Para completar a visão fotográfica que se quer passar da LREF, necessário lembrar agora que os crimes falimentares (arts. 168/178), apenas preenchem o tipo penal após o decreto de falência ou a concessão de recuperação judicial ou extrajudicial (art. 180), previsto o procedimento nos arts. 183/188. Para finalizar, passa-se agora apenas a uma visão geral da falência, a partir da rápida análise do art. 75.

7) O art. 75 estabelece que a "*A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa".* Para que se apreenda o que diz a lei, deve-se tomar aqui empresa como atividade, ou seja: a lei pretende, mesmo com a falência, tentar preservar a atividade exercida pelo falido que, pelo decreto de falência, já foi afastado da administração da sociedade empresária, agora massa falida. No entanto, fica bem claro aqui que a opção do legislador é no sentido de, mesmo decretada a falência da sociedade, tentar preservar a atividade. Imagine-se uma grande indústria metalúrgica que adquire minério de ferro no mercado interno, transforma este minério em aço e exporta sua produção para o mercado europeu. O que pretende o art. 75 preservar é esta atividade, de tal forma que, decretada a falência, o estabelecimento (a fábrica de aço) será imediatamente arrecadada, avaliada e vendida para grupo industrial ou financeiro que, examinando aquela espécie de atividade e aquele tipo de estabelecimento,

chegue à conclusão de que lhe interessa investir dinheiro, adquirir a massa falida, recontratar os empregados cujos contratos de trabalho foram rescindidos ante o decreto de falência, restabelecer as compras com os fornecedores nacionais, retomar a fabricação do aço e permanecer exportando para o mercado europeu. É exatamente isto que a lei pretende ao falar em "*preservar"* a empresa.

8) Este grupo industrial ou financeiro adquirirá a massa falida (a fábrica de aço) de "porteira fechada", isto é, a totalidade dos bens materiais arrecadados (art. 140, I) e poderá admitir os empregados do devedor "*... mediante novos contratos de trabalho..."* sem que responda "*... por obrigações decorrentes do contrato anterior..", (§ 2º do art. 141), vez que todos os credores "... sub-rogam-se no produto da realização do ativo"*(inc. I do art. 141) pois "*o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes do trabalho"* (inc. II do art. 141). Ou seja, com este arcabouço de direito positivo, o legislador tentou criar uma forma de permitir que, sem embargo do decreto de falência, a atividade empresarial seja rapidamente retomada, com a manutenção da produção e a contratação dos empregados que prestavam serviço para o falido, sem que haja risco de sucessão tributária, trabalhista ou de qualquer outra espécie, pois todos os credores sub-rogam-se no preço depositado em juízo pelo arrematante.

9) O sistema é engenhoso, dependendo porém agora dos interesses econômicos em jogo quando do decreto de falência e da rápida avaliação e também rápida venda da massa falida, como lembrado acima, de "porteira fechada".

10) Para fechar o pensamento, o que se pretendeu aqui foi dar uma visão fotográfica do que objetivou o legislador com a promulgação desta já não tão nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência, a Lei 11.101, de 9.2.2005. Evitou-se aqui, pelo tipo de artigo escrito, qualquer visão mais crítica, seja para louvar os acertos da lei, seja para verberar seus desacertos, o que tornaria por demais extenso o texto.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (coord). 6. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2018.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência.* 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARVALHOSA, Modesto (coord). *Recuperação empresarial e falência.* 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018.v. 5.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas.* 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NEGRÃO, Ricardo. *Recuperação de empresas e falência.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas Falência.* São Paulo: Saraiva, 2018.

SCALZILLI, João Pedro; SPNELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência.* 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

LI. Competência e universalidade do juízo concursal

Renata Mota Maciel

Os problemas relacionados à competência do juízo da recuperação judicial surgem em função do espectro de relações nas quais está envolvida a empresa em crise, e que não se encerram na singela atribuição de um juízo com competência para processar a recuperação judicial requerida pela empresa, no caso, o do local do principal estabelecimento da devedora, mas assumem outros contornos, se vistos sob o prisma dos reflexos gerados em todas essas relações jurídicas.

Para resolver a questão, é importante analisar a estrutura e a função da recuperação judicial e a própria noção de competência do juízo.

A competência, para além de seu aspecto processual, encerra um poder, uma função e uma responsabilidade.

Portanto, é importante que o juízo da recuperação judicial leve em conta os critérios dispostos na legislação concursal e a forma como é tratada a crise da empresa, porque a extensão de sua competência dependerá, também, da opção de tratamento dada à empresa em crise.

Leis de insolvência sempre terão por norte confortar e encontrar o equilíbrio entre devedores, credores e demais interessados, podendo-se afirmar, sem nenhuma dúvida, que o juízo da concordata e o juízo da recuperação judicial, embora permaneçam recaindo sobre o juízo do local do principal estabelecimento da devedora, não se assemelham em vários aspectos.

Assim, a evolução do papel do judiciário está relacionada à evolução do próprio sistema concursal pátrio. À medida que se incluíram mecanismos de tratamento da crise da empresa é que o juízo competente para processar as ações concursais passou a considerar, entre suas preocupações, a preservação da empresa.

Portanto, os objetivos do processo insolvência devem estar bastante claros na visão do juiz concursal, uma vez que esse norte servirá de bússola na busca do melhor caminho.

Enquanto, ao tempo da entrada em vigor da Lei n. 11.101/05, festejava-se a nova perspectiva trazida pelo sistema concursal que se descortinava, com a vigorosa participação dos credores, decorridos quase quinze anos de sua aplicação, o que se vê é a necessidade de reflexão sobre o papel a ser ocupado pelo juízo da recuperação, parecendo claro afirmar que não é possível atribuir exclusivamente aos credores a tarefa de decidir os destinos da empresa em crise.

A competência do juízo da recuperação judicial e da falência é funcional e confiada ao juízo do local do principal estabelecimento, ou seja, local onde é "mais fácil ou mais eficaz a sua função". Desse modo, aproxima-se tanto da competência em razão da matéria como da competência territorial.

No plano estrutural, a competência do juízo concursal pode ser estudada a partir de três aspectos fundamentais: a unidade, a universalidade e a indivisibilidade do juízo, que alguns chamam de princípios, mas que, na verdade, constituem características do juízo concursal, previstas na própria estrutura do regime jurídico concursal.

Em síntese, no plano estrutural, a Lei n. 11.101/05 trata da competência nos artigos 3º, 6º, 76 e 126, cada qual abordando um desdobramento da competência do juízo concursal.

A unidade do juízo concursal está expressa na Lei n. 11.101/05 ao dispor, no artigo 3º, que será competente para decretar a falência, deferir o processamento da recuperação judicial ou homologar o plano de recuperação extrajudicial o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

A universalidade do juízo da recuperação judicial embasa a maioria das decisões que culminam em conflitos de competência, justamente porque o entendimento de que o juízo da recuperação judicial é universal importa no reconhecimento de sua competência para decidir sobre inúmeras questões que, em muitos casos, já estão sendo tratadas em outros processos ou mesmo integram os limites internos da administração da empresa em crise, que, como se sabe, permanece em atividade durante o processamento da recuperação judicial.

O artigo 126 da Lei n. 11.101/05 dispõe sobre a "universalidade do concurso", sendo possível reconhecer a existência de concurso na recuperação judicial, ainda que não nos mesmos moldes da falência.

A palavra concurso significa, além de ato de concorrer, situação que, de fato, não ocorre na recuperação judicial do mesmo modo como na falência, também cooperação para um resultado ou ato ou efeito de juntar-se em um mesmo lugar e, nessas acepções, pode-se sustentar que a recuperação judicial constitua um procedimento concursal.

Trajano de Miranda Valverde foi um dos poucos a sustentar a universalidade do juízo da concordata, ainda que sem maiores digressões sobre as razões e fundamentos que justificassem tal afirmação.

Seria pretensioso dizer que os grandes comercialistas estavam errados ou mesmo que se confundiram nos conceitos. Na verdade, a universalidade, tal como se pretende sustentar nesta pesquisa, não tinha a mesma importância constatada hoje na recuperação judicial. Os autores mencionados não estavam analisando tal instituto, o qual, como já dito, tem contornos muito mais elaborados na proposta de superação do estado de crise das empresas do que se podia encontrar na concordata.

O juízo da recuperação judicial é universal, porque concentrar todas as decisões relacionadas à superação do estado de crise da empresa em um mesmo juízo é a maneira mais adequada de lidar com a recuperação e mesmo viabilizá-la.

No plano estrutural, tem-se que a Lei n. 11.101/05 reconhece a universalidade do juízo da recuperação judicial, seja por força do artigo 126 da Lei n. 11.101/05, seja porque o artigo 6º, ao prever a suspensão das ações e execuções a partir do deferimento da recuperação, pretende deixar a cargo daquele juízo as decisões relacionadas ao projeto de reorganização da empresa, o que só se poderia obter com a vedação de que outros juízos, ao menos pelo prazo de cento e oitenta dias, possam proferir qualquer decisão de constrição dos bens da devedora em recuperação.

A indivisibilidade do juízo concursal, por sua vez, significa reconhecer que a esse juízo serão submetidas todas as ações que envolvam bens, negócios ou interesses da empresa em crise.

O grande desafio consiste exatamente em estabelecer o que é universalidade do juízo da recuperação judicial.

Nesse aspecto, a suspensão das ações e execuções a partir do deferimento do processamento da recuperação judicial constitui a pedra de toque de toda a estrutura da competência do juízo concursal e faz surgirem as bases da ideia de universalidade.

A universalidade do juízo da recuperação judicial, portanto, pode ser entendida por meio do fenômeno da influência, na medida em que há uma relação de condicionamento antes e fora do processo de recuperação judicial, entre este e as demais relações jurídicas nas quais está envolvida a empresa em crise.

Logo, a universalidade forma-se antes no direito material, na medida em que a recuperação judicial deve ser compreendida, primeiro, como direito, pretensão e ação, ou seja, oriunda do direito material que permite à devedora ir a juízo buscar a prestação ou tutela jurídica (reconhecimento do estado de crise da empresa) que é constituída pelo juiz.

A decisão que defere o processamento da recuperação judicial, por sua vez, mesmo não sendo um juízo de cognição exauriente, ou, para utilizar as palavras de Pontes de Miranda, sendo um exame do juiz *non plena cognitio*, contém adiantamento de eficácia, incluída a formação da universalidade do juízo concursal.

Pode-se sustentar que o juízo universal da recuperação judicial terá competência para decidir outras relações jurídicas envolvendo a empresa em crise toda vez que o estado de crise da empresa, reconhecido pela decisão que defere o processamento da recuperação judicial, integrar o campo lógico ou imperativo daquela relação jurídica, condicionando, de algum modo, o conhecimento e a solução que se há de dar àquela.

Por fim, destaca-se que o Projeto de Lei n. 6.229, de 2005, ao qual foram apensados os PL nºs 7.604/2006; 4.130/2008; 4.359/2008; 4.586/2009; 5.089/2009; 5.704/2009; 6.367/2009; 7.976/2014; 140/2015; 2.212/2015; 3.110/2015; 4.593/2016; 5.781/2016; 6.150/2016; 6.862/2017; 7.044/2017; 7.209/2017; 8.252/2017; 8.924/2017; 9.722/2018; 10.220/2018; 10.858/2018; 10.859/2018, 11.000/2018, 3.164/2019 e 4.270/2019), altera a Lei n. 11.101/05 e traz importante alteração ao artigo 6º, na esteira da ideia de universalidade do juízo da recuperação judicial, ao prever em seu § 8º a seguinte redação: "o disposto nos incisos I, II e III do *caput* deste artigo não se aplica às demandas judiciais relativas a créditos não sujeitos à recuperação judicial, admitindo-se, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens essenciais à manutenção da atividade empresarial durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º deste artigo, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de

março de 2015 – Código de Processo Civil, observado o disposto no art. 805 daquele diploma legal (Código de Processo Civil)".

Evidentemente, caberá à jurisprudência analisar o que se entende por bem essencial à atividade empresarial, embora se deva elogiar a proposta de redação do novo parágrafo, na medida em que constitui avanço em relação à completa ausência de regra que reconheça a competência do juízo da recuperação judicial para decidir questões afetas ao estado de crise da empresa e que não sejam tratadas no processo concursal em si, mas em ações individuais, apesar da suspensão das ações e execuções previstas no *caput* do artigo 6º da Lei.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 14. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Tratado de direito comercial*: falência e recuperação de empresa e direito marítimo. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7.

DEZEM, Renata Mota Maciel. *A universalidade do juízo da recuperação judicial.* São Paulo: Quartier Latin, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Competência territorial funcional em matéria de falência. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 4, n. 23, p. 5-15, mar./jun. 2003.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Comentários ao artigo 3º da Lei n. 11.101/05. *In*: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (coords.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LII. O Administrador Judicial: atribuições, eficiência, ética e celeridade na condução dos trabalhos

Adriana Lucena

Neste capítulo, pretendo escrever sobre algumas práticas que podem trazer maior eficiência na condução dos trabalhos do administrador judicial[1], uma vez que atualmente há grandes mudanças na forma como esse auxiliar do juízo deve proceder no exercício de suas atribuições, nos processos de falência ou de recuperação judicial.

Já quanto a uma vasta explanação sobre a figura do administrador judicial como auxiliar do Juízo, suas atribuições, deveres e obrigações, informo que esta profissional já discorreu a respeito do tema na obra: Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas, de coordenação do querido Prof. Newton De Lucca.[2]

No entanto, para uma rápida introdução, os professores Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Adriana V.Pugliese lecionam que "administrador judicial é um orgão de confiança do juízo[3], nomeado pelo Magistrado e somente por ele destituído, ainda que a pedido fundamentado de qualquer interessado."[4]

---

[1] Toledo, Paulo Fernando Campos Salles de. A disciplina jurídica das empresas em crise no Brasil: sua estrutura institucional. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Vol. 122. São Paulo; Ed. Rt. 2001"Um administrador judicial diligente irá trazer para a massa, bens e recursos que um negligente sequer pensará que possam existir".

[2] Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas, estudos Luso-Brasileiros – Coordenação de Newton de Lucca e Miguel Pestana de Vasconcelos. Editora Quartier, 2005. São Paulo. Pg.223

[3] Resp. 1032960/PR 3ª T., 01.06.2010 – Ministro Massami UYED, DJe de 21.06.2010

[4] Toledo, Paulo Fernando Campos Salles e Pugliese, Adriana V. – Coleção: Tratado de Direito Empresarial, coordenação Modesto Carvalhosa, V – Manoel Justino Bezerra,Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, Manoel de Queiroz Pereira Calças e Adriana Valéria Pugliesi. Ed. Revista dos Tribunais – Thomson Reuters. 2ª edição. Pg.138 e 139 – " Órgãos, como a assembleia geral de credores ou gestor judicial, são assim denominados porque agem em função de um interesse, nem sempre comum, mas coletivo".

No exercício de suas atribuições, o administrador judicial, na qualidade de órgão[5] auxiliar da justiça, é o braço direito do Magistrado, onde na falência exercerá a administração judicial da massa falida, elaborando relações de credores (massa falida subjetiva) e otimizando os bens móveis e imóveis da massa falida (massa Falida objetiva[6]) através da arrecadação, avaliação e alienação dos bens com celeridade, atuará no polo passivo e ativo das ações judiciais em que a massa falida faça parte (e, talvez por esse motivo, no artigo 21 da Lei de Falências o legislador tenha primeiro elencado a figura do advogado, preferencialmente, para exercer o cargo de administrador judicial, sem prejuízo de outros profissionais exercerem tal oficio, como: engenheiros, contadores, administradores de empresas dentre outros profissionais).

Como bem pontua, o ilustre magistrado Marcelo Sacramone: "O administrador judicial será escolhido pelo juiz entre as pessoas de sua confiança e independentemente de oitiva dos credores ou do devedor. Além dos requisitos impostos pela Lei, os Tribunais de Justiça poderão impor requisitos complementares[7]. Nesses termos, poderá ser exigido conhecimento específico para a referida atuação, como por meio de certificado em curso de especialização, apresentação de certidões negativas ou cadastro com informações no cartório competente."

Muito embora autores já tenham escrito sobre a nomeação de pessoa jurídica para o cargo de administrador judicial, sendo escolhido um responsável desta empresa para se reportar ao Magistrado, é impossível não tecer comentários a esse respeito, uma vez que o diploma falimentar trouxe essa novidade e verifica-se, cada vez mais, que tal prática tem sido muito utilizada pelos nobres magistrados, tanto das Varas Especializadas em Falências e Recuperações Judiciais da Capital, quanto em outras Comarcas do Estado de São Paulo.

---

[5] Recuperação de Empresas e Falência – Teoria e Pratica na Lei 11.101/2005. 2018. autores: João Pedro Scalzilli, Luiz Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada- Almedina. pg. 244 – "O administrador judicial possui natureza jurídica de órgão auxiliar da justiça, nos exatos termos do art. 149 do CPC, integrando a organização judiciária da recuperação judicial e da falência"

[6] Sacramone, Marcelo Barbosa – Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falências. Editora Saraiva. 2018. Pg. 375 "... os ativos integrantes da Massa Falida objetiva deverão ser conservados pelo administrador judicial, a quem competirá, após a oitiva do Comitê e autorização judicial, transigir sobre as obrigações e direitos da Massa Falida (art. 22§3º)

[7] Sacramone, Marcelo Barbosa – Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falências. Editora Saraiva. 2018. Pg. 116

Tal assertiva se faz devido à profissionalização, à multidisciplinaridade e à "*expertise"* que empresas de médio e grande porte possam exigir do trabalho que o profissional que será nomeado venha a desenvolver para melhor atender ao Poder Judiciário com desenvoltura, celeridade e aprofundamento técnico, necessários para o desenvolvimento de suas atividades, relacionadas às questões especificas do mercado em que atua a devedora, sua contabilidade e minuciosa análise dos contratos específicos.

No entanto, para o bom desenvolvimento do encargo de administrador judicial[8], deve este, nas recuperações judiciais e na qualidade de fiscal das atividades da empresa: manifestar-se com celeridade e precisão no processo de recuperação judicial; acompanhar a execução do plano de reestruturação; realizar prévio controle da legalidade[9] do plano de recuperação antes da assembleia geral de credores para auxilio ao Magistrado; verificar a contabilidade; analisar o passivo da empresa em face da relação de credores apresentada pelo devedor; elaborar os relatórios mensais (descrevendo a diligência mensal à empresa, com análise dos extratos bancários, relação de estoque, pagamento dos funcionários, análise dos novos contratos firmados pela recuperanda, pagamento dos tributos, entre outras informações, trazendo ao processo de recuperação e aos interessados, a máxima transparência e a real situação da empresa); elaborar sua relação de credores no prazo de 45 dias nos termos do artigo 7º, §2º do diploma falimentar, como também, presidência e mediação na assembleia geral de credores, além do atendimento diário aos credores, entre outras atribuições.

No entanto, para a realização de todos os trabalhos deve o administrador judicial atuar com rigorosa ética[10], trabalhar com seriedade, competência, lealdade processual, celeridade e presteza, é o que leciona o ilustre professor Newton de Lucca, ao discorrer sobre a ética profissional no meio juridico.

---

[8] Artigo 22, inciso I e II da lei de Falências e Recuperações judiciais.

[9] Agravo de Instrumento nº 2104135-68.2019.8.26.0000, TJSP, relator:Des. Mauricio Pessoa. Agravo de Instrumento n. 2114310-24.2019.8.26.0000, TJSP – relator: Des.Gilson Miranda.

[10] De Lucca, Newton, Da Ética Geral à Ética Empresarial –ed. Quartier Latin do Brasil, São Paulo, ano 2009. Pg. 227 " De todas as atividades profissionais, não há duvida de que a jurídica – nela incluídos os magistrados, os advogados, os promotores de justiça, os professores de direito, os servidores públicos da justiça e, também, os próprios estudantes de direito – desponta como a mais ética de todas elas"

Na falência, também, não seria diferente, uma vez que a lista de atribuições do administrador judicial é ainda mais complexa e inclui, não somente os trabalhos acima mencionados, como, também, a lacração, a arrecadação e a avaliação dos bens, que devem ser feitas com grande agilidade, independentemente da determinação legal, bastando, para tanto, a sentença de decretação da falência contendo a nomeação do administrador judicial, pois nela já constarão determinados deveres do auxiliar da justiça, como, por exemplo: a lacração e a arrecadação dos bens que integram o estabelecimento do devedor.[11]

É dever do administrador judicial, zelar[12] e otimizar os bens móveis e imóveis da massa falida, promovendo rápida alienação judicial de preferência em bloco, nos termos da Lei 11.101/2005, através de leilão, proposta fechada ou pregão judicial.

De posse da sentença de quebra, deve o administrador judicial nomeado, protocolar tal decisão em todos os processos em que a falida é parte, para comunicar a alteração da representação processual, tanto no polo ativo como no polo passivo das ações individuais.

Considerando a eficiência no desempenho de suas atividades, deve o administrador judicial e sua equipe, analisar com cautela os livros contábeis da falida para apuração da real situação do passivo e ativos da massa, apontamento dos crimes falimentares, busca de bens, protocolo direto dos ofícios expedidos pelo cartório da falência perante os órgãos públicos, analisar todas as habilitações e divergências de créditos (fase administrativa) em face da relação apresentada pelo devedor (art. 51, III) ou pelo falido (art. 99, III), no prazo de 45 dias, contados da publicação do primeiro edital e, após esta fase, deverá requerer a publicação de edital contendo a sua relação de credores. Manifestar-se em todos os incidentes processuais (impugnações de creditos) e pedir previamente todas as informações e documentos diretamente ao devedor e credores, independentemente do requerimento de intimação das partes ao Magistrado, em prol do princípio da celeridade processual.

---

[11] Artigo 22 inciso III letra "f"

[12] O administrador judicial, deve contar com uma equipe multidisciplinar para o exercício de suas atividades, e contar pessoas de sua confiança, para guarda, preservação e avaliação dos bens da Massa Falida, tal como: avaliadores, engenheiros, leiloeiros, depositários, contadores, administradores de empresas, advogados etc.

Não deve o administrador judicial, manifestar-se somente após as publicações no seu nome, nos processos de falências ou de recuperações judiciais, podendo fazê-lo antecipadamente, adiantando-se ao feito, a fim de obter maior agilidade e celeridade processuais. Outrossim, o contato com os Magistrados que confiaram ao administrador judicial sua nomeação, torna-se imprescindível e deve ser frequente para que possa levar ao conhecimento do Juizo, o andamento de todos os feitos judiciais e extrajudiciais.

Ainda, de acordo com o comunicado da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – CG n. 1358/2016[13], o administrador judicial está autorizado a efetuar consulta do saldo bancário dos depósitos judiciais constantes nos autos falimentares, o que agiliza o andamento processual, uma vez que supre a obrigatoriedade de expedição de oficio judicial para tal fim.

Ademais, quanto à eficiência nos trabalhos do administrador judicial, destaco um ponto que me parece de suma importância pelo seu caráter social. Diz ele respeito aos ex-funcionários, em especial àqueles que laboraram até a data do decreto falimentar, para que seja feita a anotação da data de saída em suas carteiras de trabalho e, já na fase de aposentadoria, o administrador judicial deve apresentar os documentos solicitados pelo Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS, na maioria vezes compreendido pela cópia da ficha de registro e declaração do tempo de serviço.

Os auxiliares do administrador judicial, também, devem possuir conduta ilibada, contar com a máxima confiabilidade, competência e agilidade no desenvolvimento dos trabalhos. Referida indicação, ao douto juízo, é feita pelo administrador judicial que, após ouvidos credores, falido e Ministério Público, homologará o contrato de prestação de serviços.

---

[13] A Corregedoria Geral de Justiça COMUNICA aos Senhores Magistrados, Dirigentes, Administradores Judiciais, Servidores das Unidades Judiciais que processam feitos da competência "Falências".....que se encontra disponível para consulta no sitio do Banco do Brasil (http://www.bb.com.br/portalbb/home29,114,114,6,1,1,1.bb) – aba " Empresas, Setor Público e outras atuações"....ou diretamente no link (.....) os saldos e extratos dos depósitos judiciais das contas vinculadas ao Juízo de Direito. COMUNICA ainda que a consulta pela Internet possibilita apenas a visualização do saldo ou extrato do deposito judicial, COMUNICA por fim, que o Administrador Judicial deverá realizar cadastro pessoal junto ao Banco do Brasil, na agencia responsável por acolher a conta judicial do processo de tutela.

Por outro lado, também há mudanças quanto à fixação dos honorários[14] do administrador judicial, arbitrados pelo Magistrado (considerando a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado), que deve ser no percentual máximo de 5% do valor do passivo apresentado pela devedora em casos de recuperação judicial ou do valor dos ativos arrecadados e alienados, nos processos de falência. Contudo, em se tratando de processos cuja devedora ou falida sejam empresas de pequeno porte ou microempresas, a Lei Complementar n. 147/2014 limitou o percentual de arbitramento dos honorários do administrador judicial para o máximo de 2%.

Por fim, quanto à questão das formas de mudança do profissional que exerce a função de administrador judicial temos: a substituição (art. 24 § 3º e art. 30) e a destituição[15] (art. 31), conforme segue:

A substituição[16] ocorre quando há o impedimento para o prosseguimento das atividades pelo administrador judicial, como no caso de quebra de confiança do magistrado, falecimento do administrador judicial ou impedimento por motivos de ordem pessoal, como, por exemplo: quando o profissional nomeado tem grau de parentesco com um dos ex-sócios da falida. No caso da substituição, o administrador judicial terá direito a remuneração pelo periodo trabalhado. E, também, continuará a exercer suas funções em outros processos falimentares ou de recuperação judicial e obter novas nomeações.

Em contrapartida, a destituição trata-se de verdaderia sanção aplicada ao administrador judicial e pode ocorrer quando for comprovada sua desobediencia, como medida punitiva. Assim o auxiliar da justiça poderá ser destituido quando cometer atos de negligência ou imprudência, não praticar atos imprescindíveis ao bom andamento do processo de falência ou recuperação judicial, prestação de contas não aprovadas, falta de apresentação de relatórios (art. 23, § único), quebra de confiança do Magistrado, incapacidade civil do nomeado ou prática de atos que carac-

[14] Art. 24, § 1º da Lei de Falimentar: "O juiz deve fixar a remuneração do administrador judicial considerando o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes". AI n.0164363-53.2013.8.26.000 – TJSP – Relator: Fabio Tabosa.

[15] Agravo de Instrumento – nº2139623-26.2015.8.26.0000 – TJSP- relator Des. Pereira Calças. 11.11.2015

[16] Agravo de Instrumento nº 2197835-06.2016.8.26.0000 – TJSP – relator Des. Ricardo Negrão.14.12.2016

terizem a idoneidade. O administrador judicial destituído não terá direito ao recebimento de honorários, além de não ser nomeado em novos processos de falência e recuperação judicial, pelo periodo de 5 (cinco) anos.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A disciplina jurídica das empresas em crise no Brasil: sua estrutura institucional. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 122.

DE LUCCA, Newton; VASCONCELOS, Miguel Pestana de (coord.). *Falência, insolvência e recuperação de empresas, estudos Luso-Brasileiros*. São Paulo:Quartier, 2005.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI. Luiz Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência*: teoria e pratica na Lei 11.101/2005. 3. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo:Almedina, 2018.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIII. O deferimento da recuperação judicial

Marcos Andrey de Sousa

O processo de Recuperação Judicial, regido pela Lei 11.101/2005 ("LRF"), pode ser dividido em três fases distintas. Na primeira, o devedor deve demonstrar que possui os requisitos legais para obter o deferimento do processamento da medida. Na segunda, o feito se desdobra em duas vertentes que correm simultaneamente: numa delas tramita a verificação dos créditos (artigos 7º a 20º da LRF) com o intuito de, ao final, consolidar e homologar o Quadro Geral de Credores; pela outra vertente, o devedor deverá apresentar o Plano de Recuperação Judicial e submetê-lo à aprovação dos credores (artigos 53 a 58 da LRF). Se o Plano de Recuperação for aprovado, o devedor obterá a concessão da Recuperação Judicial; se for rejeitado, a Recuperação Judicial deve ser convolada em falência (artigo 73, inciso IV, da LRF). Na terceira fase (artigos 61 a 63 da LRF), o devedor deve cumprir as obrigações do Plano de Recuperação que se venceram nos dois anos da concessão, ocasião em que se dá o encerramento da Recuperação Judicial, sem prejuízo da necessidade do cumprir as demais obrigações do Plano que se vencerem posteriormente.

Portanto, com a petição inicial o devedor não dever apresentar o Plano de Recuperação. O objetivo desta fase é demonstrar que o devedor possui os requisitos prescritos no artigo 48 e juntar os documentos do artigo 51 da LRF.

Os requisitos do artigo 48 elucidam que o objetivo da LRF é que o devedor demonstre que exerce regularmente atividade empresarial passível de recuperação. Portanto, deve o empresário que não é falido, pois a finalidade do instituto é a superação da atividade empresarial em crise econômico-financeira por ele exercia, ao passo que na falência o devedor é afastado da administração dos bens e da atividade, que pode ou não, dependendo da decisão judicial (artigo 109 da LRF), continuar a ser exercida pela massa falida, representada pelo administrador judicial.

A legislação exige também a demonstração de exercício de atividade regular pelo prazo mínimo de dois anos, bem como que o devedor não te-

nha obtido Recuperação Judicial nos últimos cinco anos. Segundo uma visão teórico-legalista, se o empresário necessita requerer Recuperação Judicial antes dos prazos mínimos exigidos, a presunção é de que sua crise e iliquidez não são temporárias, de modo que não justificaria a incidência dos custos a serem suportados pelos credores e demais atingidos pela medida.

Por fim, quanto ao requisito de que o devedor não ter sido condenado ou não ter administrador ou controlador condenado por crime falimentar, embora a exigência pareça mais ligada à pessoa do empresário (individual, bem como sócios controladores ou administradores) e não à atividade empresarial, o intuito é a demonstração de boa-fé do empresário em crise, a merecer os benefícios do instituto recuperacional.

O rol dos documentos do artigo 51 da LRF tem a finalidade de conferir absoluta transparência e informação ao processo, de modo que sejam amplamente expostas a estrutura do empresário devedor, sua situação patrimonial, bem como dos controladores e administradores, e o detalhamento do seu passivo. Como a LRF incorporou o princípio da solução pelo mercado, pela qual cabe aos credores tomar as decisões acerca da aprovação ou não do Plano de Recuperação, é imprescindível que o mercado esteja satisfatoriamente informado acerca da atividade e da posição ativa e passiva do devedor.

Caso o devedor não logre demonstrar os requisitos do artigo 48 ou deixe de juntar todos os documentos e informações elencados no artigo 51 da LRF, o juiz poderá determinar a emenda da inicial, invocando, para tanto, os artigos 317 e 321 do Código de Processo Civil ("CPC"), conforme autoriza o artigo 189 da LRF. Caso a falta não seja emendável ou o devedor não cumpra a providência exigida no prazo prescrito, o juiz decidirá pelo indeferimento da inicial (parágrafo único do artigo 321 do CPC) e consequente extinção do feito sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, inciso I, do CPC.

Uma vez demonstrados os requisitos do artigo 48 e apresentados os documentos e informações do artigo 51 da LRF, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial, pelo que dispõe o artigo 52 da LRF. Esta decisão, conforme exposto, não se confunde com a decisão de concessão da Recuperação Judicial, que será proferida posteriormente, caso o Plano de Recuperação Judicial seja apresentado no prazo legal e devi-

damente aprovado por uma das formas prescritas no artigo 58 da LRF (tacitamente ou por deliberação em assembleia geral de credores).

O deferimento da Recuperação Judicial, por sua vez, é decisão interlocutória, que tem por finalidades precípuas: *autorizar o prosseguimento do feito* e consequentemente oportunizar ao devedor a apresentação do Plano de Recuperação Judicial no prazo legal (artigo 53 da LRF); *organizar* a Recuperação Judicial mediante a nomeação do administrador judicial e expedição de ofícios a Junta Comercial e órgãos fazendários; e *blindar* o devedor, mediante a suspensão, pelo prazo de 180 dias (*stay period*), das execuções e ações em face do devedor, na forma do artigo 6º da LRF.

Destarte, a decisão de deferimento, além dos requisitos gerais inerentes a todas as decisões judiciais, deverá conter os requisitos específicos expostos nos incisos I a V do artigo 52 da LRF, a saber:

> "I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei;
>
> II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;
>
> III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;
>
> IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;
>
> V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento."

Além das medidas prescritas no artigo 52 da LRF, o juiz poderá, de acordo com as circunstâncias do caso concreto ou mediante provocações es-

pecíficas, determinar outras providências pertinentes. Citem-se como exemplos questões ligadas: ao litisconsórcio ativo de grupo econômico, à recuperação transfronteiriça, à suspensão ou manutenção de fornecimento ou prestação de serviços essenciais a atividade, à remoção ou manutenção de bens essenciais à atividade, ao patrimônio de afetação, à sujeição ou não de créditos específicos, sobretudo acerca das respectivas garantias, entre inúmeras outras.

Quando vigente o instituto da Concordata, sob a égide do Decreto-lei 7.661/45, discutia-se acerca da possibilidade de interposição de recurso contra a decisão de deferimento do processamento da medida. A posição jurisprudencial à época, estratificada pela Súmula 264 do Superior Tribunal de Justiça, era no sentido de que *"é irrecorrível o ato judicial que apenas manda processar a concordata preventiva."*

Embora neste particular, ou seja, quanto ao deferimento do processamento, a estrutura processual da Concordata e da Recuperação Judicial seja parecida, o mencionado entendimento parece não mais prevalecer hodiernamente. Com efeito, como o processamento da Recuperação Judicial também atinge a esfera de interesses de terceiros, além do próprio devedor, a decisão que o defere pode desafiar recurso, visando sua reforma total ou parcial relativamente a questões específicas do seu conteúdo. Esta é a orientação do Enunciado 52 da I Jornada de Direito Comercial, segundo a qual "*a decisão que defere o processamento da recuperação judicial desafia agravo de instrumento"*.

A decisão de deferimento da recuperação judicial, juntamente com o resumo da petição inicial, a relação de credores apresentada pelo devedor e a advertência acerca dos prazos para habilitação de créditos e objeções ao Plano de Recuperação a ser posteriormente apresentado, deve compor edital a ser publicado nos termos do §1º do artigo 52 da LRF. Desta publicação é que se iniciará, concomitantemente, a fase verificação de créditos (artigo 7º a 20 da LRF), bem como a contagem do prazo de sessenta dias para o devedor apresentar o Plano de Recuperação Judicial.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas.* Saraiva: São Paulo, 2005.

COSTA, Daniel Cárnio. *Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências.* Curitiba: Juruá, 2015.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação judicial e falência.* Saraiva: São Paulo, 2018.

SIMÃO FILHO, Adalberto *et* DE LUCCA, Newton. *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Quartier Latin: São Paulo, 2005.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro *et* Pitombo. Antonio Sergio A. de Moraes. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências*. RT: São Paulo, 2005.

TOLEDO, Paulo F.C.Salles de *et* ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à Lei de Recuperação de empresas e falência*. Saraiva: São Paulo, 2005.

LIV. Aspectos gerais do Plano de Recuperação Judicial

Francisco Satiro de Souza Júnior

A recuperação judicial, como se sabe, é uma alternativa à liquidação, via falência, do devedor insolvente[1]. Justifica-se como medida de solução da crise econômico-financeira em que se encontra a empresa que tenha maior valor em atividade do que liquidada. Nesse caso, um plano de recuperação judicial pode garantir aos envolvidos diretos (sócios, administradores e credores) e indiretos (trabalhadores, fornecedores, comunidade) um resultado mais efetivo. O art. 50 da Lei 11.101/2005 (LRF) lista exemplificativamente uma série de possíveis medidas a serem adotadas pelo devedor em crise para sua recuperação. Ao devedor cabe avaliar sua situação, identificar seus problemas e propor as medidas de solução por meio de um plano: o plano de recuperação judicial.

Disso decorrem algumas importantes conclusões. Inicialmente, que é impossível identificar se uma empresa é viável ou não (assim considerada aquela que tenha valor em atividade "*going concern value*" superior ao seu valor de liquidação) fora do contexto de um plano de recuperação judicial. A viabilidade de um devedor não pode ser aferida em abstrato no momento do pedido inicial ou de seu deferimento porque ao Poder Judiciário faltam, no mínimo, informações suficientes para tal: não conhecerá com precisão o quadro de credores e a estrutura de forças que representa, nem os interesses dos credores[2] e sua disposição para renúncias em troca da continuidade da atividade empresária do devedor; mas, principalmente, não conhecerá a essência do processo de recuperação judicial que é o plano contendo a proposta do devedor para sair da crise. A viabilidade de um devedor afere-se não a partir da sua situação antes

[1] Insolvência aqui tomada não no seu sentido econômico, mas no contexto previsto nos artigos 94 e 73 da Lei 11.101/2005 (LRF)

[2] Certos fornecedores, por exemplo, podem ter maior dependência da relação com o devedor do que instituições financeiras, o que os coloca numa posição de maior disponibilidade para concessões ou colaboração.

do pedido de recuperação judicial, mas da factibilidade das circunstâncias projetadas em seu plano, razão pela qual a LRF conferiu aos credores a prerrogativa de aferi-la. Além disso, pela redação original da LRF, a iniciativa do plano será sempre do devedor. Isso não impede que credores sugeriram alterações ou mesmo uma solução completa e, por acordo, com a expressa e discricionária manifestação do devedor – que nunca poderá ser forçado a aceita-lo – ele venha a ser aprovado. Logo, o plano tem caráter de negócio jurídico, formado pela necessária manifestação de vontade do devedor, pela deliberação favorável dos credores tomada em Assembleia nos termos dos arts. 39 e segs da LRF, e pela homologação pelo juízo competente (art. 58 LRF).

Formalmente, o plano de recuperação judicial deve conter as informações relacionadas no art. 53 e incisos da LRF. Quanto ao conteúdo, há certas limitações. Os créditos trabalhistas e acidentários devem ser pagos no prazo máximo de 1 ano (art.54, caput)[3]. Já os créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 meses anteriores ao pedido de recuperação judicial deverão ser pagos, até o limite de 3 salários mínimos, em 30 dias (art. 54, §único). Quanto aos bens do devedor que sejam objeto de garantia real a previsão de sua alienação, ainda que com correspondente substituição, dependerá da aprovação expressa do credor titular conforme art. 50, §1º da LRE[4].

Os credores deverão ser tratados no plano de acordo com a classe que a LRF, no artigo 41, lhes atribui. Não pode haver discriminação imotivada de credores dentro de cada classe[5]. Isso não significa que não se pos-

---

[3] O Enunciado I do Grupo de Câmaras Reservadas e Direito Empresarial estabelece que "*O prazo de um ano para o pagamento de credores trabalhistas e de acidentes de trabalho, de que trata o artigo 54, caput, da Lei 11.101/05, conta-se da homologação do plano de recuperação judicial ou do término do prazo de suspensão de que trata o artigo 6º, parágrafo 4º, da Lei 11.101/05, independentemente de prorrogação, o que ocorrer primeiro*".

[4] Permitindo a supressão da garantia real por deliberação da AGC independentemente da manifestação do seu titular conferir REsp 1700487/MT, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 26/04/2019. O mesmo acórdão ainda permite que a maioria dos credores delibere pela supressão de garantias fiduciárias de um ou alguns dos credores nas mesmas condições, hipótese, a meu ver, profundamente discutível.

[5] Enunciado 57 da 1ª Jornada de Direito do Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF): *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*

sa tratar de modo diferente credores que ostentem diferentes situações. É isso que sustenta a possibilidade de criação de subclasses, grupos específicos de credores que integram uma mesma classe mas que, por suas peculiaridades, merecem tratamentos diversos[6]. Esse é o mesmo fundamento do conceito de credor colaborativo, ou participante, que por manter o fornecimento de bens, serviços ou capitais essenciais à continuidade da atividade do devedor no período da recuperação, é tratado de forma proporcionalmente diferenciada no plano[7]. Quanto à votação, no entanto, por tratar-se de questão de ordem pública, ainda que sejam definidas subclasses, o quórum será o do art. 45 e levará em consideração a votação dentro de cada uma das 4 classes legalmente previstas.

É possível que credores não sujeitos à recuperação judicial venham a aderir ao plano. Mas sua manifestação será individual e não poderá ser considerada para fins de apuração de quórum de aprovação.

Ao judiciário cabe o controle de legalidade do plano (validade de suas cláusulas, satisfação das formalidades procedimentais, etc), mas não da conveniência de seu conteúdo, matéria tipicamente negocial que a própria LRF atribuiu aos credores, como visto acima. Uma vez atingido o quórum previsto no art. 45, ou o quórum alternativo do §único do art. 58, o plano deverá ser homologado com a novação das obrigações que contemple. Qualquer alteração do plano homologado, enquanto não encerrado o procedimento de recuperação judicial, dependerá de novo processo deliberativo em Assembleia Geral de Credores e nova homologação. Após o encerramento do processo, as obrigações serão tratadas individualmente se de outra forma não tiverem as partes convencionado no próprio plano.

---

importância do crédito ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano e homologado pelo magistrado. (2013).

[6] "*2. A criação de subclasses entre os credores da recuperação judicial é possível desde que seja estabelecido um critério objetivo, justificado no plano de recuperação judicial, abrangendo credores com interesses homogêneos, ficando vedada a estipulação de descontos que impliquem em verdadeira anulação de direitos de eventuais credores isolados ou minoritários*." (REsp 1700487/MT, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 26/04/2019).

[7] COELHO, Fábio Ulhoa, "O credor colaborativo na recuperação judicial." in TOLEDO, P. F. C. S. de, & SATIRO, F.. Direito das empresas em crise: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin. 2012, PP.101.118.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa* – o novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresarial*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Volumes 2 e 3.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais,* nº 732, ano 85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. *Recuperação extrajudicial de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOLEDO, P. F. C. S. de; SATIRO, F. *Direito das empresas em crise: problemas e soluções.* São Paulo: Quartier Latin. 2012.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial.* São Paulo: Atlas, 2011. volume 3.

LV. Financiamento da empresa em crise

Leonardo Adriano Ribeiro Dias

1 Introdução

Intuitivamente, pode-se afirmar que empresas em situação de crise econômico-financeira carecem de recursos para manter suas atividades de forma regular e competitiva. O problema se agrava quando elas ingressam em processos reestruturação formais e com certa notoriedade, como a recuperação judicial ou extrajudicial, pois, no contexto brasileiro, o estigma[1] do devedor em crise continua bastante arraigado, como um resquício da cultura que remanesce da antiga lei de falências.

Diante disso, a questão que se coloca é: como conseguir novos recursos para manter as atividades e possibilitar, direta ou indiretamente, o cumprimento do plano negociado com os credores? Em outras palavras: como financiar a recuperação das empresas em crise? Imediatamente, tais recursos destinam-se ao capital de giro necessário à manutenção das atividades no curto prazo, ao cumprimento do plano de recuperação e à realização de investimentos no médio e longo prazo. Mediatamente, trata-se do financiamento indispensável à superação da crise e ao sucesso da recuperação.

O financiamento das empresas em crise já foi objeto de preocupação e de debates em diversos países, mas desenvolveu-se de modo mais acentuado nos Estados Unidos, cuja lei falimentar dispensou um tratamento pormenorizado, recebendo, na doutrina e na jurisprudência daquele país, uma designação própria, qual seja, *debtor-in-possession financing* ou, de maneira simplificada, *DIP financing*.

Já no Brasil, passados catorze anos da entrada em vigor da Lei n. 11.101/05 (LRE), pouco se desenvolveu, de maneira sistematizada, o financiamento das empresas em crise, dados os diversos obstáculos e

[1] "Estigma" é a desvalorização social de alguém cuja conduta destoa ou contraria as normas de comportamento de determinado grupo social (cf. EFRAT, Rafael. Bankruptcy stigma: plausible causes for shifting norms. *22 Emory Bankr. Dev. J.*, 2005-2006, p. 483).

limitadores econômicos, jurídicos e regulatórios existentes, alguns dos quais serão abordados na sequência.[2]

2 Tratamento legal do financiamento da empresa em crise

A LRE prevê, em seu art. 67, apenas dois incentivos diretos[3] ao financiamento de empresas em recuperação judicial: (a) extraconcursalidade dos novos créditos, na hipótese de convolação da recuperação judicial em falência (ainda que atrás ou em concorrência com outros créditos extraconcursais[4]); e (b) reclassificação, também em caso de convolação em falência, dos créditos quirografários preexistentes para créditos com privilégio geral, quando o titular do respectivo crédito continuar fornecendo produtos ou serviços (inclusive novos créditos) durante a recuperação judicial, na proporção do valor do produto ou serviço fornecido. Como já observado pela doutrina,[5] trata-se de incentivos insuficientes, que apenas são aproveitados quando há convolação em falência e não durante a recuperação judicial.

---

[2] Para alguns obstáculos ao financiamento das empresas em crise, cf. nosso *Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 265-300.

[3] Decerto, há alguns incentivos legais indiretos, como a existência de um período de suspensão das ações e execuções contra o devedor (art. 6º, § 4º, LRE); a fiscalização das atividades pelo administrador judicial; a vedação da retirada de bens de capital essenciais (art. 49, § 3º, LRE), assegurando a manutenção das atividades; e a apresentação de contas mensais pelos administradores do devedor, sob pena de destituição (art. 52, inciso IV, LRE). Por outro lado, é possível fixar alguns incentivos contratuais do financiamento, como a negociação de determinados *covenants* de desempenho e a outorga de garantias reais, além da previsão de incentivos ao chamado credor colaborativo, comum em muitos planos de recuperação judicial.

[4] Pelo art. 84 da LRE, são extraconcursais e pagos na ordem a seguir: "I – remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência; II – quantias fornecidas à massa pelos credores; III – despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência; IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida; V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei."

[5] Cf. LUCCA, Newton, DEZEM, Renata Mota Maciel M. Dez anos de vigência da Lei 11.101/2005. Há motivos para comemorar? In: CEREZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez Anos da Lei nº 11.101/2005*: Estudos sobre a Lei de Recuperação e Falências. São Paulo: Almedina, 2015, p. 101.

Além disso, diferentemente dos EUA, não existe no Brasil a chamada regra da prioridade absoluta, de modo que o pagamento dos financiamentos poderá concorrer com outros créditos surgidos durante a recuperação judicial, com os créditos abrangidos pelo plano de recuperação – quando iniciado seu cumprimento –, e com os créditos não sujeitos ou cujas execuções não se suspendem, previstos nos arts. 6º, § 7º, 49, §§ 3º e 4º e 199, § 2º, da LRE.

Diante dessas limitações, os operadores do direito brasileiro têm previsto incentivos, nos planos de recuperação judicial, aos chamados "credores colaborativos" ou parceiros, ou seja, aqueles credores preexistentes que continuam fornecendo produtos ou serviços, inclusive crédito, durante a recuperação judicial, e como contrapartida podem auferir alguma vantagem no pagamento de seus créditos anteriores ao pedido de recuperação, conforme previsto no plano.[6] Mesmo assim, os incentivos ao credor colaborativo restringem-se aos titulares de créditos preexistentes ao pedido e não se prestam a atrair novos financiadores.

Outra forma de atrair novos recursos é a outorga de garantias aos novos credores. Em muitos casos, essa solução é inviabilizada pela ausência de bens desonerados, levando muitas empresas a oferecer em garantia a totalidade de seus estoques e recebíveis, o que, a depender da contrapartida oferecida, pode ser prejudicial às empresas e aos credores preexistentes, e ensejar inclusive questionamentos quanto à legalidade da operação. Em outros casos, a empresa pode oferecer bens de seu ativo não circulante (outrora "ativo permanente"), nos termos do art. 66 da LRE, o que depende do reconhecimento da "evidente utilidade" pelo juiz, ouvido o comitê de credores. A cautela do legislador é válida, porém, inadequada ao contexto brasileiro, especialmente diante da não rara morosidade do Poder Judiciário, pelo que a melhor alternativa, em nosso sentir, seria uma avaliação *a posteriori* dos termos da garantia outorgada e de

[6] Chancelando a possibilidade de tratamento distinto entre credores de mesma classe, o Enunciado n. 57, aprovado na I Jornada de Direito Comercial, assim dispõe: "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 justificado pelo proponente do plano e homologado pelo magistrado."

Ainda acerca da figura do credor colaborativo, cf. COELHO, Fábio Ulhoa. O Credor Colaborativo na Recuperação Judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coord.). *Direito das Empresas em Crise*: Problemas e Soluções. São Paulo. Quartier Latin: 2012, p. 101-118.

seu impacto no processo de recuperação judicial,[7] assegurando-se, ainda, a estabilização das situações irreversíveis resultantes da concessão do financiamento, a exemplo do que ocorre nos EUA.[8]

Importante limitador à participação de bancos brasileiros no financiamento de empresas em crise provém da resolução 2.682/99, do Conselho Monetário Nacional, a qual estabelece critérios para classificação de operações de crédito de bancos em função do risco, além de estabelecer regras de provisão para créditos de liquidação duvidosa.

Normalmente, quando a empresa recorre à recuperação judicial, ela já está inadimplente por período superior a cento e oitenta dias, ou sua operação já foi até mesmo lançada a prejuízo. Na prática, isso inibe a concessão de novos créditos pelas instituições financeiras, pois eles serão classificados com base na resolução mencionada com *rating* H (o pior de todos), na medida em que as operações de um mesmo devedor ou grupo econômico possuem uma única classificação que, como regra, é a que apresenta maior risco. Assim, seria necessário provisionar 100% do valor do novo crédito, o que tornaria a operação bastante onerosa e poderia diminuir consideravelmente o lucro da instituição financeira.

Ainda, quanto às empresas em recuperação extrajudicial, não existem incentivos legais diretos aos potenciais financiadores, o que inibe o surgimento de agentes nesse mercado.

Por derradeiro, há propostas legislativas, como o Projeto de Lei 10.220/2018, em trâmite na Câmara dos Deputados, prevendo tratamento específico para o financiamento do devedor e do grupo econômico durante a recuperação judicial. Todavia, embora sejam por vezes detalhadas e sistematizadas, as propostas não conferem ao financiador

[7] Exemplo da dificuldade ora colocada verificou-se na recuperação judicial da OAS, em que, após diversas discussões, o Tribunal de Justiça de São Paulo autorizou a constituição de garantia sobre as ações detidas pela OAS na Invepar, concessionária do Aeroporto de Guarulhos, porém em contrapartida à entrega de apenas parte do valor objeto do empréstimo, o que certamente desincentivou o financiador (TJSP. AI 2152587-51.2015.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Carlos Alberto Garbi. j. 21/10/2015. DJe 24/10/2015).

[8] Sobre a irreversibilidade dos negócios de financiamento ou investimento objeto de autorização judicial já implementados e consumados substancialmente, cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. Financiamento e Investimento na Recuperação Judicial. In: CEREZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez Anos da Lei nº 11.101/2005:* Estudos sobre a Lei de Recuperação e Falências. São Paulo: Almedina, 2015, p. 284-289.

incentivos aproveitáveis durante a recuperação, mas apenas asseguram elevado grau de preferência de pagamento na falência.[9]

4 Conclusão

No Brasil, os pouquíssimos incentivos legais contidos no art. 67 da LRE são usufruíveis apenas na falência e são ofuscados por uma série de óbices legais, regulatórios, econômicos e culturais que inibem financiamentos de empresas em recuperação judicial, não obstante existam operações de menor porte e incentivos aos chamados "credores colaborativos". Com efeito, os benefícios param por aí, prevalecendo a insegurança dos financiadores e a incerteza sobre a validade do negócio e da outorga de garantias.

A solução desses problemas passa por alterações legislativas que confiram segurança aos financiadores de boa-fé, reconheçam a prioridade de seus créditos e a efetiva possibilidade de cobrá-los inclusive durante a recuperação judicial, além de criar incentivos aproveitáveis ao longo do processo, não só em eventual falência. Além disso, a outorga de garantias deve ser facilitada já no início do processo e não deve comportar nenhum tipo de sucessão, bem como deve ser reconhecida a irreversibilidade de algumas situações decorrentes do financiamento já concedido, de modo que decisões judiciais posteriores e contrárias tenham em conta essa peculiaridade. Ainda, a criação, legal ou pretoriana, de procedimentos burocráticos e custosos a todos os envolvidos, sob o estandarte da defesa de valores diversos, pode malograr o negócio e não solucionar as limitações existentes.

Por fim, magistrados, advogados, credores, devedores, administradores judiciais e mesmo legisladores devem ter em mente que o financiamento de empresas em recuperação judicial comporta riscos majorados, os quais devem ser compensados legal ou contratualmente, além do que tais operações não devem ser tratadas e interpretadas como um negócio jurídico celebrado em condições normais. Ao lado disso, é necessário considerar todos os interesses em jogo, a finalidade do negócio, o valor envolvido e as justificativas apresentadas, sempre em um contexto de ampla transparência e boa-fé.

[9] Nesse sentido, cf. arts. 69-A e ss. Do Projeto de Lei n. 10.220/2018.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

COELHO, Fábio Ulhoa. O Credor Colaborativo na Recuperação Judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coord.). *Direito das empresas em crise*: problemas e soluções. São Paulo. Quartier Latin: 2012, p. 101-118.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. *Financiamento na recuperação judicial e na falência*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

EFRAT, Rafael. Bankruptcy stigma: plausible causes for shifting norms*. 22 Emory Bankr. Dev. J.,* 2005-2006.

LUCCA, Newton, DEZEM, Renata Mota Maciel M. Dez anos de vigência da Lei 11.101/2005. Há motivos para comemorar? *In*: CEREZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez Anos da Lei nº 11.101/2005*: estudos sobre a lei de recuperação e falências. são paulo: almedina, 2015.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Financiamento e Investimento na Recuperação Judicial. *In:* CEREZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez Anos da Lei nº 11.101/2005*: estudos sobre a lei de recuperação e falências. São Paulo: Almedina, 2015, p. 264-290.

LVI. A assembleia de credores e o direito de voto

Carolina Mansur da Cunha de Grandis

A assembleia geral de credores é um dos principais mecanismos previstos na Lei nº 11.101/20005 ("Lei de Recuperação de Empresas e Falência") destinado a provocar as tratativas coordenadas entre devedor e seus credores para a reestruturação da atividade empresarial em crise.[1]

Muito embora facultativa, pois dependerá da apresentação de objeção por pelo menos um credor, nos termos dos art. 55 e 58, *caput* da Lei nº 11.101/2005, na prática, é amplamente verificada.

Na assembleia é que credores do devedor terão o direito de presença, de voz para debater o plano apresentado, e inclusive de sugerir alterações, e exercerão o direito de voto manifestando concordância ou não à proposta de pagamento e, consequentemente, deliberando sobre o destino da empresa em crise.

Isso porque, em regra, a reestruturação da atividade empresarial por meio do processo de recuperação judicial não será imposta às partes pela vontade do juiz[2], mas decorrerá da composição entre devedor e credores a partir da concordância ou não da proposta de pagamento, seja ela a originalmente apresentada pelo devedor ou alterada por sugestões de credores, com anuência do devedor (art. 56, § 3º).[3]

A Assembleia Geral de Credores tem poder deliberante e o resultado da deliberação assemblear tem natureza vinculante, pois, respeitados os

[1] Nesse sentido, MUNHOZ, Eduardo Secchi In: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (Org.). *Comentários à Lei de Recuperação de empresa e falência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 287.

[2] O art. 58, § 1º da Lei nº 11.101/2005 é única norma do nosso sistema concursal que prevê a intervenção jurisdicional sobre a manifestação dos credores.

[3] Essa deliberação posteriormente será homologada pelo magistrado, conforme art. 58 da Lei nº 11.101/2005.

quóruns previstos em lei, obriga também a minoria dissidente e os credores silentes e ausentes.[4]

O direito de voto e os impedimentos

O art. 39 da Lei nº 11.101/2005 estabelece quem terá direito de voto na Assembleia de Credores. Entre os credores do devedor que *não* terão direito a voto na Assembleia estão (i) aqueles não submetidos ao procedimento concursal (na forma do art. 49, §§ 3º e 4º)[5], (ii) os credores que não tiverem as condições originais de seu crédito alteradas pelo plano de recuperação judicial[6], (iii) os credores retardatários, isto é, aqueles que não cumprirem o prazo para habilitação previsto no art. 7º, § 1º, com exceção dos credores retardatários trabalhistas[7] e (iv) credores sócios ou acionistas do devedor, o controlador do devedor, sociedades coligadas ou controladas, credores cujos sócios detenham participação acionária relevante no devedor e parentes e afins.[8]

A aprovação do plano de recuperação proposto pelo devedor dependerá, nos termos do art. 45 da Lei nº 11.101/2005, da concordância de quatro classes: (i) titulares de crédito derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, (ii) credores com garantia real; (iii) credores quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados e (iv) credores enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.[9]

A aceitação do plano pelos credores trabalhistas ou detentores de créditos decorrentes de acidente de trabalho e pelos credores enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte ocorre por maioria

---

[4] A assembleia é soberana e caberá ao juiz apenas analisar violação aos princípios de legalidade contidos no plano. Nesse sentido, o Enunciado 44 da I Jornada de Direito Comercial prevê "A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade", com respaldo no julgamento do STJ, Terceira Turma, REsp nº 1314209, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 2.5.2012. Sobre a soberania da decisão assemblear e a vinculação dos dissidentes e ausentes, vide: STJ, Terceira Turma, Recurso Especial nº 1700487/MT, Relator para acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgamento em 2.4.2019.

[5] Conforme art. 39,§ 1º da Lei nº 11.101/2005.

[6] Conforme art. 45,§ 3º da Lei nº 11.101/2005.

[7] Conforme art. 10,§ 1º da Lei nº 11.101/2005.

[8] Conforme art. 43 da Lei nº 11.101/2005.

[9] Essa classificação está prevista no art. 41 da Lei nº 11.101/2005 que define a forma de composição da assembleia geral de credores.

simples dos credores presentes em cada classe, já a aprovação nas classes dos credores com garantia real e quirografários depende da concordância cumulativa da maioria simples de credores e de mais da metade do valor do crédito.

Os limites do exercício do voto pelo credor

Os credores têm papel fundamental na recuperação judicial, pois a eles competem as mais relevantes decisões no âmbito de um procedimento de recuperação, como o poder de decidir sobre o mérito do plano de reorganização e a viabilidade da continuação da atividade empresarial do devedor ou sua liquidação[10].

E justamente sob a perspectiva de que aos credores cabe o destino do devedor e que o destino do devedor afeta diversos interesses que não apenas os deles diretamente[11], questiona-se se, sendo o voto ferramenta para tutela individual do interesse patrimonial do credor, poderá ser exercido apenas com o propósito de maximizar o retorno do seu crédito (tutela do crédito) ou se deve buscar também deveria a preservação da empresa e tutela dos interesses difusos (tutela da atividade empresarial).[12]

---

[10] O art. 56, § 4º da Lei nº 11.101/2005 prevê: " §Rejeitado o plano de recuperação pela assembleia geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor". Com exceção da hipótese já mencionada prevista no art. 58,§ 1º, mecanismo de superação de veto conhecido por *cram down,* termo importado do direito-norte americano.

[11] Calixto Salomão Filho traça um paralelo entre o interesse social das companhias e o interesse recuperacional, defendendo que o sistema de insolvência atual procurou afastar o embate entre credores e devedor (equivalente à teoria contratualista) do centro do procedimento, o substituindo pela proteção dos interesses de todos que se relacionam com a empresa em crise e com a crise empresarial, em uma opção claramente institucionalista (A recuperação de empresas e interesse social. *In*: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (org.). *Comentários à Lei de Recuperação de empresa e falência***.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 43-54). Sobre os diversos interesses tutelados pela legislação de insolvência, ver também: NEDER CEREZETTI, Sheila C. *A recuperação judicial de sociedade por ações*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 216-236.

[12] A possibilidade de o credor votar de acordo exclusivamente com seus interesses patrimoniais é reconhecida pela doutrina norte-americana: "*Obviously, a creditor or equity security holder that simply does not like the terms of the plan is free to vote against the plan is free to vote against the plan. There is a general agreement that voters are allowed to indulge their own selfish motivations. Indeed, creditors and equity holders are expected to try to get all that they can under plan, and may vote against a plan that does not give them as large slice of the reorganization pie as they want. The fundamental nature of plan reorganizations is that different groups of claimants and equity holders will threaten to vote against a plan unless their share is sweetened, and make such threats is not bad faith.*" (TABB, Charles Jordan. *The Law of Bankruptcy*. Minnesota: West Academic Publishing, 2016. § 11.21, p. 1126).

Não se pode negar, contudo, que os art. 47 e 75 da Lei nº 11.101/2005 expressamente mencionam a preservação da empresa viável e a necessidade da tutela da vasta gama de interesses envolvidos com empresa em crise. A necessidade de harmonização de todos interesses no processo de recuperação judicial, por sua vez, poderá implicar relativização ou limitação da vontade manifestada pelos credores[13].

Sabe-se que não existe em nosso ordenamento jurídico uma disposição clara sobre o direito de voto do credor e a orientação de como de exercê-lo. A Lei nº 11.101/2005 é ainda completamente omissa sobre exercício abusivo do direito de voto e as implicações para as deliberações tomadas em decorrência de um voto abusivo.[14]

A doutrina pátria parece convergir no sentido de que credores devem votar de acordo com seus interesses individuais[15], optando pela recuperação da empresa sempre que essa solução lhe gerar mais benefícios

---

[13] BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credore***s**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 69.

[14] Nesse sentido, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, que reforça a crítica alertando que o Código Civil, aplicado subsidiariamente à Lei nº 11.101/2005, também não regula a anulação das deliberações tomadas em decorrência de voto conflitante (Assembleia de Credores na Nova Lei falimentar. *In*: _____. Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da empresa. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.22-23. Ver também: DE LUCCA, Newton. Abuso do Direito de Voto do Credor na Assembleia Geral de Credores prevista nos arts. 35 a 46 da Lei nº 11.101/2005. *In*: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; ANTONIO, Nilva M. Leonardi (coord.). *Direito Recuperacional II* – Aspectos Teóricos e Práticos. São Paulo: Quatier Latin, 2012, p. 223-249.

[15] "O credor tem direito de preferir a falência à recuperação judicial do devedor sem que isso importe em desqualificação de sua manifestação de vontade através do voto na AGC. A inconveniência da manutenção de créditos de difícil solução por longo período; as condições de pagamento não obstante objetivamente interessantes, podem estar em desacordo com as políticas praticadas pelo credor e contaminar futuros negócios; o custo do acompanhamento da recuperação judicial pode não justificar os correspondentes benefícios; em suma, não são poucos os argumentos legítimos para que um credor, de boa-fé, vote contra a aprovação de um plano de recuperação judicial." (SATIRO, Francisco. Autonomia dos Credores na aprovação do plano de recuperação judicial. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Tavares (coord.). *Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro.* São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 112).

do que custos[16] e de que preservação da empresa ou a promoção da sua função social não deve ser limitador do exercício de voto do credor.[17]

A ausência, contudo, de parâmetros legislativos para orientar o exercício de voto do credor no arcabouço jurídico vigente[18] exige a investigação de quais seriam os comportamentos que fazem necessária a intervenção judicial.[19]

Nesse sentido, utilizar o princípio da boa-fé[20] como balizador do controle jurisdicional sobre o voto do credor parece adequado e mostra-se, ainda,

---

[16] Eduardo Secchi Munhoz destaca que "na maior parte das vezes, pois os credores também podem ser beneficiados pela recuperação; isso sempre ocorrerá quando a continuidade da empresa aumentar a probabilidade de recuperação dos créditos e o valor respectivo em comparação com o que se obteria no processo de liquidação. Considere-se, ainda, a possibilidade de o credor continuar a fazer negócios com a empresa recuperanda." (Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais,* v. 10, n. 36, p. 184-199, abr./jun. 2007, p. 189).

[17] Nesse sentido, Franscisco Satiro defende que manifestação de cada credor deve refletir seu interesse individual, desde que legítimo, na aprovação ou não do plano e a preservação da empresa não é o propósito a ser perseguido pelos credores e, portanto não pode servir de parâmetro para aferição da regularidade do voto do credor (Autonomia dos Credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; WARDE JR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (coord.). *Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro.* São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 108-110); Gabriel Buschinelli também pondera ser inadequada a limitação do exercício de voto do credor pelo princípio da preservação da empresa, pois não seria o voto o instrumento adequado a perseguir os objetivos presentes no art. 47 da Lei nº 11.101/2005, mas o conjunto de soluções procedimentais – legislativas ou interpretativas – que deveria proporcionar a composição dos interesses múltiplos envolvidos na empresa em crise e a consecução da preservação da empresa (*Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 72-73).

[18] O mecanismo brasileiro de superação pelo juiz do veto é objeto de várias críticas, por seu caráter restrito e porque limita o poder jurisdicional para aferição de eventual abuso no voto manifestado por uma classe. Nesse sentido, vide: MOREIRA, Alberto C. Poderes da Assembleia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público. *In*: PAIVA, Luis Fernando Valente (coord.). *Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005; MUNHOZ, Eduardo Secchi. *In*: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (Org.). *Comentários à Lei de Recuperação de empresa e falência.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 289.

[19] O juiz assumiria o "papel de presidente do processo de negociação e de árbitro dos eventuais desvios de rota que possam comprometer o atendimento dos objetivos definidos pelo legislador (MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial**.** *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais***,** v. 10, n. 36, p. 184-199, abr./jun. 2007, p.192).

[20] SATIRO, Francisco. Autonomia dos Credores na aprovação do plano de recuperação judicial. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina

em consonância com o Enunciado 45 da I Jornada de Direito Comercial[21] e com a regra geral de abuso do direito contida no art. 187 do Código Civil que relaciona os limitadores do exercício de posições jurídicas.

A avaliação se os comportamentos dos credores respeitam ou não o princípio da boa-fé deverá ser realizada casuisticamente pelo intérprete, enquanto não realizada qualquer alteração legislativa[22]. A identificação de balizadores do comportamento dos credores, contudo, é essencial para garantir segurança jurídica e previsibilidade das decisões judicias, bem como a proteção e composição de todos os interesses envolvidos com a empresa em crise.[23]

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores.* São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CAMPANA FILHO, Paulo Fernando; BATISTA, Carolina Soares João; NEDER CEREZETTI, Sheila Christina; MIYAZAKI, Renata YumiA prevalência da vontade da assembleia-geral de credores em questão: o cram-down e a apreciação do plano por todas as classes. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, Malheiros, v. 143, p. 202-242, jul./set. 2006.

DE LUCCA, Newton. Abuso do Direito de Voto do Credor na Assembleia Geral de Credores prevista nos arts. 35 a 46 da Lei nº 11.101/2005. *In*: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; ANTONIO, Nilva M. Leonardi (coord.). *Direito recuperacional* – aspectos teóricos e práticos, São Paulo: Quatier Latin, 2012. V. II, p. 223-249.

Tavares (coord.). *Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p.111-112.

[21] Enunciado 45: "O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito."

[22] Atualmente está em trâmite o Projeto de Lei nº 10.220/2018 para alteração da Lei nº 11.101/2005. Entre as modificações apresentadas, destacam-se a inclusão (i) de dispositivo que estabelece que o voto do credor poderá ser exercido em conformidade com seu interesse e juízo de conveniência; (ii) rol de rol de hipóteses em que o voto do credor será considerado abusivo e (iii) de norma que amplia o poder atribuído ao juiz e permite sua interferência sobre o resultado da deliberação, ainda que o plano tenha sido aprovado.

[23] O juiz assumiria o "papel de presidente do processo de negociação e de árbitro dos eventuais desvios de rota que possam comprometer o atendimento dos objetivos definidos pelo legislador (MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais,* v. 10, n. 36, p. 184-199, abr./jun. 2007, p.192).

DEZEM, Renata Mota Maciel. Poderes do juiz e dos credores na recuperação judicial: análise da lei nº 11.101/05 a partir dos interesses envolvidos. In: DE LUCCA, Newton; VASCONCELOS, Miguel Pestana de (coord.). *Falência, insolvência e recuperação de empresas:* estudos luso-brasileiros. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Assembleia de Credores na Nova Lei falimentar. *In*: _____. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa.* São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da Assembleia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público. *In*: PAIVA, Luis Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas.* São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 247-276.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais***,** v. 10, n. 36, p. 184-199, abr./jun. 2007.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *In*: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (org.). *Comentários à Lei de Recuperação de empresa e falência.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEDER CEREZETTI, Sheila C. *A recuperação judicial de sociedade por ações.* São Paulo: Malheiros, 2012.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (org.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto . A recuperação de empresas e interesse social. *In*: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (org.). *Comentários à Lei de Recuperação de empresa e falência.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SATIRO, Francisco. Autonomia dos Credores na aprovação do plano de recuperação judicial. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Tavares (coord.). *Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro.* São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 99-114.

TABB, Charles Jordan. *The Law of Bankruptcy.* Minnesota: West Academic Publishing 2016.

LVII. Concessão da recuperação judicial e convolação da recuperação judicial em falência

Marcelo Barbosa Sacramone

A Lei de Recuperação de Empresas e Falência, Lei 11.101/05, consagrou a empresa como importante instrumento de política pública e de desenvolvimento econômico nacional.

Separada do conceito de empresário, a empresa, concebida juridicamente em seu perfil funcional como atividade econômica, foi elevada a fim para a tutela dos interesses de todos os por ela afetados. Sua preservação assegura não apenas os interesses dos credores na maior satisfação de seus créditos, mas também dos empregados na manutenção de seus postos de trabalho, dos consumidores com a redução de preços e aumento da concorrência, e da coletividade em que inserida em virtude da manutenção dos contratos e da circulação de riqueza.

Diante de crise econômico-financeira que acomete o empresário devedor e que poderá ser apenas temporária e reversível, a Legislação conferiu a recuperação judicial como alternativa ao empresário para superá-la. Para que não se estimulasse o comportamento oportunista do credor em resistir à composição individual para obter todas as vantagens da restruturação da dívida enquanto os ônus fossem suportados por apenas alguns credores, o instituto da recuperação judicial foi criado como uma forma de permitir a negociação coletiva com todos os credores.

Essa negociação coletiva somente poderia ser realizada mediante a criação de um ambiente favorável a tanto. Os custos de transação foram reduzidos, com o controle da simetria informacional por meio do administrador judicial; desestimularam-se os comportamentos oportunistas dos credores, com a determinação de suspensão de todas as ações e execuções em face da recuperanda por 180 dias; e organizou-se o processo de negociação com o estabelecimento de uma Assembleia Geral de Credores e quóruns de votação.

Entretanto, a recuperação judicial, com a manutenção do empresário devedor na condução de sua atividade, nem sempre será o melhor para a proteção dos interesses públicos a que o instituto foi destinado. Os problemas que causaram a crise econômica do devedor podem não ser transitórios ou superáveis, mas poderão ser decorrentes de uma ineficiência do empresário, de falhas gerenciais ou da inadequação dos produtos ou serviços às necessidades dos consumidores.

Nessa situação de inviabilidade da condução da atividade econômica conforme plano de recuperação judicial, a falência poderá ser economicamente mais eficiente à proteção de todos os interesses. A atividade econômica poderá ser preservada por meio de sua transferência a outro empresário que a desenvolva de forma mais eficiente.

A liquidação dos ativos na falência permitiria a diverso empresário adquirir o conjunto de ativos para desempenhar a atividade, com a melhor alocação dos diversos fatores de produção. Se inadequada a atividade à demanda do mercado, mesmo a liquidação separada dos ativos permitirá melhor alocação dos recursos escassos, simplesmente por meio do aproveitamento dos bens úteis em finalidade diversa e que melhor os aproveite.

A concessão de uma recuperação judicial de um empresário com atividade econômica inviável apenas acarretaria maior perda de valor a todos os envolvidos. A manutenção de uma atividade ineficiente consome os recursos escassos. O não adimplemento dos contratos permite ganho de vantagem competitiva em relação aos demais, com prejuízos à livre concorrência. O não recolhimento de impostos impede a destinação de recursos pelo Estado à mitigação dos problemas sociais e e benefício da coletividade em que a empresa atua. Por fim, a não retirada do agente econômico deficitário ainda implica aumento do risco do crédito, com redistribuição dos referidos custos a todos, mas notadamente aos empresários mais necessitados e com maior possibilidade de inadimplemento, o que reduz a possibilidade de sucesso mesmo das recuperações judiciais de atividades econômicas viáveis e afeta os próprios postos de trabalho que se procurava, num primeiro momento, preservar.

A experiência do Decreto-Lei 7.661/45 e que atribuiu ao Judiciário o poder de preservar a atividade e assegurar a proteção dos interesses de todos os afetados, mediante a concessão da concordata ao comerciante de boa fé, revelou-se um fracasso. A falta de estrutura adequada para se

aferir a viabilidade da atividade desenvolvida pelo devedor, a assimetria informacional e a onerosidade para obtê-la fizeram com que o Judiciário resolvesse os danos aos interesses apenas imediatamente perceptíveis, descurando dos efeitos de longo prazo. A concordata revelou-se, assim, um mecanismo comumente utilizado pelos devedores com atividades inviáveis para prosseguirem atuando, mesmo com agravamento da crise e deterioração do patrimônio garantidor dos credores.

Diante desse cenário, a alocação do poder pela Lei 11.101/05 foi realizada de forma a concentrar a decisão da viabilidade ou não da atividade do empresário devedor naqueles que sofreriam todos os seus efeitos imediatos. Os credores obteriam todos os benefícios de uma decisão correta e suportariam todos os custos de eventual insucesso imediatamente com a redução do patrimônio do devedor e, por consequência, do montante de adimplemento de seus créditos. Teriam, assim, os maiores incentivos econômicos a tomarem a decisão mais consciente.

Desta forma, o art. 58 da Lei 11.101/05 conferiu à maioria dos credores sujeitos à recuperação judicial o poder de aprovar o plano de recuperação judicial ou convolar o processo de recuperação em falência. A aprovação poderá resultar da falta de objeção oposta pelos credores, o que demonstra a concordância tácita desses aos termos propostos no plano de recuperação judicial pelo devedor.

Poderá resultar também da aprovação da maioria dos credores em Assembleia Geral dos Credores. Referida aprovação poderá ocorrer nos termos do art. 45 da Lei 11.101/05. Por esse quórum ordinário de aprovação, todas as classes dos credores sujeitas à Assembleia devem aprovar o plano de recuperação judicial, por maioria. Essa maioria será contada entre os presentes na Assembleia Geral na classe dos credores trabalhistas e dos empresários de pequeno porte e microempresários, independente do valor de crédito. Nas classes dos credores titulares de créditos assegurados por garantia real e dos credores quirografários, a maioria necessária para a aprovação será tanto de credores presentes na Assembleia Geral quanto maioria dos créditos presentes da respectiva classe.

Além do quórum ordinário, a aprovação poderá ser pelo quórum alternativo, conhecido por *cram down*. Para tanto, será considerado aprovado o plano que, deliberado pela Assembleia Geral de Credores, tenha obtido, cumulativamente, o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia,

independentemente de classes; a não rejeição da maioria das classes de credores presentes; na classe que houver rejeitado o plano, tenha ocorrido voto de pelo menos 1/3 dos credores e/ou dos créditos, conforme a classe analisada, e, se nessa classe, não tiver ocorrido tratamento diferenciado entre os credores.

Caso obtida a aprovação do plano de recuperação judicial, o juiz deverá conceder a recuperação judicial, mesmo que a atividade empresarial seja inviável economicamente. Não lhe é atribuída qualquer discricionariedade para sua concessão ou para a convolação da recuperação judicial em falência.

A Assembleia Geral de Credores é autônoma para deliberar sobre a viabilidade econômica, mas permite, como qualquer outro negócio jurídico, a verificação dos requisitos de validade pelo judiciário por ocasião de eventual homologação[1]. Ao Judiciário compete apenas verificar eventual abuso de direito do próprio devedor, ao contrariar princípios cogentes e pressupostos da recuperação judicial ao propor seu plano de recuperação judicial, ou eventual abuso dos credores, ao votar com má-fé, sem avaliar sua melhor posição enquanto credor.

Não obtida a aprovação do plano de recuperação judicial pela deliberação assemblear dos credores, a recuperação judicial será convolada em falência, conforme art. 73 da Lei 11.101/05. Além da rejeição, a decretação da falência poderá ocorrer caso os credores, a qualquer momento durante o procedimento recuperacional, deliberem por maioria a decretação da falência; caso o plano de recuperação judicial não seja tempestivamente apresentado; se as obrigações vencidas durante os dois anos do período de fiscalização não forem cumpridas; ou se houver o reconhecimento de quaisquer dos pressupostos da decretação da falência em razão de crédito não sujeito à recuperação judicial.

Na hipótese de convolação da recuperação judicial em falência, ainda que tenha ocorrido a novação pela recuperação judicial anteriormente aprovada, as obrigações do devedor serão reconstituídas nas condições originalmente contratadas. A novação recuperacional é condicionada à não decretação da falência durante o período de fiscalização. Caso ocorra essa convolação, serão apenas deduzidos os valores eventualmente pagos

[1] Enunciado 44 da I Jornada de Direito Comercial CJF/STJ: "a homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle de legalidade".

durante a recuperação judicial aos credores para a devida verificação dos créditos no procedimento falimentar, mas os atos de administração, endividamento, oneração ou alienação praticados durante a recuperação judicial presumem-se válidos, a menos que praticados em conluio fraudulento para prejudicar a coletividade dos credores.

Referência e sugestão de leitura para aprofundamento

SACRAMONE, Marcelo. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo, Saraiva, 2018.

LVIII. Papel dos credores na recuperação judicial

Sheila C. Neder Cerezetti

Falar do papel dos credores na Recuperação Judicial é tocar em um dos assuntos fundamentais ao atual direito da empresa em crise brasileiro. Com efeito, com a entrada em vigor da Lei n. 11.101/2005 ("LRE"), o ordenamento jurídico nacional passou a conhecer um novo modelo de tratamento para a crise empresarial, o qual promoveu verdadeira ruptura com os instrumentos pretéritos e colocou os credores no centro da disciplina.[1]

Se, até então, os institutos criados e em alguma medida aperfeiçoados ao longo do tempo pelas legislações concursais tinham por propósito tornar possível a satisfação dos interesses dos credores, nem sempre esses atores encontravam voz e participação adequadas nos procedimentos. O momento atual, contudo, muito embora marcado pela alteração dos objetivos e tendo como foco não apenas o adimplemento de dívidas mas a preservação da empresa viável[2], reconheceu nos credores figura essencial para que o objetivo possa ser alcançado.

---

[1] Sobre a afirmação da mudança não apenas pela inédita previsão de instrumentos de recuperação, mas também pela profunda alteração de perspectiva no instituto da falência, vide PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito falimentar e preservação da empresa*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

[2] Entendida como mecanismo procedimentalmente capaz de tutelar os mais amplos interesses por ela abrangidos, cf., em detalhes, CEREZETTI, Sheila C. Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações*. São Paulo: Malheiros, 2012. Na oportunidade, se afirmou que, mediante essa nova perspectiva do direito concursal, a LRE poderia, desde que bem interpretada e aplicada, significar o fim ao ritmo pendular constatado por Fábio K. COMPARATO, no sentido a legislação falimentar historicamente protege especialmente ora os interesses do devedor, ora os interesses dos credores (*Aspectos jurídicos da macro-emprêsa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 98-101). Sobre o tema, é interessante notar que, já no começo do século passado, Paulo Maria de LACERDA manifestava-se acerca do constante conflito entre interesses de credores e devedor nos processos falimentares, lembrando, ainda, de um interesse social, que não poderia ser colocado em segundo plano, consistente nos interesses do comércio e da indústria. O autor ressaltava que essa dificuldade era usualmente enfrentada não apenas no Brasil, mas em todos os ordenamentos que de tempos em tempos tentavam disciplinar a matéria (*Da Fallencia no Direito Brasileiro.* São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1931, p. 10). Observações do mesmo cunho também já foram feitas com relação à disciplina norte-americana

É justamente a ênfase na participação dos credores nos procedimentos de recuperação de empresas uma das principais características da atual lei brasileira e um importante meio de proteção ao interesse dos mesmos agentes. Esta participação, no mais, é o que permite dar corpo à própria recuperação judicial, na medida em que se trata de instituto eminentemente fundado sobre a negociação entre devedora(s) e credores sujeitos.

Referida negociação, voltada a permitir que as partes encontrem solução para a crise da empresa viável, ocorre tanto antes quanto após a formulação do pedido de recuperação. Mas é na assembleia geral de credores que se encontra o momento fulcral de manifestação da vontade dos envolvidos. Neste conclave, pode o plano de recuperação proposto pela devedora ser alterado, desde que haja concordância da proponente e que não se diminuam exclusivamente os direitos dos credores ausentes. Além disso, na mesma ocasião, cabe aos credores definir o futuro da recuperanda, mediante a aprovação ou reprovação da proposta.

É importante destacar que a decisão dos credores é tomada a partir do exercício do direito de voto. Para fins de deliberação sobre o plano, participam da votação apenas aqueles cujos créditos tenham valor ou condições originais de pagamento por ele alteradas (art. 45, § 3º). Na assembleia, os votantes são organizados em quatro classes, nos termos do art. 41 da LRE, aplicando-se quórum próprio a cada uma, sendo que todas elas devem se manifestar favoravelmente para que o plano seja considerado aprovado[3].

Se a deliberação sobre o plano representa o episódio mais marcante da atuação dos credores na recuperação judicial, a possibilidade de votar

acerca da matéria. Confira-se: "They tend to ebb and flow between showing excessive care for creditors and excessive care for debtors." (JONES, Edith H. Chapter 11: A Death Penalty for Debtor and Creditor Interests. *Cornell Law Review*, v. 77, p. 1088-1092, 1992, p. 1.092). Para uma avaliação sobre a dificuldade de implementar essa superação, vide NEDER CEREZETTI, Sheila Christina; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. Fotografias de uma década da Lei de Recuperação e Falência. *In*: NEDER CEREZETTI, Sheila Christina; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez Anos da Lei n. 11.101/2005*: Estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Almedina, 2015. p. 15-38.

[3] Na ausência de aprovação unânime das quatro classes, pode o juiz homologar o plano caso satisfeitos os requisitos legais dispostos no art. 58, §§ 2º e 3º da LRE, no que ficou conhecido como *cram down*, em referência à expressão utilizada no ordenamento estadunidense para situação análoga.

coletivamente existe ainda em outras circunstâncias.[4] O rol de atribuições da assembleia geral de credores, constante do art. 35, I, bem ilustra o que ora se afirma. Mediante quórum simples de mais da metade do valor dos créditos detidos pelos presentes, muitas das matérias de interesse dos credores podem ser decidida na reunião. Entre as mais importantes – e controvertidas – atribuições encontra-se a possibilidade de escolher o nome do gestor que será nomeado em caso de afastamento da devedora, nos termos do art. 65[5].

A assembleia geral de credores é vista como um órgão que envolve uma comunhão de interesses[6]. Acredita-se que os credores teriam o interesse comum de, na recuperação, evitar perdas mais acentuadas do que aquelas que decorreriam da liquidação dos ativos do devedor[7], de maximizar o valor do patrimônio do devedor[8] e, assim, de garantir a mais ampla satisfação de seus créditos[9].

Mas é preciso ter em mente que, não obstante a verificação de um interesse comum, inexiste completa homogeneidade entre os interesses dos diversos credores que compõem o órgão. Em busca da melhor organização desses interesses desenvolveu-se a ideia de separar os credores em distintas classes, as quais têm por intuito organizar interesses[10], agrupan-

[4] Sobre o exercício do direito de voto pelos credores apuração de eventual abuso, vide BUSCHINELLI, Gabriel. *Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

[5] Sobre o tema, vide FRANCO, Gustavo Lacerda. *A condução da sociedade em recuperação judicial*: análise da solução brasileira à luz dos modelos globais e dos seus pressupostos. Mestrado. Faculdade de Direito da USP, 2018.

[6] Cf. FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. A Assembléia-Geral de Credores na Nova Lei Falimentar. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 138, p. 71-83, 2005, p. 72, especialmente nota de rodapé 7.

[7] Cf. SZTAJN, Rachel. Notas sobre as Assembléias de Credores na Lei de Recuperação de Empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 138, pp. 53-70, 2005, p. 62.

[8] Cf. STANGHELLINI, Lorenzo. Proprietà e Controllo dell'Impresa in Crisi. *Revista delle Società*, fasc. 5, p. 1041-1081, 2004, p. 1056.

[9] Cf. NEUMANN, Friedrich. *Die Gläubigerautonomie in einem künftigen Insolvenzverfahren*, Bielefeld: Ernst und Werner Giesekin, 1995, p. 246.

[10] Vide SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. *In*: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (coords.). *Direito empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 100-114; e NEDER CEREZETTI, Sheila Christina. A classe de credores como técnica de organização de interesses: Em defesa da alteração da disciplina das classes na recuperação judicial. *In*:

do os homogêneos e afastando os assimétricos. A composição de classes permite que se esclareça o tratamento a ser conferido aos credores do mesmo grupo e fornece um mecanismo para que se apure se os votos foram suficientes à aprovação de um plano[11].

Justamente para que as classes tenham o condão de satisfazer o propósito para o qual foram pensadas em um mecanismo de recuperação (o qual é muito distinto daquele presente em instrumentos de liquidação, em que servem para estabelecer ordem de pagamento do passivo) e tendo em vista a rigidez prevista no art. 41 da LRE, aprovou-se o Enunciado 57 na I Jornada de Direito Comercial, o qual, acompanhado amplamente pela jurisprudência, permite a mais adequada organização dos interesses.[12]

Também é preciso destacar que o tema ora abordado deve vir acompanhado do alerta de que a centralidade do papel dos credores não significa que as deliberações tomadas estejam isentas de qualquer controle. A verificação de legalidade do procedimento e de seu resultado cabe ao juízo competente.

Ora, a concessão de relevante poder aos credores no que diz respeito ao destino da devedora não permite dizer que o magistrado deverá estar convicto da viabilidade da empresa para homologar o plano aprovado pelos credores. Todavia, seria errado acreditar que o juiz possui apenas um papel homologatório da vontade de agentes privados.[13] Na verda-

---

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro (Org.). *Direito das empresas em crise*: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 365-385.

[11] Para comentários, vide SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.* São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 175-178.

[12] Sobre o tema e com o alerta para que, no futuro, também a votação passe a ser feita nas subclasses, confira-se NEDER CEREZETTI, Sheila Christina. O passo seguinte ao Enunciado 57: em defesa da votação nas subclasses. Voto na subclasse. *Revista Comercialista*, v. 13, p. 24-27, 2015. A sugestão ali aventada, no mais, já vem sendo cogitada em decisões judiciais (vide, TJSP, AI 0235130-87.2011.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 04/12/2012; TJSP, AI 0010246-41.2012.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 29/01/2013; TJSP, AI 2157921-03.2014.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Ramon Mateo Junior, j. 10/04/2015, em que, em voto convergente, o Des. Ricardo Negrão afirmou que "se há subclasses, o sufrágio deve ser por subclasses e colher em cada uma delas o resultado que atenda ao disposto no art. 45"; e TJSP, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, Processo n. 1084733-43.2018.8.26.0100, Decisão de fls. 20553-20555, proferida pelo Juiz de Direito Dr. Paulo Furtado de Oliveira Filho, em 11/03/2019.

[13] Cabe citar que, desde a promulgação da Lei de Recuperação e Falência, ampla é a discussão doutrinária acerca do acerto da opção legislativa no que tange às funções do magistrado no procedimento de recuperação de empresas. Sobre o tema, vide, por exemplo, COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 3ª ed. São Paulo:

de, ao Estado-juiz foi atribuído o papel fundamental de supervisionar o procedimento e garantir a lisura da tomada de decisão pela assembleia geral de credores[14], coibindo abusos no exercício do direito de voto dos credores, fiscalizando a correta classificação dos créditos e a formação de maiorias necessárias em cada uma das classes de credores afetadas e zelando pela manutenção de um ambiente institucional equilibrado para a negociação entre as partes[15]. Cabe a ele assegurar que a tomada de tão importante decisão esteja ao abrigo das garantias legais das partes e seja decorrência de adequada participação dos interessados e devida manifestação de vontade.

Assim, mesmo com relação ao conteúdo do acordo alcançado, i.e., o plano de recuperação judicial, cabe certa voz ao Judiciário. Ela se dá, todavia, dentro dos limites da análise da legalidade do ajuste. Não há espaço para que se imiscua nos termos econômicos do plano.[16]

Tendo sido demonstrada a centralidade do envolvimento dos credores na recuperação judicial, é preciso dizer que a LRE deixou de conferir a esses agentes algumas atribuições comumente encontradas em outras jurisdições que contam com instrumentos semelhantes de enfrentamento da crise. A opção legislativa pode ter deixado de contribuir para o equilíbrio entre os envolvidos.

Em primeiro lugar, restringiu-se à devedora a iniciativa de formular o pedido de recuperação judicial e de apresentar o plano. Se, por um lado,

---

Saraiva, 2005, p. 119; CAMIÑA MOREIRA, Alberto. Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e a Atividade do Ministério Público. *In*: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 245-274; e Newton de LUCCATeoria Geral. *In*: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 32-33.

[14] Nesse sentido, Friedrich NEUMANN julga ser essencial que, em um sistema que atribui a competência decisória à maioria dos credores, sejam previstos mecanismos para coibir abuso de poder e para proteger a minoria *(Die Gläubigerautonomie in einem künftigen Insolvenzverfahren*, Bielefeld: Ernst und Werner Giesekin, 1995, p. 239).

[15] Sobre o tema, vide RODRIGUES, Frederico Viana. Reflexões sobre a Viabilidade Econômica da Empresa no Novo Reime Concursal Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 138, p. 102-122, 2005, p. 121-122. P. G. JAEGER afirma que, ao se buscar uma nova formulação aos procedimentos concursais, a "funzione garantistica" do juiz não pode ser afastada (*Crisi delle Imprese e poteri del giudice*, in Giurisprudenza Commerciale, I, 1978, p. 882).

[16] Este é justamente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se STJ, REsp n. 1.359.311, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 09/09/2014; e STJ, REsp n. 1.630.932, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 18/06/2019.

a adoção apenas do modelo voluntário de instauração do procedimento e de elaboração da proposta de reestruturação pode evitar malefícios decorrentes da atuação de má-fé de terceiros legitimados[17], por outro, a solução em vigor autoriza a permanência de empresa no mercado até a situação limite que a impeça de se recuperar em decorrência da falta de atuação de um devedor negligente. Cabe destacar que o prejuízo decorrente da inação não afeta apenas o próprio devedor, que deverá enfrentar ao menos um procedimento liquidatário, como também outros interessados que poderiam estar resguardados, caso um pedido de recuperação tivesse sido apresentado aos primeiros sinais de dificuldade.

A restrição de legitimados ativos faz lembrar a época em que a legislação previa a possibilidade de se dar ao devedor um "favor legal", o qual, devido à sua caracterização como benefício a uma das partes, deveria ser postulado pelo próprio beneficiário. Referência está sendo feita à concordata, instituto extinto do ordenamento brasileiro e que em muito difere da vigente recuperação judicial.

Em segundo lugar, a LRE também limitou a atuação dos credores ao estruturar o comitê de credores como órgão de cunho eminentemente fiscalizatório[18], deixando de a ele conferir, como ocorre alhures, funções relativas à negociação do plano. Caso essa competência tivesse sido atribuída ao órgão, poder-se-ia imaginar que um maior envolvimento dos credores, mediante custo reduzido, poderia ser atingido. Nessa hipótese, ao invés de se estimular que todas as discussões sobre os detalhes do plano fossem feitas entre cada um e todos os credores, seria possível promover a representação dos interesses da classe por parte do membro eleito para o comitê. Uma vez traçados termos comuns e julgados convenientes por parte dos grupos de credores, a proposta passaria a ser avaliada pela assembleia, sendo de se esperar que, após a negociação prévia, a célere aprovação de um plano mais equânime plano seria mais provável.

À luz do exposto, entende-se restar demonstrada a relevância do papel dos credores na recuperação judicial, muito embora a participação pudesse

[17] Para críticas à ampliação da legitimidade ativa, vide RIVERA, Julio C.; ROITMAN, Horacio; VÍTOLO, Daniel R. *Ley de Concursos y Quiebras*. Tomo 1. 3ª ed. act. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 233-235.

[18] Manoel Justino BEZERRA FILHO também destaca serem as atividades do comitê eminentemente fiscalizatórias (*Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.1101/2005 comentada artigo por artigo.* 11ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 129).

ter sido legalmente reforçada por meio da previsão, por exemplo, de envolvimento na fase postulatória, na autorização para submissão de plano e na mais adequada estruturação do comitê de credores.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.1101/2005 comentada artigo por artigo*. 11. ed. *São Paulo: RT, 2016.*

BUSCHINELLI, Gabriel. *Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CAMIÑA MOREIRA, Alberto. Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e a Atividade do Ministério Público. *In*: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 245-274.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-emprêsa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

FRANCO, Gustavo Lacerda. *A condução da sociedade em recuperação judicial*: análise da solução brasileira à luz dos modelos globais e dos seus pressupostos. Mestrado. Faculdade de Direito da USP, 2018.

FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. A Assembléia-Geral de Credores na Nova Lei Falimentar. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 138, p. 71-83, 2005.

JAEGER, Pier Giusto. Crisi delle Imprese e poteri del giudice. *Giurisprudenza Commerciale,* I, p 869 e ss, 1978.

JONES, Edith H. Chapter 11: A Death Penalty for Debtor and Creditor Interests. *Cornell Law Review*, v. 77, p. 1088-1092, 1992.

LACERDA, Paulo Maria de. *Da Fallencia no Direito Brasileiro*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1931.

LUCCA, Newton de. Teoria Geral. *In*: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NEDER CEREZETTI, Sheila Christina. *A recuperação judicial da sociedade por ações.* São Paulo: Malheiros, 2012.

NEDER CEREZETTI, Sheila Christina. A classe de credores como técnica de organização de interesses: Em defesa da alteração da disciplina das classes na recuperação judicial. *In*: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro (Org.). *Direito das Empresas em Crise*: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 365-385.

NEDER CEREZETTI, Sheila Christina. O passo seguinte ao Enunciado 57: em defesa da votação nas subclasses. Voto na subclasse. *Revista Comercialista*, v. 13, p. 24-27, 2015.

NEDER CEREZETTI, Sheila Christina; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. Fotografias de uma década da Lei de Recuperação e Falência. *In*: NEDER CEREZETTI, Sheila Christina; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez Anos da Lei n. 11.101/2005: e*studos sobre a Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Almedina, 2015. p. 15-38.

NEUMANN, Friedrich. *Die Gläubigerautonomie in einem künftigen Insolvenzverfahren*, Bielefeld: Ernst und Werner Giesekin, 1995.

PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito falimentar e preservação da empresa*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

RIVERA, Julio C.; ROITMAN, Horacio; VÍTOLO, Daniel R. *Ley de Concursos y Quiebras.* Tomo 1 .3. ed. act. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

RODRIGUES, Frederico Viana. Reflexões sobre a Viabilidade Econômica da Empresa no Novo Reime Concursal Brasileiro**.** *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 138, p. 102-122, 2005.

SACCHI, Roberto. Concordato Preventivo, Conflitti di Interessi fra Creditori e Sindacato dell'Autorità Giudiziaria. *Il Fallimento*, v. 1, p. 30-36, 2009.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.* São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. *In*: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (coords.). *Direito empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 100-114.

STANGHELLINI, Lorenzo. Proprietà e Controllo dell'Impresa in Crisi. *Revista delle Società,* fasc. 5, p. 1041-1081, 2004.

SZTAJN, Rachel. Notas sobre as Assembléias de Credores na Lei de Recuperação de Empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 138, p. 53-70, 2005.

LIX. Encerramento da recuperação judicial

Paulo Furtado de Oliveira Filho

Em 2005, o direito brasileiro passou por grande transformação quanto à disciplina das empresas em crise. Em substituição à concordata, a Lei 11.101 instituiu o processo de recuperação judicial como meio de superação de crises econômico-financeiras experimentadas pelos empresários, permitindo "a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica" (art. 47).

Segundo Francisco Satiro, a razão do arcabouço processual da recuperação judicial é a superação dos obstáculos representados pela livre negociação simultânea com vários credores, cada um deles buscando a satisfação egoística de seus interesses. O processo de recuperação judicial é, na verdade, simplesmente um meio, uma ferramenta de construção de uma solução negociada entre o devedor e seus credores[1].

De acordo com Eduardo Secchi Munhoz[2], "a Lei divide o processo de recuperação em duas fases distintas: (i) a de negociação e aprovação do plano; e (ii) a de execução e cumprimento do plano, no prazo de até 2 anos. Em outros sistemas, há apenas a primeira fase, extinguindo-se o processo de recuperação com a aprovação do plano. A lei brasileira, porém, talvez influenciada pelo regime anterior inclusive no que respeita ao prazo de 2 anos, que era o prazo máximo para o cumprimento da concordata (art. 156, § 1.º e 157 do Dec.-lei 7.661/1945) preferiu postergar o encerramento do processo de recuperação para o cumprimento das obrigações vincendas até o segundo ano após a sua concessão, período em que a atividade do devedor fica sob a fiscalização direta e estrita do

[1] Francisco Satiro de Souza Junior, *in* Castro, Rodrigo Rocha Monteiro de; Warde Júnior, Walfrido Jorge; Guerreiro, Carolina Dias Tavares (coord.). *Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, Autonomia dos Credores na Aprovação do Plano de Recuperação judicial, p.105.

[2] *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 2. ed., Coords.: Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, RT, 2007, comentário ao art. 61, p. 302-303

Poder Judiciário e dos credores, por meio da assembleia geral, do comitê de credores e do administrador judicial, que mantêm suas atribuições." .

Nas palavras de Manoel Justino Bezerra Filho, partiu o legislador da presunção de que "o devedor que se submeteu a todos os percalços do pedido de recuperação, que preencheu todas as exigências legais, que cumpriu suas obrigações por dois anos consecutivos, certamente já terá atingido uma situação na qual deverá cumprir todas as demais obrigações assumidas. Dessa forma, após dois anos, mesmo pendentes diversos pagamentos futuros, prevê a lei (art. 63) o encerramento da recuperação judicial desde que todas as obrigações vencidas estejam cumpridas."[3]

Para Eduardo Secchi Munhoz, a solução legal que estabelece 2 anos como um limite máximo para a manutenção do processo é melhor do que a ausência de prazo para encerramento do processo, justamente para limitar os aspectos negativos do prolongamento desse regime, especialmente a dificuldade na recuperação do crédito do devedor em recuperação e os custos do processo[4]

Nos termos dos artigos 61 a 63 da Lei 11.101/05, portanto, ao encerramento da recuperação judicial basta a verificação de que cumpridas as obrigações previstas no plano vencidas em até 2 anos depois da concessão da recuperação judicial. O encerramento do processo não se confunde com a extinção das obrigações, que podem ter prazo de cumprimento superior ao período de supervisão judicial, nos termos do plano de recuperação.

Como a lei estabelece claramente uma distinção entre as obrigações exigíveis nos primeiros 2 anos e as posteriores, aquelas são as únicas sujeitas à fiscalização do administrador judicial e só o seu descumprimento determina a convolação da recuperação em falência (art. 61, par. 1º.). Ao administrador judicial compete não só fiscalizar as atividades do devedor, mas igualmente apontar o cumprimento das obrigações previstas no plano, em seus relatórios mensais.

Há inúmeros casos em que recuperações tiveram duração além do prazo de 2 anos, por força de problemas decorrentes da lei especial, como a possibilidade de apresentação de habilitações retardatárias de crédito a qualquer momento, e também porque certos planos de recuperação

[3] *Lei de Recuperação de Empresas e Falências,* 11ª ed., RT, 2016, comentário 3 ao art. 61, p. 208).

[4] *ob. cit*, p. 304.

continham previsões de destinação de parte do faturamento da devedora à satisfação dos credores, exigindo aprofundada análise do administrador judicial quanto ao cumprimento ou não das obrigações no biênio de supervisão judicial.

No entanto, não é impedimento ao encerramento da recuperação a existência de habilitações pendentes de julgamento, pois os créditos reconhecidos por decisão judicial serão pagos na forma do plano, e, caso descumprida a obrigação, será possível a propositura de ação de execução ou de falência. O entendimento em contrário, pelo qual o processo de recuperação só poderá ser encerrado em caso de julgamento de todas as habilitações e impugnações, não leva em conta que é comum a apresentação de requerimentos dos credores ao juízo da recuperação até o encerramento do processo e de recursos protelatórios pelos credores às instâncias superiores, o que levará à eternização dos processos de recuperação judicial.

Por isso, correta a decisão adotada pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, no AI 030119001714, relatado pelo Des. Fábio Clem de Oliveira, concluindo que não "há obstáculo legal ou processual para o encerramento da recuperação ainda que as impugnações, eventuais habilitações retardatárias e ações rescisórias não estejam definitivamente julgadas, eis que o encerramento do processo não está vinculado à consolidação do rol de credores. [...] O encerramento da recuperação decorre de previsão legal e, pendentes decisões sobre impugnações, habilitações retardatárias e ações rescisórias, homologa-se o quadro de credores no estado em que se encontra no momento em que verificado o cumprimento das obrigações previstas no plano com vencimento dois anos após a recuperação, e encerra-se a recuperação, como forma de eliminarem-se as limitações à atividade empresarial. [...] A partir de então, o quadro sofrerá as retificações necessárias de acordo com que as impugnações, eventuais habilitações retardatárias e ações rescisórias forem sendo julgadas, até que se apure o passivo da empresa e garanta-se a proteção do direito dos credores. [...] Não pode, por consequência, submeter a empresa recuperanda a aguardar por prazo indefinido o julgamento das impugnações, para só então encerrar a recuperação, eis que a Lei 11.101/2005 não conferiu ao juiz a faculdade de postergar o prazo previsto em lei para a decretação do encerramento").

Em caso de alegada impossibilidade do cumprimento das obrigações previstas no plano aprovado, no qual o devedor apresentou uma proposta de modificação para submissão à deliberação dos credores, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, "ainda que transcorrido o prazo de até 2 anos de supervisão judicial, não houve, como ato subsequente, o encerramento da recuperação, e, por isso, os efeitos da recuperação judicial ainda perduram, mantendo assim a vinculação de todos os credores à deliberação da Assembleia" (REsp. 1.302.735-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

Vale registrar que as Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, diante de inúmeros planos de recuperação judicial com carência próxima ao período máximo de 2 anos de supervisão judicial, publicaram o Enunciado II, com a jurisprudência dominante sobre o tema: "O prazo de 2 (dois) anos de supervisão judicial, previsto no art. 61, "caput", da Lei n° 11.101/05, tem início após o transcurso do prazo de carência fixado". Essa interpretação foi adotada sob o fundamento de que permite que se faça o acompanhamento judicial do plano nos primeiros dois anos de cumprimento e afasta a possibilidade de uso da carência como forma de excluir a fiscalização judicial do cumprimento das obrigações do devedor.

Porém, a permanência do devedor em processo de recuperação judicial tem mais efeitos negativos do que positivos. São os gastos com assessores financeiros, advogados e a remuneração do administrador judicial. O acesso ao crédito é mais difícil e mais custoso, pois as instituições financeiras são obrigadas a adotar provisões mais conservadoras nas operações com os devedores em recuperação. Ao empresário que aprovou o plano de recuperação é mais vantajoso estar livre de tais entraves, podendo dedicar-se à retomada de sua atividade e ao cumprimento do plano. Por outro lado, não haverá prejuízo aos credores, que, mesmo depois da sentença de encerramento da recuperação, a qualquer tempo poderão requerer a falência ou a execução do título, em caso de descumprimento das obrigações contidas no plano.

Com a entrada em vigor dos arts. 190 e 191 do CPC, permitindo às partes estabelecer mudanças no procedimento e instituir regras sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, além de instituir calendário processual, passou a ser valorizada a vontade das partes também no direito processual. Por isso, devedor e credores devem ter assegurado o

direito de disciplinar o prazo de fiscalização judicial, eliminando-o, reduzindo-o ou introduzindo alterações na forma de realização.

Há quem se insurja contra a eliminação do prazo de fiscalização sob o fundamento de que foi ele instituído por norma cogente. Porém, se os credores podem decidir sobre o conteúdo do seu direito de crédito, (valores, prazos e condições de pagamento etc) não há razão para proibi-los de escolherem se querem ou não fiscalizar o devedor, em qual prazo e como irão fazê-lo.

Os credores podem optar por uma fiscalização extrajudicial, nomeando pessoa de sua confiança, com acesso à contabilidade e ao caixa da recuperanda. Tal forma de monitoramento das atividades do devedor poderá ser mais barata e menos burocrática. Ou podem simplesmente estabelecer o encerramento do processo no ato de concessão da recuperação, na medida em que confiam plenamente na capacidade do devedor de implementar o plano. A aplicação do negócio jurídico processual, regulando o encerramento do processo de recuperação, poderá torná-lo mais eficiente e menos oneroso.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências*. 11. ed. RT, 2016.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*: Lei 11.101/2005. São Paulo: RT 2007.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge Guerreiro; TAVARES, Carolina Dias (coord.). *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

LX. Recuperação judicial da pequena empresa

Ivan Vitale Junior

1 Introdução

Em relação ao tema Recuperação Judicial da Microempresa ou da Empresa de Pequeno Porte, alguns dados estatísticos chamaram nossa atenção, os quais revelam a importância de um estudo mais aprofundado deste tema.

As micro e pequenas empresas lideram o ranking de solicitações de recuperação judicial de acordo com o indicador Serasa Experian, representando aproximadamente 60% (sessenta por cento) dos pedidos de recuperação judicial. E, infelizmente, segundo o mesmo indicador representam aproximadamente 90% (noventa por cento) das falências decretadas.

Curiosamente, o percentual dos pedidos que utilizam a recuperação destinada especificamente as microempresas e empresas de pequeno porte (disciplinada nos artigos 70 a 72 da Lei nº 11.101/ 2005) não coadunam com as estatísticas acima.

No entanto, com a redação dada pela Lei Complementar nº 147 de 2014, que alterou a redação do Capítulo destinado a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, entendemos que a pouca utilização da recuperação específica destes entes não se justifica mais.

A permissão prevista no inciso I do Art. 71 da Lei nº 11.101/ 2005, que o plano especial "abrangerá todos os créditos existentes da data do pedido", ao contrário da antiga redação "abrangerá exclusivamente os créditos quirografários", ao nosso ver, mudou e muito o instituto, pois permite a subsunção do crédito trabalhista, por exemplo, agora neste tipo de recuperação.

Assim, utilizando o instituto específico da recuperação destinada as microempresas e empresas de pequeno porte, este empresário poderá parcelar as verbas trabalhistas – desde que demitidos antes do pedido de recuperação – em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessi-

vas, acrescidas de juros SELIC (Art. 71, inciso II, da Lei 11.101/05 dada pela Redação da Lei Complementar nº 147 de 2014). Só neste quesito, ao nosso ver, o instituo se mostra mais eficaz a este tipo de empresário do que a recuperação tradicional, a qual prevê o pagamento dos credores trabalhistas em até 12 (doze) meses.

Porém, mesmo com estas mudanças, o instituto não vem sendo utilizado na proporção dos pedidos deste tipo de empresário. Obviamente, se questiona o motivo, que, no nosso entendimento se deve ao desconhecimento por parte dos pequenos empresários deste instituto.

Por isso, temos a pretensão neste artigo de esclarecer alguns pontos deste instituto jurídico.

2 Do conceito de microempresa e empresa de pequeno porte

Em consonância com o art. 3º, inciso II, da Lei nº 123/06 é considerada microempresa o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada que aufira em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais). E é considerada empresa de pequeno porte o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada que aufira em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 4.800.000,0 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

3 O procedimento da recuperação judicial da microempresa e empresa de pequeno porte

A petição inicial da recuperação especial não vem disciplinada na secção dedicada a ela, desta forma o intérprete deve se socorrer do próprio artigo 51 da Lei nº 11.101/05 que trata da petição inicial da recuperação judicial.

O artigo 51 impõe alguns requisitos essenciais da petição inicial. Este artigo e a própria petição inicial possuem papéis cruciais no processamento de uma recuperação.

Primeiro, porque se entende que este artigo visa obrigar o devedor a ter com seus credores total transparência nas relações de negociação de suas dívidas. Os credores terão que aprovar e se adequar a um regime diver-

so do que contrataram originalmente e de certa forma fazer um sacrifício em nome da preservação da empresa.

Por isso a exigência, das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira, prevista no Art. 51, inciso I, da Lei nº 11.101/2005.

Entende-se que este inciso é o princípio da boa-fé objetiva na Lei nº 11.101/05. O devedor neste quesito deve relatar o que efetivamente o levou à crise, quais foram os fatores externos e internos da empresa ou da economia como um todo.

O juiz, também na recuperação especial, deverá se atentar para o art. 52 da Lei n 11.101/2005. No despacho de processamento cabe ao juiz uma análise formal da inicial.

Deverá o magistrado verificar se o devedor relatou as causas concretas da crise e analisar a documentação exigida no art. 51. Obviamente como se trata de uma recuperação especial deverá se ater na documentação específica de microempresa e empresa de pequeno porte.

O art. 71 determina que o plano especial de recuperação judicial seja apresentado no prazo previsto no art. 53. Este artigo por sua vez determina que o plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convolação em falência.

Neste aspecto, fica claro, conforme já se afirmou, que o plano de recuperação no processamento das micro e pequenas empresas não vem com a inicial, também será apresentado posteriormente.

Os credores se manifestam de duas formas. Num primeiro momento através de uma peça chamada objeção e futuramente em assembleia de credores. Na recuperação especial não existe assembleia de credores, no entanto, não significa que os credores a ela submetidos não se manifestem sobre o seu destino.

As objeções são manifestações contrárias dos credores em relação ao plano de recuperação apresentado pelo devedor.

Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial no prazo de 30 (trinta) dias contados da publicação da relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º da lei – relação de credores apresentada pelo Administrador Judicial, este o teor do seu artigo 55.

No parágrafo único do mesmo artigo, a lei determina que se a data da publicação da relação de que trata o *caput* do artigo 55 não tenha sido publicado o aviso previsto no art. 53, parágrafo único – que é o edital do plano, contar-se-á a partir deste momento o prazo para objeções. Ou seja, o prazo de 30 (trinta) dias começará a correr do último edital: seja da lista de credores ou do plano

Na recuperação especial, a objeção se revestirá de um ato processual que terá maiores consequências, pois determina o parágrafo único do art. 72 que o juiz também julgará improcedente o pedido de recuperação judicial e decretará a falência do devedor se houver objeções de credores titulares de mais da metade dos créditos.

Desta forma, numa primeira leitura deste dispositivo, nos parece que se mais da metade dos credores fizer objeção ao plano especial o juiz decretará a falência do devedor, portanto a objeção na recuperação especial mais do que a mera discordância de um plano é a manifestação definitiva do credor que poderá com sua atitude decretar a falência do devedor.

A Assembleia de Credores, pelo que se denota da lei, é um instituto inexistente na recuperação da microempresa e empresa de pequeno porte. Entendemos que a grande diferença no procedimento da recuperação especial em relação à recuperação tradicional, consiste na forma do plano e na inexistência de assembleia de credores.

E lei pretendeu dar a microempresa e a empresa de pequeno porte um procedimento mais célere e simplificado, retirando a assembleia de credores. Assim, terminado o prazo para objeções o próximo passo seria a sentença de concessão da recuperação ou declaratória da falência.

Portanto, a interpretação mais correta é que, caso não exista objeção de mais da metade dos créditos submetidos (parágrafo único do art. 72) o juiz concederá a recuperação judicial se atendidas às demais exigências da lei (caput, do art. 72), como por exemplo, ser microempresa e empresa de pequeno porte, ter juntado a documentação necessária, ter feito o plano como determinado em lei e assim por diante.

A sentença de concessão da recuperação judicial é aquela que concede ao devedor o direito de novar suas dívidas de acordo com o plano de recuperação apresentado e homologado judicialmente obrigando a todos os credores a ele submetidos.

A decisão judicial que conceder a recuperação judicial constituirá título executivo judicial, nos termos do art. 784, inciso III, do caput do Código de Processo Civil (§ 1º do Art. 59).

Na recuperação especial será concedida desde que não haja objeção de mais da metade dos credores submetidos a ela e o juiz analise os demais aspectos legais quanto ao processamento e plano se estão dentro da lei.

6 Conclusão

Portanto, este capítulo teve como finalidade uma melhor reflexão sobre este procedimento especial, entendemos que para microempresa e empresa de pequeno porte ele é pode ser mais benéfico a estes entes do que a recuperação tradicional.

Entendemos que ele deve ser melhor divulgado, principalmente perante os interessados para que reflitam da sua melhor utilização para benefício de todos credores, devedores e do Poder Judiciário.

Apesar de pouco utilizada a recuperação judicial de micro e pequenas empresas através do plano especial pode ser um excelente instrumento para auxiliar a empresa a superar sua crise econômico-financeira, tendo em vista que pode viabilizar a readequação do seu fluxo de caixa e reduzir os juros das suas dívidas, evitando assim o fechamento de suas portas ou sua decretação de falência.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários ao art. 86 da Lei 11.101/2005. *In*: TOLEDO, Paulo Campos Salles de, Carlos Henrique (coords.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ANDREY, Marcos. *Comentários à Nova Lei de recuperação de empresas e Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. LUCCA, Newton De; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Comentários á Lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo. Quartier Latin, 2005.

BERTOLDI, Marcelo M. *Simples Nacional:* Estatuto da microempresa e da empresa de pequeno porte comentado. São Paulo: RT. 2007.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

CAMPINHO, Sergio. *Falência e recuperação de empresa*. o novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina e CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (coord.). Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas – Lei n. 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de falências e de recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LUCCA, Newton De; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Comentários á Lei de recuperação de empresas e falência.* São Paulo. Quartier Latin, 2005.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários a artigos. *In*: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; ABRÃO, PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários á Lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: RT, 2006.

CARVALHO, Ernesto Antunes de. Cessão fiduciária de direitos e títulos de crédito (recebíveis). *Revista AASP*, n. 105, p. 54-60. 2009. Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/105/60/index.html>

WALD, Arnoldo; Ivo Waisberg. Osmar Brina Corrêa; Lima e Sergio Mourão Corrêa Lima (Coord.). *Comentários à Nova Lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Forense, 2009.

WAISBERG Ivo, Arnoldo Wald. Osmar Brina Corrêa; Lima e Sergio Mourão Corrêa Lima (coord.). *Comentários à Nova Lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Forense, 2009.

LXI. Pedido de falência e decretação

Bruno Oliveira Castro

A Lei nº 11.101/2005 espelha uma clara intenção em promover a garantia de proteção ao crédito, alma do mundo empresarial para alavancar e viabilizar os processos de produção e circulação de mercadorias. A estabilidade e o crescimento da economia são interesses e direitos sociais, donde se extrai a necessidade do Estado criar políticas para viabilizar o seu constante desenvolvimento. Entrementes, as vezes a decretação da falência, com a quebra da empresa pode ser inevitável.

A falência consiste na execução concursal do devedor empresário, de modo que o regime jurídico da Lei de Recuperação Judicial e Falência é aplicável aos sujeitos que desenvolvem atividades empresariais, ou seja, a sociedade empresária e ao empresário[1].

Neste sentido, conceitua Ricardo Negrão:

> Falência é um processo de execução coletiva, no qual todo o patrimônio de um empresário declarado falido – pessoa física ou jurídica é arrecadado, visando pagamento da universalidade de seus credores, de forma completa ou proporcional. É um processo judicial complexo que compreende a arrecadação dos bens, sua administração e conservação, bem como a verificação e o acertamento dos créditos, para posterior liquidação dos bens e rateio entre os credores. Compreende também a punição de atos criminosos praticados pelo devedor falido[2].

Desse modo, o empresário tem que encontrar-se em estado de insolvência, que não necessariamente consista no estado patrimonial em que se encontra o devedor que possui o ativo inferior ao ativo. O devedor em insolvência é o que se encontra sujeito à execução concursal de seu patrimônio, como imperativo da *par conditio creditorum.* Desta forma é necessário atentar-se para o fato de que o segundo pressuposto da falên-

[1] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial* – Direito de Empresa. 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 275.

[2] *NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Empresarial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 21.*

cia não é a insolvência entendida na sua percepção econômica, ou seja, um estado patrimonial. A insolvência deve ser entendida em um sentido jurídico preciso na Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei nº 11.101/2005. Assim, para fins da instauração do processo falimentar, a insolvência não se caracteriza por um determinado estado patrimonial, mas sim pela ocorrência de fatos previstos em lei.

A decisão que decreta a falência coloca o falido e seus credores no chamado regime jurídico-falimentar. A partir de sua edição, a pessoa, os bens, os atos jurídicos e os credores do empresário falido são submetidos a um regime jurídico especifico, no qual o devedor é afastado das atividades, perdendo, portanto, a administração e a disponibilidade sobre os ativos.

A nossa legislação falimentar adotou um procedimento simples e objetivo para que seja decretada a falência de um empresário ou sociedade empresária. A lei fixou um acervo de hipóteses objetivas que, se configuradas, ensejarão a decretação da falência. Com este modelo, o legislador deixou um espaço muito reduzido para uma apreciação subjetiva, quanto à conveniência ou não de decretar a falência do devedor empresário.

Com a interposição de pedido requerendo a falência do devedor, pelos legitimados fixados pelo artigo 97, Lei nº 11.101/2005, inicia-se o procedimento falimentar.

O pedido será fundamentado na existência de determinadas situações que a lei prevê como geradoras da decretação da falência, nos termos do artigo 94, da Lei nº 11.101/2005, quais sejam: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência; II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes, dentro do prazo legal;

O primeiro requisito especifica a situação de inadimplemento do devedor, frente a uma dívida acima de 40 salários mínimos. Ou seja, é suficiente apenas que não haja o pagamento do valor devido, para ensejar a decretação da falência, desde que o título esteja devidamente protestado. Segundo o modelo adotado pelo legislador, inexiste qualquer apreciação sobre a existência de grave crise econômica, o empenho da empresa em honrar seus compromissos ou valorações de outra natureza.

O segundo pressuposto aplica-se à denominada execução frustrada, onde o devedor, devidamente executado, não promove o pagamento do valor devido, nem procede ao depósito judicial ou à nomeação de bens à penhora, cabendo destacar que o exequente deve buscar todos os meios de satisfação e quando constatada a tríplice omissão, é cabível o pedido de falência.

O artigo 94 da Lei Falimentar ainda fixa, em seu inciso III, um rol de atos que, se praticados pelo devedor, ensejarão a decretação da falência, quando: a) proceder à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) realizar ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; c) transferir estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simular a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar o credor; e) dar ou reforçar garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; f) ausentar-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local e sua sede ou de seu principal estabelecimento; g) deixar de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

Recebido o pedido pelo juízo falimentar, o devedor será, então, citado para apresentar contestação no prazo de dez dias, conforme fixado no artigo 98, Lei nº 11.101/2005.

A Lei nº 1.101/2005, no entanto, prevê que, nos casos de solicitação de falência pelo não pagamento de dívida, o devedor poderá evitar a falência, com o depósito dos valores correspondente, durante o prazo de contestação. Esta regra encontra-se inserta no parágrafo único do artigo 98.

Caso não haja o pagamento, haverá a decisão do juiz sobre a decretação ou não da falência. A lei 11.101/2005 fixa, no seu artigo 96, as hipóteses que podem ser arguidas pelo devedor, em sua defesa, para que não haja a decretação da falência, quando esta for requerida com base em dívida não paga, nos seguintes termos:

> Art. 96. A falência requerida com base no art. 94, inciso I do caput, desta Lei, não será decretada se o requerido provar:
>
> I – falsidade de título;
>
> II – prescrição;
>
> III – nulidade de obrigação ou de título;
>
> IV – pagamento da dívida;
>
> V – qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título;
>
> VI – vício em protesto ou em seu instrumento;
>
> VII – apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, observados os requisitos do art. 51 desta Lei;
>
> VIII – cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência, comprovada por documento hábil do Registro Público de Empresas, o qual não prevalecerá contra prova de exercício posterior ao ato registrado.

Com base no pedido e provas apresentadas pelo autor do pedido, e na contestação apresentada, o juiz decidirá pela decretação ou não da falência.

Fixa a Lei nº 11.101/2005, em seu artigo 100, que da decisão que decretar a falência, caberá agravo, enquanto que da decisão que denegar, caberá apelação.

Registra-se, que dentre os vários efeitos da sentença que decreta a falência temos a formação da massa falida subjetiva, suspensão das ações individuais, suspensão condicional da fluência de juros, exigibilidade antecipada dos créditos contra o devedor, sócios ilimitadamente responsáveis e administradores solidários, suspensão da prescrição e arrecadação dos bens do devedor.

O empresário individual falido e os sócios ilimitadamente responsáveis perdem a administração e disponibilidade de seus bens. Além disso, ficam inabilitados temporariamente da prática de atividade empresarial, condição que dura até a sentença extintiva de suas obrigações.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CHAGAS, Edilson Enedino. *Direito empresarial esquematizado.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial – direito de empresa.* 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito empresarial.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LXII. Efeitos da falência sobre os bens, obrigações e ao falido

João Pedro Scalzilli
Luis Felipe Spinelli
Rodrigo Tellechea

A sentença falimentar produz uma série de consequências jurídicas que atingem diversos interesses envolvidos na falência. Dentre esses efeitos há aqueles que recaem sobre a pessoa do falido (*efeitos de caráter pessoal*) e aqueles que atingem os seus bens e obrigações (*efeitos de caráter patrimonial*).

Sobre os efeitos de caráter patrimonial, vale, primeiramente, destacar os efeitos quanto aos bens do falido, lembrando que o objetivo precípuo da falência é a liquidação do patrimônio do devedor para o pagamento dos credores, conforme as preferências legalmente estabelecidas. Assim, a fase de arrecadação, avaliação e guarda dos bens do falido consiste na primeira etapa material rumo ao atingimento dessa finalidade e está regulada na Seção VII do Capítulo V da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (art. 108 ao art. 114).

A arrecadação é ato judicial[1], de natureza administrativa, que o administrador judicial pratica por determinação legal, no sentido de apreender os bens do devedor. É a primeira ação do administrador judicial após a assinatura do termo de compromisso. Está relacionada à perda, por par-

[1] A sentença falimentar marca o termo final da fase cognitiva da ação falimentar, decretando a quebra do devedor, e dá início à fase executiva, que se desenvolverá, ordenadamente, com a prática de atos voltados à liquidação do patrimônio do falido (VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1948, p. 249-250). A partir desse momento, perde o falido o poder de vincular os bens componentes de seu patrimônio com novas obrigações posteriores à quebra, sejam elas de ordem contratual, por declaração unilateral de vontade e até em decorrência de responsabilidade civil (*ex delicto*): ocorre uma cristalização da posição patrimonial do falido. Cf. FERRARA, Francesco. *Il fallimento*. Milano: Giuffrè, 1966, p. 280; SATTA, Salvatore. *Istituzioni di diritto fallimentare*. 5 ed. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1957, p. 143 ss.

te do falido, dos direitos de administrar e de dispor de seus bens[2] – que, a partir da decretação da falência, passarão à massa falida[3].

A posse direta por parte do administrador judicial será exercida de modo a cumprir o fim último da execução coletiva: a liquidação para o pagamento dos credores[4]. Para tanto, deverão ser coletados todos os bens que tenham algum valor econômico, sejam eles bens presentes ou futuros, assim como os documentos que possam ter alguma serventia para a ação falimentar (ressalvadas as exceções previstas em lei, caso dos bens impenhoráveis), devendo também ser lacrado o(s) estabelecimento(s) do devedor (salvo continuidade da atividade na falência). Também deverão ser arrecadados bens constritos em outros processos e bens na posse de terceiros. Por outro lado, sendo arrecadados bens de terceiros que estavam na posse do falido quando da quebra, estes podem ser objeto de pedido de restituição por seus proprietários.

O administrador judicial lavrará auto de arrecadação contendo, entre outras informações, a descrição dos bens arrecadados e a sua avaliação. A avaliação pode ser feita separadamente ou em bloco, pelo próprio administrador judicial ou por perito avaliador. Importante destacar que até a alienação (que pode ocorrer de modo antecipado na hipótese de bens perecíveis, deterioráveis, sujeitos à considerável desvalorização ou que sejam de conservação arriscada ou dispendiosa), os bens arrecadados ficarão sob a guarda do administrador judicial, seu natural depositário[5] (ou de pessoa

[2] Materializa a perda da administração e da disponibilidade, não da propriedade. Como explica Ferrara, a perda da propriedade seria uma medida excessiva, pois, para que o objetivo da ação falimentar seja atingido, basta que o falido perca o direito de administrar e dispor do seu patrimônio, e que este seja administrado e liquidado coativamente no interesse dos credores. O direito do falido sobre o seu patrimônio é paralisado, não extinto (FERRARA, Francesco. *Il fallimento*. Milano: Giuffrè, 1966, p. 282). No mesmo sentido, precisa Maggiore que da falência não decorre uma separação patrimonial, mas tão somente uma destinação do patrimônio à liquidação (MAGGIORE, G. Ragusa. *Istituzioni di diritto fallimentare*. 2 ed. Milano: CEDAM, 1994, p. 153). Entre nós, no mesmo sentido: VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1948, p. 252.

[3] Como se houvesse um penhoramento geral de seu patrimônio (desapossamento). Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1948, p. 250-251. PROVINCIALI, Renzo. *Trattato di diritto fallimentare*, v. II. Milano: Giuffrè, 1974, p. 783-785. Sobre o iso da expressão "penhoramento" MAGGIORE, G. Ragusa. *Istituzioni di diritto fallimentare*. 2 ed. Milano: CEDAM, 1994, p.150 ss.

[4] VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1948, p. 251.

[5] O administrador judicial tem o dever de manter e conservar os bens arrecadados, sob pena de responsabilização por eventuais prejuízos causados, forte nos arts. 32, 108, §1º, e 112 da

por ele escolhida, sob a sua responsabilidade – a praxe é a nomeação de leiloeiro como tal)[6]. A massa falida deve suportar todas as despesas relacionadas à arrecadação, avaliação, guarda e conservação dos bens do falido (na verdade, não somente essas, mas todas as despesas incorridas para a liquidação do seu patrimônio); as dívidas geradas a partir de tais atos – tidos como essenciais ao processo falimentar – são consideradas extraconcursais, conforme a Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF, art. 84, III). Por sua vez, é possível que sejam firmados contratos de locação ou outras modalidades referentes aos bens da massa falida para que seja gerada renda.

No que diz respeito às obrigações do falido, o efeito constitutivo da sentença falimentar altera o quadro pregresso das relações jurídicas do devedor. A Seção VIII do Capítulo V da LREF, composta por 14 dispositivos (arts. 115-128), regulam essa temática. O objetivo do legislador foi traçar regras jurídicas diferenciadas para o falido, coobrigados e seus contratantes, afastando, nesse contexto específico, a incidência das normas de direito comum atinentes ao regime obrigacional, ao mesmo tempo em que concebe um leque de obrigações especiais de caráter bastante peculiar. Porém, o tratamento dispensado não foi exaustivo. A intenção da LREF foi restrita e consistiu, basicamente, no estabelecimento de previsões gerais que delineassem a melhor forma para o cumprimento das obrigações assumidas anteriormente à decretação da falência e o adimplemento de alguns tipos contratuais específicos, além de prever a impossibilidade de credores buscarem seus direitos na forma direta e objetiva preconizada pela legislação civil. As mudanças realizadas não significam, contudo, a derrogação do regramento da matéria posto no Código Civil ou na legislação apartada, mas sim o ajuste do calibre de certas previsões legais em razão do novo estado jurídico do falido.

A falência sujeita todos os credores do falido e os seus direitos sobre os bens do falido e do sócio ilimitadamente responsável somente podem ser exercidos na forma da LREF; ainda, cabe ao administrador judicial, mediante autorização do Comitê de Credores, decidir se cumpre os con-

---

LREF (VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatório***s**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 275).

[6] RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Seção VII: Da arrecadação e da custódia dos bens: arts. 111-114. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão (coord.). *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 831.

tratos bilaterais se isso reduzir ou evitar o aumento do passivo ou for necessário à manutenção e preservação dos ativos, enquanto que o administrador judicial, também mediante autorização do Comitê de Credores, dará cumprimento a contrato unilateral se isso reduzir ou evitar o aumento do passivo ou for necessário à manutenção e preservação dos ativos. Ainda, são tratados temas como (*i*) a suspensão de direitos e (*ii*) os contratos em que o falido é parte, particularmente no que diz respeito a casos especiais como a sustação da compra e venda em trânsito, a compra e venda de coisa móvel com reserva de domínio, a compra e venda a termo, a promessa de compra e venda de bens imóveis, o contrato de lovação, o patrimônio de afetação, o contrato de mandato, a compensão de créditos e o contrato de sociedade, entre outros.

Finalmente, a decretação da falência irradia efeitos sobre o falido e seus bens particulares (arts. 102-104): (*i*) é afastado do controle das suas atividades, restando (*ii*) inabilitado para o exercício da atividade empresária e (*iii*) desapossado da propriedade de seus bens (este já examinado acima). A explicação para a imposição dessas limitações é coerente com a sistemática proposta pela LREF: a prolação da sentença falimentar acarreta a criação de um novo estado jurídico para o devedor, o estado de falido[7], estabelecendo-lhe uma série de restrições e submetendo-o a vários deveres, embora também lhe garanta direitos ao longo do curso do processo falimentar.

Importante delinear algumas diferenças fundamentais entre a quebra de um empresário individual e a de uma sociedade empresária[8]. Na primei-

[7] Para Natalino Irti, *status* deve ser entendido como cada posição tomada pelo indivíduo no âmbito de uma coletividade organizada (IRTI, Natalino. *Introduzione allo studio del diritto privato.* Padova: CEDAM, 1990, p. 30). Nessa linha, Paulo Salvador Frontini ressalta que: "Na verdade, o *estado de falido* é uma nova situação jurídica que somente se constitui após a sentença de falência. Ou seja, o empresário, até então posicionado em meio a um complexo de relações jurídicas próprias de sua qualificação, torna-se, pela sentença de falência, um *empresário falido*. Ser falido constitui uma nova situação jurídica, anterior à precedente. Daí ser correto falar-se em *estado de falido*. 'Estado', aí, no sentido de *status*, um complexo de relações jurídicas, de deveres, direitos, obrigações, sujeições, que se ajusta ao que, na moderna teoria do negócio jurídico, se chama justamente *situação jurídica*." (FRONTINI, Paulo Salvador. Do estado de falido: sua configuração – inovações da Lei de Recuperação e Falência. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 44, n. 138, abr./jun. 2005, p. 8, grifo do autor). Ver, também: PROVINCIALI, Renzo. *Trattato di diritto fallimentare,* v. II. Milano: Giuffrè, 1974, p. 772-775; FERRI. *Manuale di diritto commerciale*. 30 ed. Milano: UTET, 2011, p. 65

[8] Quanto à metodologia do estudo dos efeitos da falência sobre o falido, deve-se realizar uma interpretação cuidadosa e atenta da LREF. Ao regular os efeitos da falência sobre o falido, o

ra hipótese, recairão sobre a pessoa do empresário todos os efeitos jurídicos da aplicação do regime liquidatório. Já as sociedades empresárias, na condição de entes coletivos, continuam atuando por meio de seus órgãos[9], mesmo na falência. São representadas (*rectius*: presentadas) por seus administradores (ou liquidantes). Na sua falência, em princípio, a inabilitação e o desapossamento, nos termos do art. 81, §2º, da LREF, atingem somente a sociedade empresária, não se estendendo aos administradores[10] (e ao liquidante, caso a sociedade esteja em liquidação)[11–12]. A sociedade falida será representada perante o Juízo falimentar pelos seus

legislador prendeu-se demasiadamente à figura do empresário individual, não tratando de modo suficientemente claro acerca de tais efeitos sobre as sociedades empresárias. A LREF, seguindo orientação histórica, foi elaborada tendo como destinatário final – figura central do sistema – o empresário individual (ou seja, suas normas estão direcionadas, de modo primordial, à pessoa física), e não as sociedades empresárias, como, aliás, já o fora o Decreto-Lei nº 7.661/1945. As dificuldades daí decorrentes se traduzem na aplicação muitas vezes equivocada da Lei, mormente no que toca ao alcance dos efeitos da falência em direção aos sócios da sociedade falida, acarretando, não raro, o comprometimento de bens que não deveriam ser atingidos pela quebra e a responsabilização de pessoas cuja participação era meramente societária.

[9] Nesse particular, Pontes de Miranda destaca que: "Mais uma vez temos de frisar a distinção entre a atividade do órgão da pessoa jurídica e a atividade do *representante*. Órgão não representa. Órgão é a própria pessoa jurídica, por seu órgão (por sua *parte*), que pratica o ato jurídico. Nos próprios casos em que se proíbe representação, o órgão pode funcionar; é a pessoa jurídica, por si mesma, que pratica o ato jurídico. O órgão só *funciona*. Aí, funciona *presentando*, fazendo presente a pessoa jurídica." (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. XXXIV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961, p. 138).

[10] Resta abarcado, também, o administrador de fato, como, inclusive, faz referência expressa o art. 179 da LREF, além de o art. 81, §2 º, ao dispor sobre a matéria, não fazer distinção entre administrador *de fato* e *de direito*: fala, somente, em *administrador*. E assim os tribunais pátrios têm decidido: TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, AI 994.09.291083-9, Rel. Des. Pereira Calças, j. 02/03/2010; STJ, 5ª Turma, Recurso em HC 4.570-1/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 07/06/1995; TJSP, 2º Câmara Cível, AI 270.404-1/3, Rel. Des. Lino Machado, j. 05/12/1995. Mas, como não poderia ser diferente, mero procurador ou empregado não responde pela sociedade falida (PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 376; TJRJ, 1ª Câmara Criminal, HC 5.636, Rel. Des. Osny Duarte Pereira, j. 17/07/1980). Afirmando que a inabilitação também atingiria os administradores, ver: CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Capítulo XXIV: Dos crimes falimentares. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). *Tratado de direito empresarial,* v. V – recuperação empresarial e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 561.

[11] Nada impede que a sociedade que se encontre em dissolução, judicial ou extrajudicial tenha sua falência decretada, encerrando-se a liquidação no ponto em que se encontra.

[12] O art. 81, §2º, da LREF evidencia que os administradores ou liquidantes da sociedade não se sujeitam aos efeitos da falência. Em princípio, os administradores ou liquidantes não sofrem nem a inabilitação (art. 102) nem perdem o direito de administrar seus bens (pessoais) ou deles dispor (art. 103). Sobre o tema, dentre outros, ver: FÉRES, Marcelo Andrade. Seção V: Da inabilitação empresarial, dos direitos e deveres do falido. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina;

administradores (ou, eventualmente, pelos liquidantes, na hipótese de estar em liquidação), como dispõe o art. 81, §2º, da LREF.

O *caput* do art. 81 e os arts. 115 e 190 da LREF estipulam que a decisão que decreta a falência de uma sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes[13]. Essa categoria de sócio também acaba inabilitada e desapossada de seus bens, o que, *a contrario sensu*, evidencia que os sócios de responsabilidade limitada não se sujeitam aos efeitos da falência.

O falido, durante o curso do processo falimentar, possui uma série de direitos arrolados ao longo da LREF, especialmente, mas não exclusivamente, no art. 103, parágrafo único. Segundo o art. 103, o falido pode (*i*) fiscalizar a administração da falência, (*ii*) requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e (*iii*) intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis. Esse rol de direitos existe em decorrência do interesse do falido em acompanhar o andamento do processo falimentar – mesmo porque a discussão gira em torno de patrimônio de sua titularidade. A propósito, os interesses do falido nem sempre convergem com os interesses da massa falida, ou seja, ele pode possuir interesse próprio e autônomo[14].

A sentença que decreta a falência do devedor impõe a ele uma série de deveres que perduram enquanto transcorrer o processo falimentar. O art. 104 da LREF lista os deveres abaixo: (*i*) dever de comparecimento e declaração; (*ii*) dever de depositar os livros obrigatórios; (*iii*) dever de não se ausentar; (*iv*) dever de comparecimento; (*v*) dever de entregar todos os bens, livros, papéis e documentos; (*vi*) dever de prestar informações; (*vii*) dever de auxiliar; (*vii*) dever de examinar as habilitações de créditos; (*viii*) Dever de assistir ao levantamento, à verificação do balanço e ao exame dos livros; (*xix*) dever de manifestar-se quando determinado pelo juiz; (*xx*) dever de apresentar a relação de seus credores; e (*xxi*) de-

---

CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão (coord.). *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 758-799, p. 765.

[13] TJRJ, 9ª Câmara Cível, APC 0106837-38.2004.8.19.0001, Rel. Des. Carlos Eduardo Moreira Silva, j. 05/20/2010.

[14] STJ, 4ª Turma, REsp 702.835/PR, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 16/09/2010; STJ, 4ª Turma, REsp 1.003.359/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j: 06/09/2012. Na doutrina: BATALHA, Wilson de Souza Campos; BATALHA, Silvia Marina Labate. *Falências e concordatas*. 2 ed. atual. São Paulo: LTr, 1996, p. 352, 355.

ver de examinar e dar parecer sobre as contas do administrador judicial. Da análise do rol de deveres do falido, depreende-se que existe, a rigor, um dever geral de colaboração. Subentende-se da redação do art. 104 que os atos devem ser realizados pessoalmente pelo falido[15].

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BATALHA, Wilson de Souza Campos; BATALHA, Silvia Marina Labate. *Falências e concordatas*. 2. ed. atual. São Paulo: LTr, 1996, p. 352, 355.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Capítulo XXIV: Dos crimes falimentares. *In:* CARVALHOSA, Modesto (coord.). *Tratado de direito empresarial*, v.– recuperação empresarial e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 561.

DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961, p. 138). t. XXXIV.

FÉRES, Marcelo Andrade. Seção V: Da inabilitação empresarial, dos direitos e deveres do falido. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão (coord.). *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 758-799.

FERRARA, Francesco. Il fallimento. Milano: Giuffrè, 1966, p. 280; SATTA, Salvatore. *Istituzioni di diritto fallimentare. 5* ed. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1957, p. 143 ss.

FERRARA, Francesco. *Il fallimento*. Milano: Giuffrè, 1966, p. 282.

FERRI. *Manuale di diritto commerciale.* 30 ed. Milano: UTET, 2011, p. 65.

FRONTINI, Paulo Salvador. Do estado de falido: sua configuração – inovações da Lei de Recuperação e Falência. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 44, n. 138, abr./jun. 2005.

IRTI, Natalino. *Introduzione allo studio del diritto privato.* Padova: CEDAM, 1990, p. 30.

MAGGIORE, G. Ragusa. *Istituzioni di diritto fallimentare*. 2 ed. Milano: CEDAM, 1994.

[15] Salvo quando a lei expressamente autorizar que se possa fazê-lo mediante representação Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1948, p. 216.

PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

PROVINCIALI, Renzo. *Trattato di diritto fallimentare*, v. II. Milano: Giuffrè, 1974.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Seção VII: Da arrecadação e da custódia dos bens: arts. 111-114. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão (coord.). *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 831.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência*: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3 ed. São Paulo: Almedina, 2018.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 2. ed. São Paulo:

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1948. v. I.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LXIII. Extensão dos efeitos da falência

Fernando Netto Boiteux

A expressão "extensão dos efeitos da falência" merece ser esclarecida para determinar o alcance aqui atribuído a ela. Na antiga Lei de Falências essa expressão tinha um sentido mais preciso, pois ela estendia os efeitos da falência aos sócios solidária e ilimitadamente responsáveis da sociedade falida, sem declará-los falidos (Decreto-lei nº 7.661/45, art. 5º, *caput*). A Lei da Recuperação da Empresa e da Falência (Lei nº 11.101/2005 – LRF) vai além, pois, ao determinar a extensão dos efeitos da falência a esses sócios imputa a eles a qualidade de falidos, indo além da simples extensão dos seus efeitos (art. 81). A jurisprudência, a partir de interpretação sistemática, amplia os casos de extensão desses efeitos.

Examinaremos aqui a atribuição do estado de falido aos sócios de responsabilidade ilimitada, a responsabilidade dos sócios de responsabilidade limitada, a dos controladores e administradores, além de outras hipóteses examinadas pela doutrina e pela jurisprudência.

A extensão da falência aos sócios de responsabilidade ilimitada

A decisão que decreta a falência da sociedade com *sócios ilimitadamente responsáveis* também acarreta a falência desses, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida (LRF, art. 81, *caput*). Esse dispositivo legal se aplica apenas às sociedades nas quais existem alguns sócios de responsabilidade limitada e outros com responsabilidade ilimitada. As estatísticas revelam a rara utilização desses tipos societários, mas alguns deles, julgados praticamente extintos na vida empresarial, voltaram a ser utilizadas.

Normas semelhantes se encontram na Itália (Legge Fallimentare, art. 147) e na Argentina (Ley 24.522, de 20/07/95, art. 160). A lei espanhola prevê a possibilidade de extensão da falência a outras sociedades, requerida ao juiz pelos credores (Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Artículo 25 bis).

Sócios de responsabilidade ilimitada são: a) na sociedade em nome coletivo, todos eles (Cód. Civil, art. 1.039); b) na sociedade em comandita simples, os comanditados (Cód. Civil, art. 1.045); c) na sociedade em comandita por ações, os acionistas diretores (Lei das Sociedades por Ações – LSA, art. 282).

As sociedades anônimas e limitadas estão excluídas da aplicação desse dispositivo legal porque nelas a responsabilidade dos sócios é limitada. As sociedades simples *não empresárias*, ainda que adotem uma das formas de sociedades empresárias (Cód. Civil, art. 983), não estão sujeitas à falência. Na sociedade em comum todos os sócios respondem solidaria e ilimitadamente pelas obrigações sociais (Cód. Civil, art. 990), estando sujeitos à falência; se ela tiver por objeto atividade empresária, ela será considerada empresária; caso contrário, será considerada sociedade simples.

A extensão da falência *também se aplica* aos sócios que tenham se retirado voluntariamente ou sido excluídos da sociedade, há menos de dois anos, "quanto às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido solvidas até a data da decretação da falência" (LRF, art. 81, § 1º). A retirada ou a exclusão se configuram pelo registro da alteração contratual.

Em que pese a dúvida posta por Carlos Klein Zanini[1], a lei não distingue o sócio que se retirou recebendo seus haveres daquele que alienou sua participação na sociedade nos últimos dois anos, apesar de as duas situações serem diversas, pois o capital social, principal garantia dos credores prevista em nosso direito, permanece íntegro no segundo caso, ao contrário do que ocorre com o sócio que se retira recebendo seus haveres.

Note-se a impropriedade da lei, nesse aspecto. Antes de tudo por desconsiderar a separação patrimonial entre sociedade e sócios: os sócios da sociedade falida não são necessariamente empresários e a responsabilidade destes é subsidiária. Em segundo lugar, porque a responsabilidade dos sócios retirantes ou excluídos só irá se revelar após a decretação da falência.

---

[1] ZANINI, Carlos Klein. Comentários aos arts. 70 a 82. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Org.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência:* Lei 11.101/2005. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 346.

Como o sócio só se torna responsável por determinados débitos não se justifica a atribuição a ele da qualidade de falido: melhor seria aplicar-se a ele apenas os efeitos da falência, como dispunha a lei revogada (Decreto-lei nº 7.661/45, art. 5º, *caput*)[2]. Cabe questionar, ainda, se o patrimônio dos sócios retirantes ou excluídos integrará a massa falida objetiva ou se ele formará uma nova massa falida, em atenção aos credores particulares desses sócios[3]. A arrecadação em separado, levantando-se inventário especial de cada uma das massas, como era a regra na vigência da lei anterior (Decreto-lei nº 7.661/45, art. 71), parece ser a melhor solução, também adotada pela lei italiana[4].

No processo de falência, os sócios ilimitadamente responsáveis devem ser citados para apresentar contestação (LRF, art. 81, *caput*), estabelecendo-se entre eles e a sociedade litisconsórcio passivo necessário (CPC/2015, art. 114), pois a eficácia da sentença dependerá da citação de todos.

A responsabilidade dos sócios de responsabilidade limitada

A responsabilização dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, pode decorrer de dívidas ou de danos causados à sociedade. Sua responsabilidade é a estabelecida "nas respectivas leis" (LRF, art. 82), sem previsão de novas hipóteses, e não implica, a princípio, na extensão da falência ou dos efeitos dela a eles.

A LRF também não prevê regras especiais sobre a extensão da falência a outras sociedades ou a pessoas que não sejam sócias, controladoras ou administradoras da falida, mas a jurisprudência vem ampliando esses efeitos, como se verá adiante.

---

[2] Hoje, destacam a impropriedade da nova lei: ZANINI, Carlos Klein. Comentários aos arts. 70 a 82. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Orgs.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência:* Lei 11.101/2005. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 346; MILANI, Mario Sérgio. *Lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada.* São Paulo: Malheiros, 2011, p. 319.

[3] FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Raquel. Efeitos da declaração da falência. In*: Falência e recuperação da empresa em crise.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 144.

[4] Legge Fallimentare, art. 148 (ABRIANI, Nicolò [*et al.*] *Diritto fallimentare* – Manuale breve. 2ª ed., Milano: Giuffrè, 2013, p. 222).

Sócios de responsabilidade limitada são: na sociedade anônima, todos os acionistas, pois eles também têm a qualidade de sócio (LSA, art. 1º, e art. 1.088 do Cód. Civil); na sociedade limitada, todos os sócios (Cód. Civil, art. 1.052); na sociedade em comandita simples, os comanditários (Cód. Civil, art. 1.045); na sociedade em comandita por ações, os acionistas não diretores (LSA, art. 282).

Quanto à *responsabilidade por dívidas*, que independe da prática de ato ilícito, os sócios ou acionistas são responsáveis pela integralização do capital das sociedades, por ocasião da falência, não obstante quaisquer restrições, limitações ou condições estabelecidas nos estatutos, ou no contrato da sociedade[5]. Na sociedade limitada, essa responsabilidade é solidária (Cód. Civil, art. 1.052, *caput*); na sociedade anônima, não.

Na *responsabilidade por danos*, entre outros exemplos, os sócios das sociedades limitadas respondem pela restituição de lucros e quantias retiradas, ainda que autorizados pelo contrato social, quando distribuídos com prejuízo do capital social (Cód. Civil, art. 1.059). Nas sociedades anônimas, os acionistas não são obrigados a restituir os dividendos recebidos de boa-fé, mas presume-se a má-fé quando eles forem recebidos sem o levantamento do balanço ou em desacordo com os resultados deste (LSA, art. 201, § 2º).

A responsabilidade dos controladores e administradores

Controladores. A expressão *controladores da sociedade falida* (LRF, art. 82, *caput*) indica a possibilidade de serem responsabilizados os controladores de qualquer tipo societário[6]. Mas, como apenas a Lei das Sociedades por Ações dispõe sobre a responsabilidade do acionista controlador e da sociedade controladora (LSA, arts. 117 e 246), a responsabilidade dos sócios das demais sociedades depende da aplicação de princípios gerais e da interpretação jurisprudencial, examinada adiante.

A responsabilidade dos controladores e dos administradores, por decorrer de danos causados à sociedade, é pessoal e ilimitada, mas só será so-

[5] Como dispunha expressamente o art. 50 do Decreto-lei nº 7.661/45. Em sentido semelhante: COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas.* São Paulo: 13ª ed., rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 298.

[6] ZANINI, Carlos Klein. Comentários aos arts. 70 a 82. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Org.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência:* Lei 11.101/2005. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 350.

lidária, quando houver previsão legal[7] (*por exemplo*, na distribuição de dividendos com inobservância do disposto no art. 201, *caput*, da Lei das Sociedades por Ações (art. 201, § 1º).

Administradores. Administradores são todos aqueles encarregados da administração das sociedades. Nas sociedades limitadas são aqueles designados no contrato social ou em ato separado (Cód. Civil, art. 1.060). Nas sociedades anônimas, são os diretores e os membros do conselho de administração (LSA, art. 138). A responsabilidade deles é subjetiva e decorre de culpa ou dolo.

Ainda que o artigo 82 da LRF não determine a extensão dos efeitos da falência aos administradores da sociedade falida, o Superior Tribunal de Justiça já aplicou a eles esses efeitos, por consequência do artigo 158 da LSA, que dispõe sobre a responsabilidade dos administradores[8].

A responsabilidade das sociedades coligadas e dos grupos de sociedades

A responsabilidade das sociedades coligadas não está prevista expressamente na LRF[9], mas no artigo 243, § 1º, da LSA. Aplicando conjuntamente o artigo 82 da LRF e a lei citada, o Superior Tribunal de Justiça tem estendido os efeitos da falência a sociedade que praticou operações societárias destinadas ao desvio de patrimônio da falida[10], ainda que haja divergência jurisprudencial[11].

---

[7] Em sentido contrário: LOBO, Jorge. Extensão da falência por abuso de controle. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (orgs.). *Direito das empresas em crise:* problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 169.

[8] BRASIL. STJ, REsp 1.266.666/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, v.u. 09/08/2011 (fls. 19).

[9] BOITEUX, Fernando Netto. A extensão da falência às sociedades coligadas, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: DE LUCCA, Newton; VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de (Coords.). *Falência, insolvência e recuperação de empresas:* estudos luso-brasileiros. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 179-199.

[10] BRASIL. STJ, REsp 1.266.666/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, v.u. 09/08/2011, cit.; REsp 476.452/GO, Quarta Turma, Rel. p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão, decisão por maioria 05/12/2013.

[11] BRASIL. STJ, REsp 1.412.997/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, v.u. 08/09/2015, ementa (transcrição parcial): "8. Da clara redação do art. 82 da Lei n. 11.101/2005 é possível inferir que a norma se refere à apuração, no juízo da falência, da responsabilidade pessoal dos sócios e administradores da própria empresa falida, e não de outras empresas que guardem com aquela alguma relação de controle".

Por consequência, os grupos de sociedades formados por sociedades coligadas estão sujeitos a serem responsabilizados pelos danos causados à falida.

Procedimento

A responsabilidade pessoal dos sócios, administradores e controladores da sociedade falida será apurada no próprio juízo da falência, "independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo" mediante o procedimento comum previsto no Código de Processo Civil (LRF, art. 82, c/c arts. 318 e segs. do CPC/2015).

Ao administrador judicial compete praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações e diligenciar a cobrança de créditos, tendo legitimidade para propor quaisquer ações judiciais no interesse dos credores (art. 22, III, "l"). Mas o procedimento previsto em leis especiais poderá ser aplicado[12].

Prazo prescricional

O prazo prescricional para a propositura da ação de responsabilidade prevista no *caput* do artigo 82 da LRF será de dois anos contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência (art. 82, § 1º). O prazo da LRF prevalece sobre o do artigo 287 da LSA, que também prevê prazo prescricional para as ações de responsabilidade[13] e sobre aqueles previstos no artigo 206, § 3º, VI e VII, do Código Civil.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BEZERRA FILHO, Manoel Justino [*et al*.] *Recuperação empresarial e falência.* Coord. Modesto Carvalhosa. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. [Coleção Tratado de direito empresarial; v. 5].

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Comentários à nova Lei da Recuperação de empresas e de falências.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

[12] ZANINI, Carlos Klein. Comentários aos arts. 70 a 82. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Org.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência:* Lei 11.101/2005. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 351.

[13] ZANINI, Carlos Klein. Ob. Loc. Cit.

LXIV. Classificação de créditos na falência

Eduardo Azuma Nishi

Em todas as fases da falência é garantido aos credores igualdade de direitos, tendo em vista o princípio da paridade – também conhecido como *par conditio creditorum*. Nas fases de arrecadação, avaliação e liquidação, referida igualdade é absoluta. Diferente, contudo, é a fase de pagamento, na qual a igualdade de direitos é verificada não entre os credores como um todo, mas apenas entre os detentores de créditos de uma mesma categoria.[1] O tratamento desigual na fase de pagamento decorre da classificação dos créditos prevista na Lei de Recuperação de Empresas e Falências ("LREF").

A classificação dos créditos e a existência de uma ordem de pagamento têm o objetivo de evitar que, diante da insuficiência dos recursos do devedor falido para saldar todas as suas obrigações, apenas alguns credores sejam beneficiados.[2]

O sistema estabelecido pela LREF, tendo em vista interpretação de seus arts. 149 a 151, prevê o pagamento de (i) antecipações de créditos (ii) restituições em dinheiro; (ii) créditos extraconcursais; e (iii) créditos concursais. Em que pese a ordem de pagamentos seja ponto de divergência na doutrina[3], para o desenvolvimento do presente trabalho, seguir-se-á a ordem acima indicada.

1 Antecipação de créditos

Conforme será visto, créditos extraconcursais são despesas realizadas para garantir a administração do processo falimentar que são pagas, via de regra, somente após as restituições em dinheiro. Contudo, em alguns casos, tais despesas precisam ser realizadas imediatamente, para evitar a

[1] SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência:* teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 945.

[2] SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.* São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 324.

[3] Para visão geral sobre a discussão doutrinária, ver TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial:* Falência e Recuperação de Empresas. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 3, p.

desvalorização do ativo a ser liquidado, sendo necessária a antecipação de seu pagamento. Dessa forma, a hipótese do art. 150 da LREF constitui classe especial de crédito extraconcursal, que detém prioridade na ordem de pagamento, justamente por ser o meio de urgência apto a garantir o regular desenvolvimento do processo de falência.[4]

A previsão do art. 151 da LREF, que determina a antecipação do pagamento dos créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores à decretação de falência, justifica-se ante a proteção à dignidade da pessoa humana, uma vez que, conforme ensina Marlon Tomazette, tal antecipação tem o condão de "*resguardar o pagamento de valores que, presumidamente, se destinam à sobrevivência do trabalhador*".[5]

Fábio Ulhoa Coelho salienta que o pagamento antecipado dos créditos do art. 151 não os torna "créditos trabalhistas superprioritários", pois representa uma mera antecipação de um crédito que viria a ser pago posteriormente. Dessa forma, seu "*valor atualizado deve ser deduzido quando do pagamento final do crédito a que tem direito o empregado*".[6]

2 Restituições em dinheiro[7]

Primando pela celeridade e efetividade da falência, na apuração do ativo, são arrecadados todos os bens de posse do falido, mesmo aqueles que não sejam de sua propriedade. Para corrigir eventuais equívocos e a fim de não prejudicar terceiros, o art. 85 da LREF permite ao proprietário de bem arrecadado pedir sua restituição. Preferencialmente, a restituição deve ser operada por meio da devolução do próprio na mesma espécie, ao seu proprietário, mas, nos casos previstos pelo art. 86 da LREF, poderá ser feita em dinheiro.

---

[4] SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 485

[5] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial:* Falência e Recuperação de Empresas. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 3, p. 541.

[6] COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 515

[7] Para aprofundamento, ver BEZERRA FILHO, Manoel Justino. O pedido de restituição. In: COELHO, Fábio Ulhoa (coord.) *Tratado de Direito Comercial.* São Paulo: Saraiva, 2015, v. 7, p. 98-115.

Justamente pelo fato das restituições representarem apenas a devolução de um bem alheio ao patrimônio do devedor, elas não são consideradas como créditos integrantes do concurso falimentar e, por isso, devem ser pagas antes dos demais credores.[8] Exceção à essa regra encontra-se o parágrafo único do art. 86 da LERF, segundo o qual as restituições em dinheiro somente podem ser realizadas após o pagamento antecipado dos créditos do art. 151 da mesma lei.

3 Créditos extraconcursais

Créditos extraconcursais decorrem de gastos necessários para a administração da falência. São denominados de extraconcursais, por não participarem do concurso de credores, uma vez que foram contraídos, não pelo devedor, mas pela própria massa falida durante o procedimento falimentar.[9] Referidos créditos devem ter prioridade em relação aos concursais, caso contrário, não haveria prosseguimento da falência.

Em que pese o art. 149, dispor que os créditos extraconcursais devem ser pagos após as restituições, Fábio Ulhoa Coelho[10] entende que, pela essencialidade desses créditos ao andamento do processo, sua satisfação deve sempre preceder ao pagamento das restituições em dinheiro. Diverso é o entendimento de Manoel Justino Bezerra Filho, que ensina que o pagamento dos créditos extraconcursais deve ser precedido "*ainda dos pagamentos previstos nos arts. 150 e 151 e das restituições em dinheiro (parágrafo único do art. 86)*."[11]

São cinco as hipóteses de créditos extraconcursais previstas nos incisos do art. 84 da LREF.[12] O pagamento de tais créditos deve ser feito na ordem estabelecida pelo referido artigo, de forma que os créditos de um

[8] BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências:* Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 289.

[9] CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial*: falência e recuperação de empresa. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 382.

[10] COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 331.

[11] BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências:* Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 281.

[12] O STJ vem apresentando jurisprudência favorável no sentido de enquadrar dívidas de condomínio na classe de credores extracontratuais (STJ, 3ª Turma, REsp. nº 1.646.272/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 24/04/2018; STJ, Decisão Monocrática, REsp. nº 1.758.897/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 27/07/2019)

inciso somente poderão ser pagos se saldados integralmente os créditos do inciso imediatamente anterior. Importante ressaltar que não haverá rateio entre os créditos extraconcursais em geral, apenas no interior de cada hipótese de crédito.[13]

4 Créditos concursais

4.1 Créditos trabalhistas

São duas as espécies de créditos trabalhistas (i) aqueles derivados da legislação do trabalho limitados a 150 salários mínimos por credor; e (ii) os decorrentes de acidentes de trabalho. Ambas as espécies são tratadas com igualdade, não havendo prioridade entre elas.

Sobre a limitação dos créditos derivados da legislação do trabalho[14], aqueles que ultrapassarem o teto serão pagos na forma de créditos quirografários. Com relação aos créditos decorrentes de acidentes de trabalho, vale salientar que não se tratam das indenizações previdenciárias de responsabilidade do INSS, mas de indenizações devidas ao empregado pelo dano no acidente de trabalho gerado por ato culposo do empregador. Importante destacar, ainda, que alguns outros créditos são equiparados aos créditos trabalhistas, gozando, assim, de prioridade no pagamento.[15]

---

[13] Para o exame detalhado de cada uma das hipóteses, ver BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências:* Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 279-281.

[14] A limitação foi criticada por, na tentativa de evitar fraudes, acabar punindo empregados de boa-fé. Ver (i) BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências:* Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.. 268-269; e (ii) CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial:* falência e recuperação de empresa. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 370-371.

[15] Sobre hipóteses de equiparação, ver SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência:* teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 949-950. Com relação aos honorários advocatícios, o STJ firmou tese em recurso repetitivo no sentido de equipará-los a créditos trabalhistas (STJ, 4ª Turma, REsp nº 1.152.218/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07/05/2014)No que tange aos créditos decorrentes de contrato de representação comercial, derivados do art. 44 da Lei 4.886/1995, o TJSP entende que estes só podem ser equiparados a créditos trabalhistas se o credor for pessoa física ou empresário individual (TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI nº 2028785-11.2018.8.26.0000, Rel. Des. Sérgio Shimura, j. 08/10/2018; TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI nº 2071140-36.2018.8.26.0000, Rel. Des. Maurício Pessoa, j. 24/08/2018; TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI nº 2009670-38.2017.8.26.0000, Rel. Des. Hamid Bdine, j. 11/07/2017)

4.2 Créditos com garantia real

Os próximos créditos a serem pagos são aqueles gravados com garantia real. O valor destinado ao pagamento desses créditos é limitado não ao valor da garantia, mas ao valor do bem gravado. O saldo do crédito que ultrapassar o valor do bem será pago na forma de crédito quirografário. Salienta-se que, se o bem for vendido individualmente, o valor a ser vertido para o pagamento do crédito será o valor integral da venda. Contudo, se houver liquidação do ativo em bloco, o valor da avaliação do bem será utilizado para saldar o crédito.

4.3 Créditos tributários

Nas palavras de Marcelo Sacramone, "[s]ão *créditos tributários a prestação pecuniária compulsória, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa vinculada*"[16]. Cumpre destacar que, mesmo integrando o quadro-geral de credores, é desnecessária a habilitação dos créditos tributários, na forma do art. 187 do CTN.

Existe uma ordem de pagamento interna aos créditos tributários. Os créditos da União são pagos com prioridade, seguidos pelos créditos dos Estados e Distrito Federal, e, por fim, pelos créditos dos Municípios. Os créditos de natureza não tributária detidos pelas pessoas jurídicas de direito público, caso inscritos na dívida ativa, passarão a ser considerados como créditos tributários, gozando de preferência na falência.

4.4 Créditos com privilégio especial[17]

Próximos na ordem de pagamento, os créditos com privilégio, de acordo com Marlon Tomazette, "*possuem uma preferência definida por lei em relação ao produto da venda de certos bens*".[18] Em outras palavras, se for liquidado um bem especificado em um dos casos do inciso IV da

---

[16] SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.* São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 332

[17] Ver SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência:* teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 955-959.

[18] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial:* falência e recuperação de empresas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 3, p. 550

LREF, um determinado credor, também especificado nos casos do referido inciso, terá privilégio no recebimento dos valores decorrentes da liquidação.

Em virtude do disposto no art. 963 do Código Civil, o privilégio no pagamento é limitado ao valor do bem a ser liquidado. Assim, analogicamente aos créditos com garantia real, o valor do crédito que ultrapassar o montante arrecadado com a venda do bem deverá ser satisfeito como crédito quirografário.[19]

4.5 Créditos com privilégio geral

Na quinta classe de pagamento encontram-se os créditos com privilégio geral. São créditos cuja natureza da obrigação, assim como os créditos com privilégio especial, não os difere de outras relações obrigacionais, sendo sua preferência no pagamento opção legislativa.

4.6 Créditos quirografários

Entende-se por créditos quirografários aqueles aos quais não é concedido privilégio na ordem de pagamento. É uma categoria residual, na qual permanecem os credores que não se enquadram nas demais categorias.

A classe dos créditos quirografários é também aquela em que se encontram créditos de outras classes cujos valores ultrapassaram os limites nelas estabelecidos – como é o caso, por exemplo, do saldo creditício derivado da legislação do trabalho que extrapola os 150 salários mínimos, do saldo não coberto pela liquidação de um bem com garantia real, etc.

4.7 Multas contratuais e penas pecuniárias

As multas e penas pecuniárias foram relegadas ao penúltimo lugar da ordem de pagamento, pois não constituem o crédito principal de uma obrigação do devedor, mas sanção aplicada por descumprimento de obrigações. O inciso VII, do art. 83 da LREF fala em multas contratuais, sem fazer distinção entre multas moratórias e compensatórias.[20] São também créditos previstos neste inciso as penas impostas por infração

[19] CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial:* falência e recuperação de empresa. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 378

[20] Sérgio Campinho, contudo, distingue as espécies de multas e afirma que as multas que se enquadram no inciso VII do art. 83 são apenas as moratórias, pois as compensatórias estariam

de lei penal, multas administrativas, aplicadas por agências reguladoras e autarquias, bem como multas tributárias. Por fim, as multas decorrentes de contratos unilaterais não são devidas, uma vez que o vencimento de tais obrigações ocorreu antecipadamente, pela decretação de falência.

4.8 Créditos subordinados

Os últimos créditos a serem satisfeitos na falência são os créditos subordinados, aqueles definidos por lei ou contrato, ou cujos titulares são sócios ou administradores sem vínculo empregatício do falido. Salienta-se que os créditos detidos por sócios contra a sociedade não se confundem com sua participação social.[21]

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. O pedido de restituição. In: COELHO, Fábio Ulhoa (coord.) *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 7.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências:* Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial:* falência e recuperação de empresa. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência:* teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial:* falência e recuperação de empresas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 3, p. 550.

inseridas na classe dos créditos quirografários. CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial:* falência e recuperação de empresa. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 381.

[21] CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial:* falência e recuperação de empresa. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 382

LXV. Da ineficácia e da revogação de atos praticados antes da falência

Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos

1 Introdução

O presente trabalho tem por objetivo chamar a atenção para o tratamento dado pela Lei nº 11.101/05 (Lei de Recuperação e Falência – LRF) aos atos praticados pelo devedor "em dificuldades de solvência contra os seus credores"[1], antes mesmo de ser declarado falido.

A ineficácia e a revogação de atos praticados antes da falência (arts. 129 e 130), constituem, desta forma, um conjunto de instrumentos legais desenvolvidos para repressão à fraude praticada pelo devedor contra os credores.

A LRF, cuidou de manter, quando da reforma do Decreto-lei nº 7.661/45, os instrumentos processuais de repressão à conduta fraudulenta do devedor e assim promover a sua necessária recomposição patrimonial, "na medida em que tal patrimônio responde pelas obrigações assumidas pelo seu titular, em caso de inadimplemento voluntário"[2].

2 Atos ineficazes

A LRF estabeleceu um marco temporal denominado "termo legal da falência", que deve ser fixado na sentença que decreta a falência, de acordo com os limites traçados no inciso II do art. 99, com o objetivo de proteger os credores de determinados atos considerados suspeitos[3], declarando-os ineficazes em relação a massa falida.

---

[1] CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA LIMA Sérgio Mourão (coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas.* Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 901.

[2] CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 24.

[3] ABRÃO, Nelson. Curso de Direito Falimentar. 5. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1997. p. 116: "Período suspeito é o tempo decorrido entre a manifestação do estado de insolvência e a sentença declaratória da falência".

No art. 129, a lei lista sete incisos que caracterizam atos passíveis de declaração de ineficácia, caso haja ausência de ativo suficiente na massa falida para o pagamento dos credores.

O inciso I cuida do pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor. Esses pagamentos, realizados dentro do termo legal, beneficiam uns credores em detrimento de outros, vulnerando a paridade que deve existir entre os credores da massa falida, e por isso deve ser declarado como ineficaz.

O inciso II considera como ineficaz em relação a massa falida, o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato.

O inciso III estabelece a ineficácia do ato de constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, nas hipóteses de dívida contraída anteriormente; sendo que se os bens dados em hipoteca forem objeto de hipotecas posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada, com o intuito de evitar que o crédito quirografário seja transformado em um crédito com garantia, furando a fila da ordem de pagamento, e assim abalando o equilíbrio que sustenta a universalidade de credores.

No inciso IV o legislador estabeleceu como ineficaz a prática de atos a título gratuito, optando por prazo próprio, fixado desde 2 (dois) anos antes da decretação da falência, com o intuito de garantir que o devedor não esvazie o patrimônio que compõe a massa falida.

O inciso V torna sem efeito a renúncia à herança ou ao legado, aqui também com prazo próprio, em até 2 (dois) anos antes da decretação da falência, evitando-se, desta forma, que o empresário, ao renunciar à herança ou ao legado, beneficie terceiros não sujeitos aos efeitos da falência, visando a prejudicar credores.

O inciso VI considera como ineficaz a venda ou transferência do estabelecimento, feita sem o consentimento expresso dos credores ou sem que tenha havido o pagamento de todos os credores existentes, e desde que, não tenha restado bens suficientes para solver o passivo do devedor. Ressalta a lei, no entanto, que se no prazo de 30 (trinta) dias, os credores, após serem devidamente notificados, não se opuserem à venda ou a transferência do estabelecimento, o ato é considerado eficaz.

O inciso VII torna ineficaz os registros de direitos reais e de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis realizados após a decretação da falência, salvo se tiver havido prenotação anterior, protegendo, desta forma, o patrimônio do devedor que responderá pelo pagamento das suas dívidas.

O reconhecimento da ineficácia do ato pode se dar de ofício pelo juiz da falência ou através de simples requerimento de quaisquer legitimados, podendo ser alegado em defesa, ou pleiteado mediante ação própria, ou ainda incidentalmente no curso do processo (parágrafo único do art. 129).

Os atos elencados nos incisos I a III e VI do art. 129, quando previstos no plano de recuperação judicial, devidamente aprovado em assembleia geral de credores, não serão declarados ineficazes ou revogados, conforme dispõe o art. 131.

Na hipótese de securitização de créditos do devedor (§ 1º do art. 136), também não será declarada a ineficácia ou revogado o ato de cessão em prejuízo dos direitos dos portadores de valores mobiliários emitidos pelo securitizador.

Apesar da ineficácia dos atos prescritos em lei e praticados pelo devedor contra os credores durante o termo legal da falência ou em seu período suspeito, o § 2º do art. 136 garante ao terceiro de boa-fé, a qualquer tempo, propor ação por perdas e danos contra o devedor ou seus garantes.

3 Ação revocatória

Existem outros atos praticados pelo devedor contra os credores, antes da decretação da falência, que se encontram fora do espectro definido no art. 129, e cuja ineficácia depende da propositura de ação própria, no juízo da falência (art. 134), com o objetivo de demonstrar o efetivo prejuízo sofrido pelos credores, e que ambos os contraentes (falido e terceiro que com ele contratou), estejam consertados na prática do ato fraudulento.

Trata-se da ação revocatória falimentar prevista no art. 130 da LRF, que prevê a revogação do ato praticado com a intenção de fraudar credores.

Há aqui a necessidade de se demonstrar, preambularmente, que o devedor, ajustado, combinado, mancomunado com terceiros, praticou, antes da declaração da falência, e fora das hipóteses do art. 129, atos fraudulentos com a intenção de causar prejuízo aos credores, que poderão ser revogados por meio da ação revocatória.

Para que estejam presentes os requisitos intrínsecos da ação revocatória prevista no art. 130, é necessária a comprovação do *evento damni* e do *consilium fraudis* entre o devedor e o terceiro que com ele contratou, devendo se comprovar que o terceiro tinha conhecimento da insolvência do devedor para caracterização da má-fé, e que o ato tenha causado efetivo prejuízo à massa falida.

No que diz respeito ao marco temporal pretérito para que os atos praticados pelo devedor sejam alcançados pela força da ação revocatória, defende Carlos Roberto Claro[4], que "os atos prejudiciais não possuem limitação de tempo para serem questionados", sendo esse também o ensinamento de Nelson Abrão[5].

A ação revocatória requer ampla dilação probatória para comprovar a fraude, o conluio e o prejuízo. O prazo para sua propositura é de 3 (três) anos, sendo decadencial, contado a partir da decretação da falência.

A legitimação ativa para a propositura da ação revocatória é conferida ao administrador judicial, a qualquer credor, ou ao Ministério Público. São legitimados passivos aqueles elencados no art. 133.

Uma vez proposta a ação o juiz pode, conforme autoriza o art. 137, a requerimento do autor da ação revocatória, ordenar, como medida preventiva, aqui compreendida como poder geral de cautela ou de antecipação dos efeitos da tutela previstos no art. 297 do CPC, o sequestro dos bens retirados do patrimônio do devedor que estejam em poder de terceiros.

O efeito da sentença que julgar procedente a ação revocatória (art. 135) é o retorno dos bens à massa falida, ou na impossibilidade de sua arrecadação, seu equivalente em dinheiro pelo valor de mercado, acrescidos das perdas e danos, respondendo o réu com seus bens particulares.

O ato pode ser declarado ineficaz ou revogado, ainda que praticado com base em decisão judicial, sendo que nesse caso, conforme aponta a doutrina, há que ser interpretado com extrema cautela, posto que não terá o poder de rescindir a coisa julgada material, mas apenas tornar seus efeitos ineficazes em relação a massa falida[6].

---

[4] CLARO, Carlos Roberto. *Ineficácia e revogação de ato no processo falimentar*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 145.

[5] ABRÃO, Nelson. Op. cit. p. 173.

[6] SANT'ANNA, Rubens. *Falências e concordatas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1985. p. 81.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

ABRÃO, Carlos Henrique. *Da ação revocatória*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Universitária de Direito, 1997.

ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*. 5. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1997.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de falências comentada*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência*: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CLARO, Carlos Roberto. *Revocatória falimentar*. 3. ed. rev. atual. e ampl., com base na Lei 11.101, de 09.02.2005. Curitiba: Juruá, 2006.

CLARO, Carlos Roberto. *Ineficácia e revogação de ato no processo falimentar*. Curitiba: Juruá, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas.* Lei 11.101/05. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA LIMA Sérgio Mourão (coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

COSTA, Daniel Carnio (coord). *Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências*. Curitiba: Juruá, 2015, v. 3.

GONÇALVES, Oksandro Osdival. Os recursos na nova lei de falências, recuperação judicial e extrajudicial. In: NERY JUNIOR, Nelso; ARRUDA ALVIM, Teresa; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis:* e assuntos afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LACERDA, J. C. Sampaio de. *Manual de direito falimentar.* 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. Falência e Recuperação de Empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A legitimidade do Ministério Público para a ação revocatória da Lei 11.101/05*. *Revista síntese de direito processual e direito processual civil,* v. 7, n. 38, nov./dez., 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva,

2015, v. 3.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense,

1980. v. I, n. 85.

PERIN JUNIOR, Ecio. *Curso de direito falimentar e recuperação de empresas*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. I.

SANT'ANNA, Rubens. *Falências e concordatas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1985.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A Ação Revocatória na Nova lei de Recuperação de Empresas e de Falências. In: SANTOS, Paulo Penalva (coord.). *A nova lei de falências e recuperação de empresas.* Lei 11.101/05. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência*: teoria e prática na Lei 11.101/2005. São Paulo: Almedina, 2016.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência.* São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). *Comentários a lei de recuperação de empresas e falência*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TZIRULNIK, Luiz. *Direito falimentar*. 7. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 11.101/05. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LXVI. Encerramento da falência e extinção das obrigações do falido

Márcio Souza Guimarães

Introdução

A falência é iniciada com a sentença de quebra, inaugurando um processo de liquidação do ativo da massa falida, para que o seu produto seja distribuído entre os credores listados no quadro geral, observada a ordem legal de preferência[1]. Falência não é um processo de satisfação dos créditos, assim o procedimento de arrecadação de bens e sua respectiva alienação se destina ao pagamento da lista de credores, na medida das forças da massa. Desaparecendo o pressuposto de existência do processo falimentar, resta apenas uma medida: o seu encerramento. A Lei de Recuperação Judicial e Falências (lei 11.101/2005) prevê um conjunto de atos que visam ao encerramento da falência e à extinção das obrigações do falido, sociedade empresária ou empresário individual. Passo a passo, a indigitada lei, nos artigos 154 a 160, disciplina os deveres do administrador judicial quanto à *prestação de contas* e à apresentação do *relatório final* da falência (artigos 154 e 155), a *sentença de encerramento* da falência (artigo 156), o *reinício da contagem do prazo prescricional* relativo às obrigações do falido (artigo 157), as *formas de extinção* das obrigações do falido (artigo 158), bem como o direito do falido e dos sócios de responsabilidade ilimitada de obter a *declaração da extinção das obrigações por sentença judicial* (artigos 159 e 160). É da breve explanação destas disposições da lei que tratará o presente verbete.

1 O dever de prestar contas

Encerrada a fase de realização do ativo e do rateio do produto entre os credores surge, para o administrador judicial, o dever de prestação de contas quanto à sua gestão, como determina o artigo 154 da Lei. O administrador judicial, nomeado pelo juiz, deve demonstrar, em autos aparta-

[1] Art. 83 da lei 11.101/05.

dos, àqueles envolvidos e interessados na falência – sócios da sociedade falida, credores e empregados – as movimentações financeiras[2] ocorridas durante o processamento da falência, para que aqueles possam, como a lei assim os faculta, manifestarem-se sobre a exatidão dos valores, no prazo de dez dias. A manifestação do administrador judicial deve ser realizada no padrão contábil societário[3], para que todas as rubricas sejam identificadas, em atenção à transparência exigida no processo falimentar.

O Ministério Público deverá ser intimado para se manifestar sobre a regularidade das contas apresentadas pelo administrador judicial[4]. É a regra contida no §3º do art. 154. Em caso de impugnação, deverá ser oportunizada a defesa do administrador judicial, seguida de vista ao Ministério Público e julgamento das contas pelo juiz, com eventual responsabilização do administrador judicial e indenização aos credores pelas ações culposas ou dolosas que tenha praticado, prevendo a lei, ainda, que da sentença condenatória caberá apelação.

2 Apresentação do relatório final da falência

Uma vez julgadas e aprovadas as contas do administrador judicial, este deverá apresentar o relatório final da falência, com a indicação do valor do ativo e do produto obtido com a sua arrecadação. Sendo matéria de alta relevância, o relatório final indicará também a composição do passivo, apresentando quais créditos permaneceram em aberto, isto é, as obrigações remanescentes do falido.

O relatório final cuida, igualmente, dos efeitos da administração exercida pelo falido ou por seus administradores, demonstrando se ao falido, aos seus administradores ou aos sócios de responsabilidade solidária ca-

[2] FILHO, Manoel Justino Bezerra. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 323.

[3] SACRAMONE, Marcelo. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 491.

[4] Sobre a atuação do Ministério Público no processo falimentar defendemos sua ampla atuação, por se tratar de processo com marcante interesse público transindividual societário: GUIMARÃES, Márcio Souza. A Intervenção do Ministério Público no Direito Falimentar e de Recuperação de Empresas – 10 Anos de Experiência na Lei 11.101/05 *In:* MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga Mendes (org.) *Aspectos Polêmicos e Atuais da Lei de Recuperação de Empresas*. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2016, p. 473.

berá eventual responsabilização perante credores[5]. Consubstancia-se, assim, o ato final da atividade que fora desempenhada pelo administrador judicial. Em não mais havendo questões pendentes de discussão, o juiz determinará, por sentença, o encerramento da falência, tratada a seguir.

3 Sentença de Encerramento da Falência

O artigo 156 da lei de falências prevê o encerramento da falência por sentença judicial. A natureza desta decisão é terminativa do processo falimentar[6], sem implicar na automática extinção das obrigações do falido, cujo procedimento é diverso.

Apesar de terminativa do processo, há, é certo, a possibilidade de que credores, ainda insatisfeitos[7] com o deslinde de quaisquer questões diversas relativas ao processo de falência do devedor, possam recorrer da sentença proferida, a partir do recurso de apelação, conforme prescreve o parágrafo único do artigo em comento.

4 Reinício da contagem do prazo prescricional para a cobrança das obrigações do falido

O artigo 157 da Lei de Falências deve ser interpretado conjuntamente com o artigo 6º da mesma Lei, que estabelece a suspensão do curso da prescrição das obrigações do falido a partir da decretação da sua falência. Com o trânsito em julgado da sentença que encerra a falência, não há mais a causa suspensiva prevista no artigo 6º da Lei, razão pela qual reinicia-se a contagem do prazo prescricional, na data do trânsito em julgado da sentença de encerramento.

Por se tratar de suspensão e não de interrupção, a contagem do prazo prescricional reinicia-se pelo tempo que faltava para se configurar a prescrição, quando decretado o estado falimentar do devedor.

---

[5] CAMPINHO, Sérgio. *Curso de Direito Comercial – Falência e Recuperação de Empresa***.** 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2019, p. 438.

[6] AZEVEDO, Luis Augusto Roux in JUNIOR, Francisco Satiro de Souza; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 517.

[7] Assim dispõe Fábio Ulhoa, exemplificando com a hipótese de um credor insatisfeito com algumas diligências que não foram realizadas no curso do processo. COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 507.

5 Formas de extinção das obrigações do falido

A disciplina da extinção das obrigações do falido (sociedade empresária ou empresário individual), prevista no artigo 158, torna-se fundamental para que os referidos agentes econômicos não permaneçam indefinidamente responsáveis pelo pagamento das obrigações que não foram solvidas por meio da liquidação dos seus ativos[8]. Nesse sentido é que ponderando o sacrifício eventual enfrentado por alguns credores e as vantagens que o reingresso de um agente econômico pode trazer ao ambiente econômico, a legislação trata de hipóteses nas quais ainda que não inteiramente satisfeitas as obrigações devidas aos credores, fica possibilitado ao outrora falido o seu reingresso no mercado como agente econômico[9]. Forma natural de extinção das obrigações do falido é o pagamento de todos os créditos, quer pelo devedor, por garante ou por qualquer terceiro. Além desta modalidade, as obrigações são extintas por meio do pagamento de valor superior a cinquenta por cento do total do valor dos créditos quirografários.

Por fim, a lei também prevê como causa para o encerramento das obrigações do falido o decurso do lapso temporal de cinco anos, contados do encerramento da falência, quando o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto na lei, ou, diversamente, de dez anos, igualmente contados do encerramento da falência, naqueles casos em que o falido tiver sofrido condenação por prática de crime falimentar[10].

Há, portanto, duas formas de se obter a extinção das obrigações do falido e do sócio de responsabilidade ilimitada: pelo pagamento total – ou parcial – dos créditos devidos (artigos, 158, I e II) ou pelo decurso do lapso temporal previsto em lei (artigo 158, III e IV).

---

[8] SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe e TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência*. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 991.

[9] GUIMARÃES, Márcio Souza. A Ultrapassada Teoria da Empresa e o Direito das Empresas em Dificuldades. *In* WAISBERG, Ivo e RIBEIRO, J. Horácio H. Rezende (coord.) *Temas de Direito da Insolvência – Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho.* São Paulo: IASP, 2017, pp. 682. SZTAJN, Rachel in TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 458.

[10] FILHO, Adalberto Simão in PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 554.

6 Declaração judicial da extinção das obrigações do falido e dos sócios de responsabilidade ilimitada

O artigo 159 da lei de falências dispõe que caso seja configurada qualquer das hipóteses do artigo anterior (158), poderá o falido requerer ao juízo da falência a declaração da extinção de suas obrigações por sentença judicial.

O dispositivo, que resguarda a eficácia do artigo 158, regulamenta o procedimento para que o falido tenha êxito em sua demanda. Assim é que o requerimento deve ser autuado em apartado com os respectivos documentos e publicado por edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação, para que, no prazo de trinta dias, qualquer credor possa se opor ao pedido do falido.

Em caso de ausência de oposição ou findo o prazo concedido aos credores, o juiz deverá proferir sentença sobre o pedido formulado pelo falido. Existindo oposição, deverá o juiz intimar o falido a se manifestar, dar vista ao Ministério Público[11], e em seguida proferir a decisão sobre a oposição.

Como a Lei prevê, caso o falido obtenha sentença favorável à extinção de suas obrigações, todas as pessoas e entidades que haviam sido informadas anteriormente a respeito da sua falência deverão ser comunicadas, procedendo com as anotações necessárias, possibilitando o eventual reingresso do empresário individual ou da sociedade empresária na vida econômica. A antinomia aparente da regra em comento com o disposto no art. 1.044[12] do Código Civil deve ser interpretada sob à égide da função social da empresa. Em primeiro lugar, há equívoco latente na redação deste último dispositivo, não se podendo admitir que haverá dissolução automática da sociedade, com a decretação da falência, sendo certo que sentença de quebra apenas inaugura todo processo falimentar. Em segundo lugar porque a extinção das obrigações do falido, ora em comento, possibilita exatamente a reinserção do agente econômico na vida empresarial. Assim, caso pretenda, poderá o empresário ou a socie-

[11] GUIMARÃES, Márcio Souza. A Intervenção do Ministério Público no Direito Falimentar e de Recuperação de Empresas – 10 Anos de Experiência na Lei 11.101/05 *In* MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga Mendes (org.). *Aspectos Polêmicos e Atuais da Lei de Recuperação de Empresas.* Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2016, p. 473.

[12] Art. 1.044. A sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1.033 e, se empresária, também pela declaração da falência.

dade empresária voltar a exercer sua atividade. Todavia, se o desígnio for a extinção definitiva da sociedade, basta apenas comunicar tal deliberação ao órgão de registro competente[13].

Por fim, a Lei de Falências, em seu artigo 160, também confere ao sócio de responsabilidade ilimitada o direito de requerer sentença judicial declarando a extinção de suas obrigações, caso seja verificada a ocorrência de prescrição ou qualquer dos casos previstos no artigo 158.

Conclusão

Percebe-se que a Lei trata do encerramento da falência e da extinção das obrigações do falido em uma única seção, através de um encadeamento lógico e ordenado das matérias. Assim, o fim da caminhada procedimental da falência, através da sentença judicial que declara o seu encerramento e posterior extinção das obrigações do falido e de seus sócios de responsabilidade ilimitada, dá margem à retomada, em tese, da atividade empresarial ou, como a prática indica, o desaparecimento definitivo da sociedade empresária, com o seu encerramento no registro competente.

Espera-se, deste modo, que o procedimento de liquidação tenha cumprido com os seus objetivos e fins, encetados no artigo 75 da lei 11.101/05, possibilitando a satisfação dos credores, na maior medida possível, bem como, em tese, eventual suspiro aliviado dos empresários individuais ou sociedades empresárias, com renovado fôlego para a retomada das atividades empresariais.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

CAMPINHO, Sérgio. *Curso de Direito Comercial – Falência e Recuperação de Empresa.* 10ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2019, p. 438.

[13] Neste sentido: SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe e TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de Empresas e Falência*. 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 994. COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 337-338. CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Arts. 154 a 156. in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Sérgio Mourão. (coord.). *Comentários à nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1.047. FERES, Marcelo Andrade. Seção V – Da Inabilitação Empresarial, dos direitos e deveres do falido. *In* CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão. (coord.). *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 758-799.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Sérgio Mourão. (coord.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FILHO, Manoel Justino Bezerra. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GUIMARÃES, Márcio Souza. *A Intervenção do Ministério Público no Direito Falimentar e de Recuperação de Empresas – 10 Anos de Experiência na Lei 11.101/05* in MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga Mendes (org.). *Aspectos Polêmicos e Atuais da Lei de Recuperação de Empresas*. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2016.

GUIMARÃES, Márcio Souza. *A Ultrapassada Teoria da Empresa e o Direito das Empresas em Dificuldades.* in WAISBERG, Ivo e RIBEIRO, J. Horácio H. Rezende (coord.) Temas de Direito da Insolvência – Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho. São Paulo: IASP, 2017.

JUNIOR, Francisco Satiro de Souza; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SACRAMONE, Marcelo. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe e TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de Empresas e Falência*. 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2018.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LXVII. Contrato de distribuição

Paula A. Forgioni

Introdução

Vendas indiretas e função econômica do Contrato de distribuição

A prática comercial demonstra que o sucesso de um produto depende, em boa parte, de promoção adequada e de uma eficiente rede de distribuição, que abarque toda a região com potencial de comercialização. Sem a chegada do bem ao consumidor, é possível que de nada adiante a sua qualidade ou mesmo o preço conveniente.[1] Por essa razão, é cada vez maior a atenção que as empresas dispensam ao sistema de escoamento da sua produção, buscando otimizar seus resultados mediante a escolha do melhor método disponível. Nessa linha, um vasto leque de opções se apresenta.

A primeira delas é que a própria empresa cuide da distribuição da mercadoria, colocando-a diretamente junto ao consumidor. Trata-se da chamada *venda direta*. As funções inerentes à comercialização estão a cargo do produtor ou de sujeitos que dele dependem diretamente (por exemplo, empregados).

Mas o agente econômico poderá, ainda, buscar a colaboração de *outros empresários* para a venda, aproveitando eventuais sinergias (*venda indireta*). Essa alternativa pode ser especialmente vantajosa em se tratando de empresas que não conhecem as particularidades do mercado em que atuarão, como ocorre nos casos de contratos internacionais de distribuição. Com a adoção do sistema de vendas indiretas, os investimentos a serem efetuados pelo empresário diminuem, na medida em que grande parte das despesas com a distribuição será assumida pe-

[1] "Il ne suffit pas de produire, il faut encore vendre" (VIRASSAMY, Georges. *Les contrats de dépendance – Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique.* Paris: LGDJ, 1986. p. 45). Sobre a mesma questão, v. BARBIERI, Giorgio; FRIGNANI, Aldo. Contratti della distribuzione. *In:* FRIGNANI, Aldo (org.). *Il diritto del commercio internazionale.* 2. ed. Itália: Ipsoa, 1990, p. 193.

los integrantes da rede. A relação bipolar (fabricante/adquirente), típica das vendas diretas, torna-se triangular na venda indireta (fabricante/distribuidor-intermediário/adquirente).[2]

É nesse contexto que se coloca o Contrato de Distribuição, que abarca *operações de compra e venda mercantil*, de caráter não eventual, mas sim habitual (estável). O distribuidor *compra para revenda*: a propriedade transfere-se, inicialmente, do patrimônio do fornecedor para aquele do distribuidor e, posteriormente, para um terceiro, estranho a essa primeira relação.

O proveito econômico do distribuidor será o lucro que conseguir apurar em virtude da diferença entre o preço de venda do bem a um terceiro e o que pagou para o fornecedor (margem de comercialização).

A primeira relação inclui-se no âmbito do contrato de distribuição, enquanto aquela entre o distribuidor e o outro adquirente é, geralmente, uma típica compra e venda, caracterizando-se, no mais das vezes, como de consumo. O contrato de distribuição abrigará várias operações singulares de compra e venda, fundamentais à colocação do bem junto ao adquirente final. *Observe-se, entretanto, que o contrato de distribuição não absorve essas operações posteriores, fazendo-as desaparecer*.[3] Ao contrário, cada uma delas nascerá e desenvolver-se-á, corporificando uma relação ao abrigo do art. 481 e seguintes do novo CC. Por essa razão, Rubens Requião adota a lição de Remo Franceschelli, advertindo que *o contrato de distribuição existe e subsiste independentemente da efetivação ou não das compras e vendas*.[4] Sua posição é seguida por vários autores, como Guyènot e Patrick Kileste.

Além disso, o contrato de distribuição costuma agasalhar obrigações que delinearão os contornos da estratégia de produção, vistas por parte da doutrina como estipulações acessórias do pacto principal.[5] Destacamos

---

[2] Virassamy refere-se a relações bipolares para venda direta e triangulares para a venda indireta (*op. cit*., p. 45).

[3] Para o conceito de operação econômica (que amalgama os contratos coligados) e de unidade, v. SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Interpretazione del contratto e interesse dei contraenti*. Padova: Cedam, 1992. p. 425 e ss. V. também o capítulo décimo terceiro, quando tratamos da causa una do contrato de distribuição e de sua interpretação.

[4] REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos de direito comercial (estudos e pareceres).* v. 2. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 127-128.

[5] No dizer de Comparato: "a concessão de venda é, exclusivamente, contrato de distribuição de produtos; a licença de uso de marca ou a eventual prestação de serviços do concedente são

as mais comuns: (i) exclusividade do distribuidor; (ii) exclusividade do fornecedor; (iii) obrigatoriedade ou possibilidade de prestação de assistência técnica aos adquirentes, incluindo eventual treinamento de pessoal; (iv) obrigatoriedade de investimentos mínimos; (v) mandato ou empreitada para viabilizar o adimplemento da obrigação de garantia assumida pelo fornecedor; (vi) obrigatoriedade de o distribuidor informar ao fornecedor dados sobre o mercado e as preferências dos adquirentes; (vii) obrigações de empreender ou participar das despesas efetuadas com publicidade; (viii) vendas casadas; (ix) licença de uso de marca; (x) determinação ou sugestão de preços de revenda; (xi) aquisição mínima de certa quantidade de produtos; (xii) manutenção de estoque e/ou peças de reposição; (xiii) proibição de venda para terceiros com o escopo de diminuir os efeitos ou evitar a comercialização paralela dos produtos distribuídos com cláusula de exclusividade.

Definição do Contrato de Distribuição

O contrato de distribuição é *empresarial, bilateral, sinalagmático, oneroso, atípico e misto, de longa duração, que encerra um acordo vertical, pelo qual um agente econômico (fornecedor) obriga-se ao fornecimento de certos bens ou serviços a outro agente econômico (distribuidor), para que este os revenda, tendo como proveito econômico a diferença entre o preço de aquisição e de revenda e assumindo obrigações voltadas à satisfação das exigências do sistema de distribuição do qual participa.*

É empresarial, pois sempre celebrado entre empresas/empresários. Assim, todas as partes envolvidas têm sua existência voltada para a obtenção de lucros, que condiciona seu comportamento, sua "vontade comum" e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar[6].

O contrato de distribuição é *bilateral* porque celebrado entre o fornecedor e o distribuidor. Note-se que não se trata de contrato plurilateral, embora seja comum a formação de redes de distribuição. É *sinalagmá-*

meros acessórios do pacto principal" (Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio?. *Revista de Direito Mercantil,* São Paulo, n. 18, 1975. p. 53). V. BORTOLOTTI, Fabio. Concessione di vendita (contratto di). *In:* EULA, Ernesto; AZARA, Antonio (org.). *Appendice al Novissimo Digesto Italiano*, v. 2. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957. p. 222.

[6] Sobre a definição de contratos empresariais, v. FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais:* teoria geral e aplicação. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. cap. 1. p.17-44.

tico, na medida em que há uma reciprocidade de prestação das partes e sempre *oneroso*.

A despeito da confusa redação do Código Civil, é possível concluir que a hipótese normativa do art. 710 não disciplina a distribuição, mas prevê dois tipos de contratos de agência (ou seja, de representação comercial), (i) o contrato de agência *puro* e (ii) o contrato de *agência-distribuição*, hipótese em que o representante tem à sua disposição a coisa a ser negociada. *A distribuição, no sentido que lhe empresta o Código, é uma espécie de agência; o contrato de distribuição comercial (= concessão comercial) permanece atípico.*

Contudo, a atipicidade legal dos contratos de distribuição foi parcialmente quebrada, em 1979, pela promulgação da Lei 6.729, conhecida como *Lei Ferrari*. Cuida o diploma específica e exclusivamente da "distribuição de veículos automotores, de via terrestre". Fruto de intensos debates – e do antagonismo de interesses das montadoras e seus concessionários –, a lei pretendia ser um instrumento que viabilizasse o "convívio equilibrado, harmonioso" entre esses agentes econômicos, considerando o fato de que a distribuição de veículos implica a atuação de vários concessionários, formando uma rede. Consolidou-se relativo consenso jurisprudencial de que essa lei requer interpretação restritiva, ou seja, *a Lei Ferrari não deve regular os contratos de distribuição que não tratam das relações entre fabricantes e distribuidores de veículos automotores de via terrestre*. Em nossa opinião, a questão não poderia ter recebido tratamento mais adequado pela jurisprudência. Como já destacamos com o Prof. Eros Roberto Grau,[7] a Lei Ferrari é uma *lei específica* que autoriza, inclusive, restrições à livre concorrência e à livre iniciativa,[8] cuja possibilidade, limites e fundamentos estão especificadamente delineados no texto normativo[9].

---

[7] Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8.884, de 1994, e Lei 6.729, de 1979 ("Lei Ferrari").

[8] Em virtude, principalmente, de algumas cláusulas que são expressamente permitidas, como a exclusividade e a delimitação de zona de atuação. V. GRAU, Eros Roberto. FORGIONI, Paula A. Lei antitruste e leis que autorizam práticas restritivas da concorrência. A Lei Ferrari. *In:* GRAU, Eros Roberto. FORGIONI, Paula A. **O** *Estado, a empresa e o contrato.* São Paulo: Malheiros, 2005. p. 187-209.

[9] Os textos normativos excepcionais não se prestam à interpretação analógica, como advertiu, há muito, Paula Baptista: "As leis chamadas *anormais*, derrogatórias do direito comum (*jus singulare*), não comportam extensão por *analogia*, porquanto, visto como são leis *excepcionais*, fundadas em motivos estranhos às razões do direito (*ratio juris* ou *tenor rationis*), tudo quanto

O contrato de distribuição deve ser metodologicamente abordado como *misto*. Para uma exata compreensão do alcance dessa afirmação, propomos que se resgate a clássica lição de Honório Monteiro: contrato misto implica "o concurso de pluralidade de prestações típicas de vários contratos, em contrato único".[10] Em outra passagem, leciona que os contratos mistos são "contratos que não coincidem exatamente com nenhum dos tipos contratuais disciplinados pela lei, mas cujo conteúdo, em rigor, perante a lei, não se poderia dizer novo. Não são contratos inominados, porque os seus elementos componentes não são estranhos à lei".[11]

O contrato de distribuição, por corporificar acordo entre o produtor e o(s) distribuidor(es), é um tipo de *acordo vertical*, pois celebrado entre agentes econômicos que se situam em diferentes estágios da cadeia produtiva. Quando se fala de acordos verticais, lida-se com uma imaginária linha que nos conduz, desde a extração da matéria-prima, das várias fases da produção e comercialização, até o consumidor final.[12]

As Redes de Distribuição

Viu-se acima que o contrato de distribuição é bilateral, mas é frequente o estabelecimento de uma *rede de distribuidores* que instala verdadeira teia contratual. Cada distribuidor mantém uma relação apartada com seu fornecedor; no caso de pluralidade de distribuidores, esses contratos e seus efeitos influenciar-se-ão mutuamente. Ou seja, a rede de distribuição é aquela que une um fornecedor (integrador) a uma pluralidade de distribuidores (distribuidores integrados), composta de vários contratos-quadro principais ligados a acordos de aplicação, todos onerosos e ce-

---

se não contém em suas disposições formais pertence ao direito comum, que é o que existe fora delas, e do particular se não pode concluir para o geral" (BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 47).

[10] Contrato mixto. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 23, n. 1, jan./abr., 1937. p. 536.

[11] Ibid., p. 535.

[12] Ou, nas palavras de Fox e Sullivan, "[v]erticality (...) refers to the imaginary vertical line from extraction of raw materials through the stages of production and marketing to the ultimate consumer" (*Cases and materials on antitrust*. Saint Paul: West Publishing, 1989. p. 522). No mesmo sentido, PARDOLESI, Roberto**.** Intese restrittive della libertà di concorrenza. *In:* FRIGNANI, Aldo (org.). *Diritto antitrust italiano.* Bologna: Zanichelli, 1993. p. 244; e Analisi economica della legislazione antitrust italiana. *In:* MATTEI, Ugo; PULITINI, Francesco (org.). *Consumatore, ambiente, concorrenza – Analisi economica del diritto*. Millano: Giuffrè, 1994. p. 127.

lebrados para organizarem a revenda dos produtos e/ou o fornecimento de serviços,[13] normalmente a consumidores finais.

A ideia de rede de distribuição está associada a um *conjunto de contratos de concessão* unidos por um escopo comum; o todo é divisível, visto que é perfeitamente possível destacar uma avença da outra, com execuções independentes. A figura que melhor caracteriza a situação de uma rede de distribuição é a de um círculo, que tem o pivô no fornecedor, cobrindo a distribuição do produto no tempo e no espaço.[14]

Os concessionários mantêm interesses comuns e outros conflitantes. O *interesse comum* gira em torno da melhor penetração da marca e da obtenção de condições negociais proveitosas em relação ao fornecedor – o que se alcança com menores dificuldades quando há a negociação em bloco. Autores franceses chegam a falar em *affectio cooperandi* entre os distribuidores.[15] É intuitiva a constatação de que todos eles unidos logram conseguir vantagens mais facilmente do que se negociarem de forma separada. No entanto, tal como acontece nos cartéis, a lealdade ao grupo é relativa e a tentação de quebra da unidade costuma ser forte e gerar discriminações.

Caso haja concorrência entre os distribuidores, o interesse em conquistar a clientela do outro conviverá com o escopo comum anteriormente apontado, criando uma situação jurídica e fática bastante complexa. Por exemplo, ao mesmo tempo em que os concessionários de automóveis atuam em bloco nas negociações com a montadora e na defesa de seus interesses, procuram invadir a área atribuída ao outro e nela capturar clientes.

Conforme a estratégia adotada, o fornecedor pode conservar uma política para o *bloco* de contratantes, evitando discriminações. Todavia, às vezes é interessante estimular a concorrência intramarca para forçar os

[13] Para Amiel-Cosme (*Les réseaux de distribution*. Paris: LGDJ. 1995, p. 8) "le réseau de distribution est celui qui naît de la somme de volontés individuelles, unissant un fournisseur, l'intégrateur, à une pluralité de revendeurs, distributeurs intégrés, donnant naissance à des accords-cadres principaux liés à des contrats accessoires, constituant un groupe de contrats synallagmatiques, conclus à titre onéreux et dans l'intérêt commun de ses membres, en vue d'organiser la revente de produits et/ou la fourniture de services, sur un marché déterminé, à un consommateur final".

[14] BEHAR-TOUCHAIS, M.; VIRASSAMY, G. *Les contracts de la distribution*. Paris: LGDJ, 1999. p. 462.

[15] Amiel-Cosme, *op. cit.*, p. 131.

distribuidores a diminuírem sua margem de lucro e, consequentemente, os preços finais praticados.

Em suma, a tensão latente e o bifrontismo de interesses (coincidentes ou conflitantes) estão presentes não só no vínculo entre fornecedor e distribuidores, mas também *entre os próprios distribuidores*.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

AMIEL-COSME, Laurence. *Les réseaux de distribution*. Paris: LGDJ. 1995.

BARBIERI, Giorgio; FRIGNANI, Aldo. Contratti della distribuzione. *In:* FRIGNANI, Aldo (org.). *Il diritto del commercio internazionale.* 2. ed. Itália: Ipsoa, 1990.

BEHAR-TOUCHAIS, M.; VIRASSAMY, G. *Les contracts de la distribution*. Paris: LGDJ, 1999

BORTOLOTTI, Fabio. Concessione di vendita (contratto di). *In:* EULA, Ernesto; AZARA, Antonio (org.). *Appendice al Novissimo Digesto Italiano*, v. 2. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957.

COMPARATO, Fábio K. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio?. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 18, 1975.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais*: teoria geral e aplicação. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GRAU, Eros Roberto. FORGIONI, Paula A. Lei antitruste e leis que autorizam práticas restritivas da concorrência. A Lei Ferrari. In: GRAU, Eros Roberto. FORGIONI, Paula A. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MONTEIRO, Honório. Contrato mixto. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 23, n. 1, jan./abr., 1937.

REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos de direito comercial (estudos e pareceres)*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1980.

LXVIII. Arrendamento mercantil

Ivo Waisberg

1 Conceito e natureza jurídica

O contrato de arrendamento mercantil, ou *leasing*, vem sendo instrumento de utilização ou de aquisição de bens por aqueles, pessoas físicas ou jurídicas, que ou não dispõem de recursos suficientes para a aquisição imediata de um determinado bem, ou não desejam imobilizar seu capital para tal finalidade.

Ele permite que o arrendatário utilize um determinado bem, pertencente ao arrendador, mediante o pagamento de certa quantia acordada, havendo a possibilidade de, ao final do prazo estipulado, o arrendatário renovar a locação do bem, adquiri-lo mediante o pagamento do preço residual, ou devolvê-lo ao arrendador.

Trata-se, pois, de contrato segundo o qual o arrendatário utiliza determinado bem de propriedade do arrendador, pagando-lhe a quantia pelo período previsto no contrato, ao final do qual este último poderá optar por renovar a locação desse bem, adquiri-lo mediante o pagamento do preço residual, ou devolvê-lo ao arrendador.

Embora tenha havido a regulamentação tributária do instituto por meio da Lei 6.099/1974, a qual determinou, inclusive, os itens que devem constar do instrumento (art. 5.º), não se pode dizer que há uma lei específica regulando este negócio jurídico em si, até porque há diversas situações em que se está diante de uma operação de arrendamento mercantil não alcançada pela lei tributária. Um contrato que não siga os preceitos da referida lei continuará sendo *leasing* se contiver os elementos essenciais, apenas sem o efeito fiscal oriundo daquela lei. Consiste, portanto, em contrato atípico[1].

[1] Mancuso entende ser o contrato típico, não obstante o caráter fiscal da lei e sua pouca abrangência, mas em razão da sedimentação e do regramento constante das resoluções do Conselho Monetário Nacional (Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Leasing*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 45). No mesmo sentido, Rizzardo, Arnaldo. *Contratos*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 1262; e Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie.* 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 612.

Além de atípico, trata-se de um contrato misto, uma vez que abrange elementos de outros tipos contratuais, principalmente a locação e a promessa de compra e venda. E, por ser misto, sua interpretação deve levar em consideração a analogia aos contratos típicos a que suas partes se assemelham, mas sempre tendo como fio condutor a operação complexa resultante e sua finalidade econômica.

Assim, o contrato de arrendamento mercantil ainda pode ser classificado como (i) consensual, pois implica consenso mútuo das partes; (ii) formal, pois exige a forma escrita; (iii) bilateral, porque prevê obrigações a ambas as partes; (iv) oneroso, porque há transferência de direitos e vantagens entre as partes; (v) comutativo, pois há previsão de equivalência entre as prestações de cada uma das partes; e (vi) de execução sucessiva ou continuada, porque envolve prestações periódicas e contínuas.

Deve-se ressaltar ainda que, apesar de a Lei 6.099/1974 definir em seu art. 5º uma série de exigências atinentes ao contrato de *leasing*, e a Res. CMN 2.309 tratar de maneira mais pormenorizada dos itens que devem ser especificados no contrato (art. 7.º), a caracterização de um contrato como de arrendamento mercantil não está adstrita aos elementos dos referidos diplomas, que têm função tributária ou regulatória e, portanto, têm seus efeitos restritos a esses fins.

2 Tipos de arrendamento mercantil e respectivas operações econômicas

2.1 Arrendamento mercantil financeiro

Também denominado *leasing* bancário ou *full payout lease*, o arrendamento mercantil financeiro envolve três partes: o arrendatário, que é quem vai utilizar o bem, o arrendador, que deve ser uma pessoa jurídica autorizada a atuar como tal nos termos do parágrafo único do art. 1.º da Lei 6.099/1974, que adquire o bem, e o vendedor do bem, geralmente o seu produtor ou seu importador.

Note-se que o valor é integralmente despendido pelo arrendador, que obterá, até o final do prazo contratado, todo o valor do investimento mais seu lucro. Isso quer dizer que todas as prestações deverão ser pagas, ainda que o arrendatário devolva o bem antes do prazo determinado – em alguns casos, a devolução antecipada não é permitida. Ademais, deve ser

acordado o valor para o exercício de opção de compra pelo arrendatário, sendo as despesas com a manutenção do bem de sua responsabilidade.

A Res. CMN 2.309/1996 determina as características que devem estar presentes na operação para que ela seja classificada como arrendamento mercantil financeiro, quais sejam: (a) que as contraprestações e demais pagamentos previstos no contrato, devidos pela arrendatária, sejam normalmente suficientes para que a arrendadora recupere o custo do bem arrendado durante o prazo contratual da operação e, adicionalmente, obtenha um retorno sobre os recursos investidos; (b) que as despesas de manutenção, assistência técnica e serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado sejam de responsabilidade da arrendatária; (c) que o preço para o exercício da opção de compra seja livremente pactuado, podendo ser, inclusive, o valor de mercado do bem arrendado.

No mais, para o *leasing* financeiro, há a possibilidade de o arrendador cobrar do arrendatário o valor residual garantido (VRG). Este, por sua vez, consiste na garantia de que esse arrendador receberá um valor mínimo com a venda do bem na hipótese de não ser exercida a opção de compra pelo arrendatário ou não ser prorrogado o contrato, podendo ser antecipada ou até mesmo cobrada em parcelas.

2.2 Arrendamento mercantil operacional

Neste caso, a relação é direta entre o arrendatário e o fornecedor do bem, que figura como arrendador e, geralmente, também fornece serviços de manutenção. Também pode ser chamado de *renting*, que é justamente o arrendamento feito diretamente pelo fabricante do bem, sem intermediários, e com a respectiva assistência técnica e por prazo curto, menor do que a vida econômica do objeto.

Contrariando a doutrina tradicional, a Res. CMN 2.309/1996 diz que essa modalidade é privativa dos bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e das sociedades de arrendamento mercantil (art. 6.º), deixando de fora os fornecedores (produtores ou importadores), sendo sua operação econômica é igual à do *leasing* financeiro. O que se tem, portanto, não é a proibição de que o produtor ou importador do bem realize operações de *leasing*, mas apenas que esse tipo de operação não obterá o benefício fiscal previsto na Lei 6.099/1974.

Outra característica dessa espécie de arrendamento mercantil é a possibilidade de rescisão a qualquer tempo, com a devolução do bem sem a previsão de pagamento do citado VRG, para os casos em que o arrendador se submeter à regulamentação do CMN.

2.3 *Lease-back* ou *leasing* de retorno ou, ainda, *sale and lease back*

Trata-se do caso em que o proprietário vende ou dá em pagamento determinado bem a uma instituição que realiza operações de *leasing* e, imediatamente, o arrenda, passando de proprietário a arrendatário, com a opção de compra desse mesmo bem no futuro. O objetivo é desmobilizar os recursos da empresa, sendo deveras eficiente para tanto.

A Res. CMN 2.309/1996 prevê essa configuração (art. 13), ressaltando, no entanto, que deverá ser realizada por meio de arrendamento mercantil financeiro.

2.4. *Self leasing*

Consiste em operação consigo mesmo ou entre empresas integrantes do mesmo grupo, sendo que a definição de coligada ou interdependente para fins da Lei 6.099/1974 foi dada pelo art. 27 da Res. CMN 2.309/1996. Tal operação é vedada às entidades autorizadas a praticar operações de arrendamento mercantil, conforme dispõe o art. 28 da referida Resolução. Mas outras entidades poderão contratá-lo, sem benefício fiscal, por vedação do art. 2.º da Lei 6.099/1974.

Pode dar-se por duas formas distintas: ou o próprio fabricante arrenda o bem, ou várias empresas do mesmo grupo figuram como arrendador, arrendatário e vendedor.

2.5 *Dummy corporation*

A chamada *dummy corporation* refere-se à sociedade entre investidores e arrendatários que, com os valores arrecadados por meio de emissão de debêntures, adquire os bens e os arrenda aos arrendatários. É chamada de *dummy corporation* ou de *société de paille* (sociedade de palha) porque, na verdade, os investidores são representados por um *trustee*, que recebe os aluguéis e os repassa aos investidores.

3 Partes

Como não há regulamentação específica do contrato de arrendamento mercantil – apenas no âmbito tributário – nem vedação, isso significa que qualquer pessoa, física ou jurídica, pode realizar operações de arrendamento mercantil, mas nem todas serão beneficiadas pelo tratamento tributário previsto na da Lei 6.099/1974.

Outrossim, as instituições previstas no art. 1º da Res. CMN 2.309/1996 devem seguir as regras do CMN e do Banco Central para as operações de *leasing*, enquanto as outras pessoas não. Deste modo, os produtores, fornecedores e importadores de bens poderão realizar a operação, embora não com tratamento benéfico em termos tributários. O mesmo em relação a pessoas coligadas ou interdependentes que contratam entre si, e àqueles que contratam o *self leasing*.

Uma vedação do CMN que se deve atentar é a prevista no art. 29, segundo a qual as sociedades de arrendamento mercantil não podem celebrar contratos de mútuo com pessoas físicas e jurídicas não financeiras. Ou seja, a captação de recursos pelas sociedades de arrendamento mercantil não pode se dar junto a pessoas físicas ou jurídicas não financeiras.

4 Obrigações dos contratantes

Além de pagar as prestações devidas pelo uso do bem, o arrendatário é responsável por sua conservação, o que inclui o pagamento dos encargos decorrentes do uso, tais quais impostos que venham a incidir, e a indenização ao arrendador pelo perecimento do bem.

Ao final do prazo estipulado, ele deverá devolver o bem, adquiri-lo pelo valor residual ou prorrogar o contrato. No caso de aquisição, deverá pagar o valor residual, bem como valor residual garantido no caso de devolução antecipada do bem se o arrendamento for feito na modalidade financeira.

Já o arrendador tem o dever de adquirir o bem, no caso de arrendamento financeiro ou operacional realizado por entidades autorizadas pela Res. CMN 2.309/1996, e de permitir que seja utilizado pelo arrendatário até o momento da opção, em que deverá aceitar e cumprir a escolha feita por este último.

5 Disposições essenciais do contrato

Apesar de não haver previsão legal específica, o contrato de *leasing*, para que assim possa ser caracterizado, deve conter algumas disposições. São elas: (a) a aquisição do bem pelo arrendador, se for o caso (arrendamento financeiro), seguida da previsão de sua utilização pelo arrendatário (para qualquer modalidade de arrendamento mercantil) mediante o pagamento periódico de uma quantia determinada; (b) a obrigação de o arrendatário conservar o bem arrendado e, dependendo da modalidade de arrendamento, a disposição a respeito dos serviços de assistência técnica ou manutenção; (c) as opções à disposição do arrendatário ao final do período contratado, consistentes na prorrogação do contrato de arrendamento, na devolução do bem ou na sua aquisição mediante o pagamento de um valor pré-estipulado; (d) a previsão do valor pelo qual será exercida a opção de compra do bem pelo arrendatário, o chamado *valor residual*; (e) a possibilidade de devolução antecipada do bem. Neste último caso, haverá também a previsão de pagamento do VRG, embora ele não possa ser considerado elemento essencial.

Vale destacar que o valor residual e o VRG não se confundem. O primeiro é o valor combinado para o exercício da opção de compra, enquanto o segundo é um elemento do equilíbrio contratual. E, justamente por terem natureza distinta, o valor residual e o VRG podem ser cobrados simultaneamente, inclusive antecipadamente, sem que haja confusão entre eles e sem que se caracterize cobrança em duplicidade.

6 Inadimplemento

O contrato de arrendamento mercantil constitui título executivo extrajudicial, se preenchidos os requisitos do art. 784 do CPC.

Se o arrendatário restar inadimplente, o arrendador estará legitimado a pleitear a rescisão contratual cumulada com sua reintegração na posse do bem. Isso porque, como a propriedade pertence ao arrendador, o inadimplemento caracteriza um esbulho; ou seja, o arrendatário deixa de exercer a posse mansa e pacífica do bem, perdendo o direito de exercê-la. Além disso, poderá pleitear o pagamento das prestações não pagas, multa, correção monetária, juros e, ainda, perdas e danos, se for o caso.

Outrossim, em caso de recuperação judicial, o arrendador não se submete aos efeitos do procedimento recuperacional, tendo em vista que ele é

o proprietário do bem e em razão do previsto no § 3.º do art. 49 da Lei 11.101/2005. Caso o bem já tenha sido retomado, o eventual saldo credor passa a ser quirografário.

Com isso, se houver o inadimplemento das prestações a ele devidas, poderá, de imediato, executá-las e requerer sua reintegração na posse do bem, sendo válido o mesmo para o caso de recuperação extrajudicial do arrendatário (art. 161, § 1.º) – salvo, é claro, se o bem arrendado for considerado como bem essencial.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

CARNEIRO, Athos Gusmão. O contrato de *leasing* financeiro e as ações revisionais. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais,* São Paulo, ano 1, v. 2., maio/ago. 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Leasing.* 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos.* 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: contratos em espécie. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

WAISBERG, Ivo. Proteção dos ativos essenciais da recuperanda. In: MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga (org.). *Aspectos polêmicos e atuais da Lei de Recuperação de Empresas.* Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016.

WAISBERG, Ivo; GORNATI, Gilberto. *Direito bancário*: contratos e operações bancárias. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

WALD, Arnoldo. Inexistência de direito líquido e certo à restituição do valor residual garantido no contrato de arrendamento mercantil: princípio da boa-fé objetiva. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 31, p. 107-139, jan./mar. 2006.

LXIX. *Franchising*

Adalberto Simão Filho

1 Antecedentes históricos – A prática comercial por meio de um sistema de *franchising,* em moldes como o instituto é hoje conhecido*,* teve origem a partir da finalização da Guerra de Secessão vivenciada nos Estados Unidos no ano de 1865 com a formação dos Estados Confederados. Neste ambiente posterior à guerra civil, comerciantes e industrias do Norte, visando expandir seus negócios com o Sul e Oeste do país, celebraram acordos diversos com congêneres destas regiões, a fim de que estes passassem a distribuir, através da venda, produtos das marcas que possuíam, numa perspectiva de aumento de canais distributivos. Ressalte-se o caso da General Motors que, no ano de 1889, iniciou o processo de expansão de sua rede de distribuição por meio do *franchising* como técnica de mercado do setor automotivo. Entretanto, o sistema nos moldes como hodiernamente é conhecido teve seu fator de crescimento com características próprias após a Segunda Guerra Mundial quando expressivo contingente de combatentes retornava aos EUA, que passavam por um crítico momento de diversos problemas socioeconômicos e fazia-se premente a colocação imediata destes soldados no mercado de trabalho, para melhor traspasse do período pós-guerra. Com esta gama de fatores, germinou a ideia da utilização do *franchising* como forma de amenizar os problemas circunstanciais viabilizando-se não só o ingresso ao comércio dos ex-combatentes, como também o aumento de canais distributivos a partir da implantação de um modelo de negócio específico e formatado que seria a imagem e semelhança da unidade que o gerou.

2 Função econômica – O sistema de *franchising* contribui para o incremento dos canais de distribuição de produtos e de serviços, proporcionando o aumento e a circulação de riquezas por meio de redes horizontais ou verticais constituídas por meio físico e/ou digital, como forma de integrar a atividade empresarial, gerando a possibilidade aos franqueadores de expansão de seus negócios, empregos especializados, contribuindo para o desenvolvimento social. Aliás, registra-se atual tendência de aplicação do modelo de franquia para o desenvolvimento de

projetos sociais e formação de uma rede social inclusiva e colaborativa de tal forma efetivada que o franqueado não só participa do projeto ativamente, intercambiando *know-how*, experiências e vivências específicas para um fim comum, como também participa da gestão total do empreendimento, por meio de Conselhos criados especificamente com esta finalidade, que passam a funcionar como órgãos de administração não de uma ou outra empresa integrante da rede, mas de um projeto inteiro de *franchising*.

3 Conceito e Legislação – *Franchising* é um sistema que visa à distribuição de produtos, mercadorias ou serviços em zona previamente delimitada, por meio de cláusula de exclusividade, materializado por contrato mercantil celebrado por pessoas, imbuídas de espírito de colaboração estrita e recíproca, pelo qual, mediante recebimento de preço inicial apenas e/ou prestações mensais pagas pelo franqueado, o franqueador lhe cederá, autorizará ou licenciará para uso comercial, propriedade incorpórea constituída de marcas, insígnias, título de estabelecimento, *know-how*, métodos de trabalho, patentes, fórmulas, prestando-lhe assistência técnica permanente. A disciplina legal foi estatuída na Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, que em seu art. 1º conceitua a franquia empresarial "*franchising*", como um sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva, de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício. Na visão sistêmica apresentada, o contrato passa a ser um instrumento da operação de franquia e elemento primário componente da denominada COF – Circular de Oferta de Franquia.

4 Regime jurídico e Natureza – O *franchising* forma-se e instrumentaliza-se por contrato, tendo-se em conta a sistematização da Lei nº 8.955/94 que o estruturou e o regulamentou no campo legal. Esse contrato é misto por se utilizar de diversos contratos nominados ou inominados para sua estruturação. Bilateral por só poder ser formado com a concorrência de outros participantes além do franqueador, que em geral são pessoas jurídicas ou físicas que se obrigam a criar pessoa jurídica com o fim de explorar o contrato firmado. Inerente a este contrato existem prestações

recíprocas a serem cumpridas pelas partes, com direitos e obrigações de ambos os lados, com o fim de se atingir o objeto do contrato consubstanciado na distribuição ou comercialização de produtos, mercadorias ou serviços. Resumindo o exposto, o *franchising* em sua natureza jurídica pode ser visto como um contrato típico, misto, bilateral, de prestações recíprocas e sucessivas com o fim de se possibilitar a distribuição, industrialização ou comercialização de produtos, mercadorias ou prestação de serviços nos moldes e forma previstos neste instrumento de adesão. Entendemos ser um contrato típico porque, muito embora a lei não seja tão completa no trato da matéria, os pontos cruciais deste sistema foram todos previstos.

5 Reflexos do sistema – Ao franqueador o sistema pode possibilitar a expansão da rede e novos mercados a baixo custo; aumento da Notoriedade da marca; grande volume de compras além de ausência de relação empregatícia. O franqueado, por sua vez, ingressa em uma rede franqueadora já testada, com a formatação já desenvolvida pelo franqueador que facilita acesso inclusive à Assistência técnica permanente. Os desafios de uma operação de franchising, referem-se a equívocos na avaliação de negócio e na gestão empresarial eventualmente cometidos pelo franqueador, com reflexos nocivos em sua rede; crise sistêmica que possa refletir no setor, indisciplina do franqueado, problemas de inadequação à operação, rentabilidade baixa e frustração de expectativas. Perda de autonomia empresarial, desamparo na insolvabilidade, entre outros temas pontuais. Urge, portanto, que, para minimizar os riscos provenientes dos desafios que envolvem esta operação, se façam observar cuidados básicos tanto na escolha da franquia e do perfil ideal de franqueado, como também no exercício de políticas voltadas para a cooperação e solidariedade empresarial, refletindo no desenvolvimento da confiança no sistema e alimentadas por regulares procedimentos de conscientização profissional e negocial, com vistas a um crescimento comum e sustentável.

6 Tipos de *franchising*. O *franchising* pode se classificar em ***Franchising* de serviços:** Franqueador idealiza serviços para serem desenvolvidos pela rede de franqueados que pretende implantar. ***Franchise* de produção:** Tipo no qual o franqueador produz todos os produtos que serão comercializados pela rede de franqueados, servindo-se de uma ou várias marcas cujo êxito já foi testado e reconhecido no comércio. ***Franchise* de distribuição:** Neste tipo, o franqueador não produz, pois seleciona com

rigor algumas empresas diversificadas para a execução e fabrico dos produtos, sob suas marcas e/ou insígnias. Aos franqueados cabe a distribuição desses produtos por meio de seus estabelecimentos, de acordo com a formatação feita pelo franqueador para a necessária homogeneização. ***Franchise* de indústria:** O franqueador, mediante contrato, ministra ao franqueado todo o cabedal (tecnologia, *know-how* e métodos) necessário para que este industrialize o produto. Por sua vez, o franqueado compromete-se a produzi-los nos termos exatos constantes do acordo firmado, para posterior comercialização, obedecendo-se à formatação existente. ***Franchising* Inclusivo:** Sistema Operacional de franquia criado para o desenvolvimento e implantação pelo sistema de rede, de projetos sociais próprios ou de terceiros, de forma individual ou em regime de colaboração com entidades de terceiro setor, com o concurso de tecnologia social apropriada, visando a inclusão social, digital ou de qualquer outra natureza. Para o franqueado prepondera a possibilidade de um envolvimento em negócio voltado para a responsabilidade social, contribuindo para a inclusão social e o desenvolvimento sustentável.

7 Formas de *franchising* – Uma operação desta natureza pode adquirir diversas formas, dentre estas: ***franchise* misto**: Franquia de produtos combinados com serviços ou indústria; ***franchise* master**: Eleição de um Master Franqueador para implementar um planejamento de franquia que pode envolver uma região ou um pais; ***franchise* corner**: Negócio empreendido no interior de *shopping* ou locais de grande movimento, em pequenos pontos *corners* instalados estrategicamente e devidamente formatados para caracterizar a homogeneização e unidade da rede; ***franchise* associativo:** Quando existe a participação recíproca do franqueador no capital do franqueado ou vice-versa; ***franchise* financeiro:** O franqueado, que detém o capital para investir, adquire pacote de *franchise* devidamente formatado com o fim único de investimento, sendo o mesmo operado por terceiros; ***franchise* multimarcas:** Franqueado é possuidor de mais de um pacote de *franchise*, da mesma rede, em pontos diversos; ***Franchise* de área (*area development franchise)***:Um franqueador contrata um franqueado para que este, por si, desenvolva os pontos de venda a serem franqueados em áreas determinadas do estado ou país***; franchise* de nova instalação**: Forma de *franchise* na qual o franqueado adquire, ou se obriga a adquirir, o local em que a atividade comercial será desenvolvida; ***franchise* de reconversão:** Franqueado já dispõe

de uma loja ou ponto comercial, operando anteriormente com outra atividade, e resolve, após a aquisição do pacote de *franchise*, convertê-la nos novos moldes requeridos pela formatação prevista; ***franchise* itinerante:** O franqueador transfere seus sistemas completos para que sejam operados através de uma unidade móvel pertencente ao franqueado; **microfranquia**. Pequenos negócios no segmento de produtos, serviços ou indústria que são franqueados, possibilitando o incremento da atividade.

8 Circular de Oferta de Franquia (COF) – Trata-se de documento essencial à uma operação de *franchising*, como previsto no art. 3º da lei. A Circular de Oferta de Franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este. O parágrafo único do art. 4º preconiza que na hipótese do não cumprimento desta regra, o franqueado poderá arguir a anulabilidade do contrato e exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, devidamente corrigidas pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos. A Circular de Oferta de Franquia, na realidade, é o elemento mais expressivo da relação existente entre as partes, resultando, em termos obrigacionais, mais forte até do que o próprio contrato. Este fator se deve à visão sistêmica do legislador acerca do instituto de franchising onde o contrato é mero integrante da Circular de Oferta. O conteúdo da Circular que deve ser escrita em linguagem clara e acessível pode ser classificado nos seguintes termos: Informes Societários; Informes Contábeis; Informes Financeiros; Informes Judiciais e Informes Negociais. Cada qual destes itens pode ser verificado com minucias a partir da lei.

9 Relação obrigacional – O instrumento a ser firmado pelos parceiros deverá prever de forma clara os direitos e obrigações dos contratantes. O contrato possuirá cunho obrigacional que incentive o franqueador a um crescimento, no sentido de melhorar não só os produtos ofertados, como também viabilizar a distribuição de novos produtos ou serviços, realizando permanente esforço promocional e publicitário para a melhoria das vendas e de relações das marcas com o público. Deve, também, oferecer ao franqueado todos os produtos de sua linha, observando que as reposições sejam sempre realizadas nos prazos contratuais, além de

cumprir com sua parte de obrigações prevista em contrato ou no manual operativo; deve prestar toda e qualquer assistência técnica, financeira, contábil ou outra a que se tenha obrigado, bem como outorgar os necessários direitos de uso da propriedade industrial e intelectual, consistente em marcas, emblemas, patentes, *know-how* etc. que da avença façam parte, respeitando os limites territoriais garantidos ao franqueado. Por sua vez, o franqueado deverá obrigar-se aos pagamentos previstos no instrumento e operar o pacote adquirido nos moldes assinalados, de maneira tal que a imagem da marca que ostenta seja sempre respeitada, silenciando quanto aos segredos que lhe foram transmitidos em função do negócio e comunicando ao franqueador todo e qualquer fato ocorrido no curso do comércio que possa comprometer a marca ou a evolução das vendas. Para que estas disposições sejam cumpridas, deve o contrato conter os dispositivos necessários inerentes a cada uma delas, em caráter explícito e minucioso. Outrossim, algumas cláusulas necessárias para a boa operação do franchising são: Prazo, preço, tipos de prestação. *Initial franchise fee* (pagamento inicial), pagamento sobre vendas, pagamentos a títulos diversos. Cessões ou compartilhamento de uso, *Know-how,* Marcas, Patente, Métodos e sistemas. Exclusividade, Cláusula de territorialidade, Exclusividade de provisionamento, cláusulas rescisórias, clausulas relativas à solução ética de conflito como automediação, mediação, arbitragem.

10 Conclusão – A sociedade contemporânea que avança em ambiente informacional com claros impactos advindos das bases tecnológicas, gera reflexos no desenvolvimento da própria atividade empresarial onde cada vez mais se pretende que traços de eticidade, solidarismo, colaboração e cooperação possam estar presentes. Neste contexto a atuação empresarial e os modelos de criação de redes de distribuição de serviços e de produtos pelos sistema de franchising, podem sofrer adaptação com vistas a açambarcar uma operação que reflita o desejo de mudança e a necessidade de transformação sem que se percam as características originárias. O *franchising* inclusivo voltado para o desenvolvimento e a replicação de projetos sociais que possam atender a determinadas coletividades pode instrumentalizar este ideal a partir da criação, implantação e consolidação de uma rede social de franqueados que gere a inclusão social, digital ou de qualquer natureza esperada.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising* – estratégias e gestão. Forense: Rio de Janeiro, 2003.

BARROSO, Luiz Felizardo. *Franquia público-social*: a franquia cidadã dos entes públicos. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

CRETELLA NETO, José. *Manual jurídico do franchising*. Atlas: São Paulo, 2003.

CRUZ, Glória Cardoso de Almeida. *Franchising.* Forense: São Paulo, 1992.

FERNANDES, Lina. *Do contrato de franquia***.** Del Rey:Belo Horizonte, 2000.

KLEIDERMACHER, Jaime L. *Franchising* – aspectos econômicos y jurídicos. 2. ed. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 2000.

SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising* – aspectos jurídicos e contratuais. 2. ed. Atlas: São Paulo, 1997.

LXX. A faturização (*factoring*)

Miguel Pestana de Vasconcelos

1 Noção

Definimos a faturização[1–2] ou *factoring* como:

> o contrato pelo qual uma das parte (o facturizado) cede ou se obriga a ceder a totalidade ou parte dos seus créditos comerciais de curto prazo decorrentes dos contratos já celebrados ou a celebrar com certos terceiros (alguns ou mesmo a totalidade dos clientes do cedente), para que este último os administre e cobre na data do seu vencimento e, eventualmente, nos termos fixados nesse negócio, lhe conceda adiantamentos calculados sobre o valor nominal desses créditos e/ou, também, garanta o cumprimento ou a solvência dos devedores cedidos.[3]

2 Objeto de transmissão

Objeto da transação são créditos pecuniários vincendos decorrentes de contratos de venda ou de prestação de serviço. Podem também ser objeto do *factoring*, créditos simples, ou créditos titulados. Este último é o caso mais comum no Brasil, onde se recorre duplicatas (regidas pela Lei n.º 5.474, de 18 de julho de 1968) e cheques (pré datados)[4]. Na Europa, porém, e nos Estados Unidos, objeto do contrato são créditos não titula-

[1] O recurso ao termo faturização para traduz *factoring* para língua portuguesa é da autoria da doutrina brasileira. Foi uma escolha feliz, como referi no meu trabalho – M. Pestana de Vasconcelos, *Dos contratos de cessão financeira (factoring),* Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 43, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 1999, p. 19, nota 6. O legislador português traduziu por cessão financeira (art. 2.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 171/95, de 18/7), mas acaba por utilizar concomitantemente o termo *factoring*. A tradução não foi a melhor, como tive ocasião de referir. Na prática, recorre-se sempre ao vocábulo *factoring*, sendo este vocábulo utilizado a generalidade dos ordenamentos jurídicos, exceto em França, onde se denomina *affacturage*, e na Argentina, que consagrou no novo Código Civil a designação *factoraje*.

[2] A obra de referência sobre esta matéria no Brasil é: Newton De Lucca. *A faturização no direito brasileiro*, Revista dos Tribunais: São Paulo, 1986 (vencedor do prémio Tullio Ascarelli).

[3] M. Pestana de Vasconcelos*, Direito bancário*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, pp. 243-244.

[4] Salomão Neto, *Direito bancário*, 2.ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 507.

dos. As regras da transmissão destes direitos decorrem da lei que rege as letras de câmbio, das duplicatas e cheques (pré datados), se forem créditos titulados, ou do regime do Código civil relativo à cessão de créditos. Isto é: os títulos são endossados ao factor, e se forem créditos ordinários, no sentido de não titulados, são transferidos nos termos do regime da cessão de créditos.

3 Partes do contrato

I. O contrato – em rigor são diversos contratos, como se verá de seguida – é celebrado entre um titular de uma empresa e um ente financeiro, uma sociedade de factoring ou um banco. Com efeito, na generalidade dos ordenamentos jurídicos, o *factoring* é uma atividade que são pode ser praticada por entes que compõem o sistema financeiro, instituições de crédito (quase sempre, bancos) ou sociedades financeiras. E, como tal, sujeitas à regulação e supervisão do banco central.

Uma característica do *factoring* brasileiro é a de que o factor não tem que ser um ente integrado no sistema financeiro, e sujeito por isso a regras mais estritas.

Embora seja este o regime atual, ele não deixa de ser justamente criticado por Newton De Lucca e Renata Mota Maciel Dezem[5]. Entendem estes autores que tão só no

> *maturity factoring* na qual existiria tão-somente a gestão dos créditos sem a assunção do risco por parte da empresa dos créditos sem a assunção do risco por parte da empresa faturizadora, estaria inteiramente à margem das operações próprias do Sistema Financeiro Nacional.[6]

II. A contraparte do factor, o facturizado é o titular de uma empresa, em regra comerciante, que vende ou presta serviços a pronto, mas só obtém o pagamento da coisa vendida ou do serviço prestado decorrido um determinado período de tempo, o chamado crédito comercial: 30, 60, 90 dias. É o facto de ter concedido este crédito comercial de curto prazo

[5] Newton De Lucca/Renata M. M. Dezem. Factoring: problemas atuais. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 15, n. 1, jan./jun. 2016, p. 167.

[6] Consequentemente, sustentam estes Autores (*ob. cit*., p. 167) que: "as empresas que praticam tais operações deveriam ser consideradas instituições financeiras e, em vista disso, dependentes de prévia autorização do Banco Central do Brasil, sem a qual estariam sujeitas às penalidades previstas na Lei Bancária (Lei 4.595)."

que lhe gera dificuldades de tesouraria, que são colmatadas pelo recurso ao crédito que o factor lhe concede.

4 As funções

São quatro as funções económico-sociais do *factoring*: concessão de crédito, garantia do cumprimento, administração e cobrança de créditos e consultadoria comercial. As mais relevantes são das duas primeiras. Vejamos cada uma delas de forma breve, como aqui se impõe

O factoring desempenha um importante papel de concessão de crédito de curto prazo ao facturizado. Na verdade, as empresas na venda e na prestação de serviços concedem, em regra, aos seus devedores um prazo para o pagamento do preço (30, 60, 90 dias). Essa dilação temporal coloca aos credores dificuldades de tesouraria, impondo-lhes, na falta de meios próprios, o recurso ao crédito nesse período de tempo. Este é obtido também através dos adiantamentos prestados pelo factor, calculados sobre o valor nominal do crédito cedido. Em contrapartida do crédito concedido, o facturizado paga juros, que em regra se integram logo na diferença de valor do adiantamento relativamente ao valor nominal do crédito cedido.

Um dos riscos mais relevantes que um titular de uma empresa corre é o do incumprimento ou mesmo da falência do devedor. O factor poderá garantir o cumprimento ou a solvência do devedor cedido, colocando-o, na medida do conteúdo da própria garantia, a salvo do incumprimento ou da falência da outra parte. Neste aspeto, e do prisma estritamente funcional, aproxima-se bastante do seguro de crédito. Como contrapartida deste serviço, que consiste em rigor na prestação de uma garantia, o cliente paga uma comissão: a comissão de garantia.

Sendo cedido o crédito, o seu titular passa a ser a empresa de factoring, que nessa medida, o passa a gerir e cobrar junto do devedor cedido (o cliente do facturizado). Por esse serviço, recebe uma comissão, denominada comissão de cobrança. Esta função está presente na generalidade dos contratos, só sendo excluída do *non notification factoring*, em que o crédito é cobrado em nome próprio pelo facturizado.

Por último, existe igualmente uma função de consultadoria comercial. De facto, o factor informa os facturizados sobre a capacidade económico-financeira das suas potenciais contrapartes negociais.

III. O conjunto complexo de funções que integram esta figura é concretizado em cada contrato de *factoring*, e, dentro deste, depois, em cada cessão de crédito (*rectius*, negócio de segundo grau de *factoring*, como se verá). Variam assim com os contratos de *factoring* individualmente concluídos, articulando-se em configurações diversas de acordo com os interesses das partes.

5 Modalidades de *factoring*

I. O *factoring* pode ser interno ou internacional. Neste último caso, o crédito cedido nasce de um contrato de compra e venda internacional entre um exportador e um importador, enquanto na primeira hipótese o contato é meramente interno. No *factoring* internacional, em regra, atuam dois factos. O do Estado do exportador, e o do Estado do importador. O crédito decorrente da exportação é o primeiro cedido ao factor do exportador que depois o cede ao factor do estado do importador, sendo esse ente que o irá cobrar. O *factoring* internacional está em parte – somente em determinados aspetos da cessão de créditos – regulado na convenção Unidroit sobre o *factoring* celebrada em Otava em 1988 (e, por isso, denominada convenção de Otava). Esta convenção teve um razoável sucesso, tendo sido ratificada, de entre outros, pela França, a Alemanha e a Itália (embora não o tenha sido pelo Brasil, nem por Portugal). O que significa que sempre que for a lei destes Estados a reger a cessão de créditos, se aplica a convenção[7].

II. No *factoring*, o factor pode ter direito de regresso, ou o contrato ser celebrado sem direito de regresso para o factor. No primeiro caso, se o devedor cedido (o cliente do faturizado) não cumprir, ou for declarado falido, o credito deverá ser retrocedido ao faturizado (isto é: factor retransmite ao faturizado o crédito que este lhe havia cedido), ou o título deve ser reendossado ao cliente do factor. A existência de regresso implica que o factor não corre o risco do incumprimento ou da falência do devedor.

O *factoring* apresenta ainda a modalidade de *conventional factoring* e *de maturity factoring*. No primeiro caso o factor adianta parte do valor

[7] Ver sobre esta matéria, ver M. Pestana de Vasconcelos. O contrato de cessão financeira ou factoring no comércio internacional, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Faculdade de Economia da Universidade do Porto/Faculdade de Direito da Universidade do Porto (org.), Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 403, ss..

nominal do crédito cedido (o adiantamento); na segunda hipótese, há simplesmente uma cobrança pelo factor, do crédito que lhe foi cedido ou endossado, na data do seu vencimento. O faturizado paga uma comissão por esse serviço de cobrança.

O *factoring* pode ser notificado, ou não notificado (*non notification factoring*), quando a transmissão do direito não for notificada ao devedor cedido.

6 A atipicidade legal do contrato

Na generalidade dos ordenamentos jurídicos, o *factoring* é um contrato atípico legalmente[8], o que significa que não existe para ele uma disciplina própria estabelecida na lei. No Brasil existe somente uma noção deste contrato para efeitos fiscais (15, § 1º. III, "d", da Lei n. 9.249/95.): "a prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços". Mas inexiste um regime legal específico para o contrato.

Todavia, legalmente atípico o contrato é socialmente típico, atendendo à uniformidade dos modelos contratuais que os factores disponibilizam aos seus clientes (é um contato de adesão).

7 A estrutura: contrato-quadro e contratos de segundo grau de cessão dos créditos

A estrutura do *factoring*, exceto quando ele tiver por objeto créditos futuros, é dualista ou bifásica[9]. Na verdade, temos o contrato inicial, denominado contrato de *factoring*, seguido por um conjunto sucessivo de outros contratos entre as partes pelos quais os créditos são cedidos (a que se junta o negócio cambiário do endosso, se forem títulos cambiários). Com efeito para a cessão de cada crédito é necessário um contrato.

O primeiro consiste num contrato-quadro, do qual decorrem para as partes, factor e facturizado, o dever de celebram os contratos dos quais de-

[8] Orlando Gomes. *Contratos*, 26. ed (coordenador Evaldo de Brito), atualizado por António Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 580.

[9] Ver M. Pestana de Vasconcelos. *Dos contratos de cessão financeira (factoring),* cit., pp. 150, ss..

corre a cessão de créditos (acompanhados pela convenção executiva que dá lugar ao endosso, negócio cambiário).

Estes últimos são o que denomino como contratos de segundo grau. Com efeito, a cessão de crédito tem sempre um contrato base e esse é o contrato de segundo grau de *factoring*. Quanto maior o volume de cessões, maior o número destes contratos celebrados entre as partes.

8 A natureza dos contratos

É amplamente discutida a natureza destes contratos de segundo grau: compra e venda, mútuo, mandato, negócio de garantia[10]. Essa discussão não se pode fazer aqui. Diremos só o seguinte. A qualificação dos contratos depende do seu regime e não do *nomen irius* que as partes lhes dão. A existência do direito de regresso altera necessariamente a natureza jurídica do contrato. Nestes casos, não pode ser considerada uma compra e venda de um direito, porque na compra e venda a troca é definitiva. Importa, por fim, verificar como se calcula a diferença entre o momento que o factor paga ao facturizado e o valor nominal do crédito. Se aí forem incluídos juros, estaremos, para essa cessão de créditos, em particular se o crédito for cedido com recurso, perante um mútuo. É, nesta configuração (cessão de crédito ou endosso com direito de regresso), um negócio semelhante ao desconto.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

COELHO, Fábio Ulhoa**.** *Curso de direito comercial, vol. 3, direito da empresa.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143.

DE LUCCA, Newton. *A faturização no direito brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DE LUCCA, Newton/ DEZEM, Renata Mota Maciel - Factoring: problemas atuais, *Prisma Jur.*, São Paulo, v. 15, n. 1, jan./jun. 2016, p. 153.

DIREITO BANCÁRIO. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

GOMES, Orlando. *Contratos*, 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 580.

NETO, Eduardo Salomão. *Direito bancário*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 506.

[10] Ver desenvolvidamente sobre esta matéria, M. Pestana de Vasconcelos. *Dos contratos de cessão financeira (factoring),* cit., pp. 355, ss..

O CONTRATO DE "FACTORING". *In*: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). Novos contratos empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 115.

O CONTRATO DE CESSÃO FINANCEIRA OU FACTORING NO COMÉRCIO INTERNACIONAL. *In*: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria, Faculdade de Economia da Universidade do Porto/Faculdade de Direito da Universidade do Porto (org.), Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 403.

VASCONCELOS, Miguel Pestana de. Dos contratos de cessão financeira (*factoring*). *Boletim da Faculdade de Direito*, Studia Iuridica 43, Universidade de Coimbra/ Coimbra Editora, 1999.

LXXI. Contrato de seguro

Ernesto Tzirulnik

O contrato de seguro é aquele em que uma parte, mediante o crédito de um *prêmio* (preço), se obriga a *garantir* o (s) titular (es) do (s) *interesse* (s) *legítimo* (s) assegurado (s) contra as necessidades econômicas surgidas em caso de se materializar (em) *risco* (s) *predeterminado* (s) no contrato. O devedor da garantia é o *segurador*. O credor da garantia, devedor do prêmio, é o *segurado* (CCB, art. 757). O segurado pode ou não ser aquele que celebra (contrata, estipula, toma) o contrato com o segurador. Denominam-se *beneficiários* determinados segurados não estipulantes.

Empresarialidade. Entre os inúmeros contratos nominados disciplinados pelo Código Comercial (seguros marítimos) e pelo Código Civil (seguros terrestres de vida e dano), o contrato de seguro tem a nota particular da *empresarialidade*. O próprio legislador põe a relevo a necessidade de uma das suas partes, o segurador, ser uma empresa organizada e autorizada pelo Estado para o fim específico de exercer a atividade econômica seguradora (CCB, par. único doart. 757). Essa característica exclusiva dos contratos de seguro decorre da grande massa de unidades econômicas que necessitam ser reunidas para que o seguro possa de fato exercer sua principal função: a prestação de garantia. O seguro não é possível conceber apenas na relação entre duas partes, pois seria aposta desastrosa para uma delas. Para que exista seguro, a viabilizar a garantia que se persegue, é necessária uma massa de negócios. Mediante cálculos atuariais, experiência estatística ou mesmo juízo de experiência empresarial, o segurador fixa uma taxa para calcular o prêmio que cada membro da grande coletividade de sujeitos expostos a riscos homogêneos (incêndios residenciais, incêndios industriais, acidentes automobilísticos, morte, invalidez, infidelidades etc.) deverá pagar para a formação de um monte financeiro capaz de prover garantia e, em caso de ocorrência do sinistro, prestar o capital ou a indenização àqueles titulares de interesses assegurados que sofreram os sinistros. Quanto maior a massa, menor o custo individual e maior a estabilidade da atividade. Para essa estabili-

dade coadjuvam duas outras técnicas: as *provisões* e *reservas,* que servirão para garantir a solvabilidade da atividade empresarial seguradora e o pagamento de cada sinistro, e o *resseguro*, que consiste em uma espécie de seguro que o segurador contrata com o ressegurador, outro empresário de tipo especial, igualmente autorizado de forma especial para o exercício de seu negócio, para garantir os riscos do exercício da atividade seguradora contra desvios atuariais, catástrofes etc.

Comutatividade. A doutrina especializada discute sobre ser *aleatório* ou *comutativo* o seguro. Todos os autores concordam que a operação seguradora é comutativa. As divergências surgem sobre se essa comutação se dá também em cada um dos contratos individualmente considerados. No Brasil, atualmente, predomina o entendimento de que é um contrato comutativo. O que o segurador atribui ao segurado quando celebra um contrato de seguro é a garantia de proteção do seu interesse legítimo submetido a risco. Não se obriga o segurador a prestar uma indenização (seguros de danos) ou um capital (seguros de vida e integridade física). Este dever, que somente surge em caso de sinistro, decorre da atribuição de garantia que em todo seguro é considerada elemento essencial, desde a conclusão do contrato. O sinistro pode inclusive não acontecer e mesmo assim a garantia terá sido prestada desde o momento da formação do contrato. O segurador que não se provisiona ou estrutura técnica e economicamente para satisfazer as necessidades econômicas dos seus segurados, nos termos dos contratos que celebrar, está inadimplente em relação a cada contrato que celebra.

Legítimo interesse. O interesse é *requisito de eficácia* do negócio securitário. Pode ser celebrado o contrato sem o interesse atual, mas ele deve ser *possível*. Se impossível o surgimento do interesse sob risco após a contratação, o seguro é inválido.[1] A legitimidade é *requisito de validade*, pois se o interesse for ilegítimo é *nulo* o seguro. É legítimo todo interesse que não atenta contra a ordem pública e o direito. O cometimento intencional do sinistro ou sua facilitação dolosa é caso típico de falta de interesse legítimo, pois o quem destrói ou desdenha um bem da vida não tem interesse nesse bem. O interesse em contratar seguro para o caso de terceiro sofrer prejuízo ou para cometer um crime (seguro de transporte de contrabando) não é assegurável, mas é assegurável

[1] CCB, Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto.

o interesse na proteção patrimonial voltada a viabilizar a defesa contra esse tipo de imputação, pois é um interesse legítimo o direito à defesa. O que se assegura não é a vida ou a pessoa, nem a coisa, nem o direito em si considerados. O que se protege por meio do contrato de seguro é a consequência econômica negativa que a realização de um risco causa para o legítimo interesse do segurado com relação ao bem da vida contemplado no contrato. Se o dano não prejudica a relação econômica entre o segurado e o bem da vida sobre cujo interesse recaiu o seguro, não há indenização. Se o risco que se realiza não danifica a coisa segura em si, mas a torna inútil para o segurado, a indenização do prejuízo sofrido será devida. Identifica-se o segurado pela titularidade do interesse. Se o segurado não for identificado quando as partes celebraram o seguro, basta verificar quem é o titular do interesse assegurado. Os beneficiários são segurados, mesmo no caso de seguros de vida, pois têm interesse na instituição feita em seu proveito. Por isso se diz que mesmo certos seguros tidos por seguros de vida, mas que se destinam a garantir os interesses de crédito de terceiros, os chamados seguros prestamistas, na verdade são seguros de crédito porque é este o interesse predominante *objeto* ou *causa* do seguro. O seguro de um tipo de interesse, exemplo o lucro cessante, cobre todo o lucro cessante, exceto aquele excluído, limitado ou claramente fora da delimitação contratada. Os terceiros prejudicados, no seguro de responsabilidade civil, também são credores da garantia (CCB, art. 787), com pretensão direta contra a seguradora do responsável. Nessa relação, quando for necessária a discussão da culpa, o segurado é litisconsorte passivo[2], exigência que não faz sentido nos casos de responsabilidade civil objetiva ou quando já foi reconhecida sua responsabilidade por confissão ou condenação. O dolo de um cointeressado não prejudica o direito dos demais à garantia e ao recebimento da indenização em caso de sinistro. O seguro não pode ser feito por valor superior ao do interesse, no momento da contratação do seguro (CCB, art. 778). Feito por valor inferior, também tomando-se em conta o momento da celebração – e não o do sinistro, como tem-se tornado prática (má) para a comparação –, haverá *subseguro* ou *infrasseguro* e, não se tratando de seguro cujo ajustamento do prêmio possa ser feito no final

[2] Súmula 529/STJ: No seguro de responsabilidade civil facultativo, não cabe o ajuizamento de ação pelo terceiro prejudicado direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano.

da vigência do contrato, será aplicado o *rateio proporcional*, em caso de perdas parciais, na forma prevista no contrato (CCB, art. 783). No seguro a *primeiro risco absoluto* não há rateio, mesmo quando o sinistro for parcial. Os interesses depreciam-se e essa depreciação pode ser deduzida para o cálculo da indenização, sempre levando em conta que a depreciação do bem não equivale à depreciação do interesse, existindo bens com valores residuais ínfimos que refletem utilidades de valores muito superiores para os fins econômicos do seu titular. Importa para o seguro a *depreciação funcional*.

Risco. Risco é a possibilidade de ocorrência prejudicial ao interesse. Se não houver risco para o interesse atual ou futuro possível, o seguro é inválido. Se o sinistro já ocorreu, e por essa razão o risco desapareceu, ainda assim é possível ser válido o seguro se nenhuma das partes teve conhecimento da ocorrência: o *risco putativo*. Em regra, o seguro cobre toda a classe de risco a que se refere (o *predeterminado*), exceto os riscos particulares que tenham sido validamente excluídos. O seguro de incêndio, por exemplo, cobre todos os tipos de incêndio, por quaisquer causas, salvo os expressa e claramente excluídos. Diz-se que o risco é o infortúnio, o acidental, mas isso representa apenas alguns tipos de risco, pois o risco do seguro é jurídico e pode ser um fato qualquer que assim se pactue, mesmo que se trate de *evento positivo e desejado* como o nascimento de um filho, o início de determinada fase escolar ou a tacada perfeita do golfe. *Agravamento do risco* é a modificação da situação conhecida pelas partes quando da celebração do contrato que leve ao aumento não circunstancial do potencial danoso do risco. Ao tomar conhecimento do agravamento, por qualquer meio, o segurador deve comunicar aos interessados, com a devida motivação, o aumento do prêmio ou, se impossível tecnicamente a continuidade do seguro, a decisão de resolução. Chama-se *agravamento voluntário do risco* a conduta dolosa do segurado que conduz à realização do sinistro, caso em que a garantia perde toda sua eficácia e o contrato é anulado (CCB, art. 768).

Prêmio. Prêmio é o preço do seguro. Não é preço aleatório. A taxa a ser aplicada para o cálculo do prêmio do seguro, para a saúde da atividade seguradora, é obtida mediante o uso de cálculos atuariais e estatísticas, embora nos seguros de danos, principalmente, seja muito comum o arbítrio por parte do subscritor de riscos do segurador, com base na sua experiência, nas políticas concorrenciais etc. Os prêmios podem ser *fi-*

xos ou *flutuantes*, os primeiros predeterminados quando da celebração do contrato e os segundos mediante ajustamentos ao longo da vigência do contrato. Os seguros costumam ser divididos em seguros de *grandes riscos* e seguros de *massa*, mas essas expressões são leigas e o que é de vulto ou de massa é o tipo de bem da vida sobre o qual recai o interesse segurado. Como, teoricamente, o prêmio deve corresponder ao risco, se houver relevante aumento do risco, o segurador poderá pedir o pagamento de prêmio adicional (CCB, art. 769, § 1º) e, se houver relevante redução do risco, o segurador deve restituir parte do prêmio que recebeu (CCB, art. 770). O prêmio não entra para o ativo da seguradora como o preço das mercadorias em geral vai para o ativo dos vendedores; ele deve ser provisionado para a prestação da garantia e, conforme a experiência de sinistros, é paulatinamente convolado em ativo.[3] Sua dívida é *querable*, isto é, deve ser pago no domicílio do devedor. A mora, uma vez constituída mediante notificação feita pelo segurador ao devedor, com o conhecimento do segurado, caso pessoas distintas, suspende a garantia e pode determinar a resolução do contrato (CCB, art. 763; Súmula 616/STJ).

Apólice. O contrato de seguro é um contrato *meramente consensual*, *por adesão*. As apólices são documentos probatórios não exclusivos do contrato de seguro, mas não os únicos (CCB, art. 758). Seus conteúdos são essencialmente padronizados pelos seguradores, muitas vezes submetidos a padrões exigidos pelos resseguradores, sendo marginais e meramente indicativos os padrões anexos a normas administrativas expedidas pela Superintendência de Seguros Privados. Também são documentos probatórios de autoria do segurador as cobranças de prêmios. As propostas recebidas pelas seguradoras que não tenham sido expressamente recusadas no prazo de até 15 dias são consideradas aceitas, aperfeiçoando-se o contrato pelo silêncio (Circular SUSEP nº 251/2004, art. 2º). É comum apólices serem expedidas após o início de vigência do seguro. As apólices contêm *Condições Gerais* do ramo, *Condições Especiais* da modalidade, que prevalecem sobre as gerais, e *Condições Particulares*, que sobrepujam as gerais e as especiais.

Regulação e liquidação do sinistro. Conhecida a ocorrência do sinistro, o interessado tem o ônus de comunicá-lo para a seguradora, a fim de que esta possa empregar sua expertise para tomar providências e dar

[3] Resolução CNSP nº 321/15 e Circular SUSEP nº 517/15.

orientações destinadas a atenuar os prejuízos. A ausência de aviso tempestivo poderá levar à perda do direito à contraprestação indenizatória, caso prejudique interesses da seguradora, no mínimo devendo ser diminuída a indenização dos valores desses prejuízos. Com o aviso de sinistro a seguradora inicia a prestação dos serviços de regulação e liquidação do sinistro. Por meio de seus quadros ou de terceiros subcontratados, reguladores e peritos especializados, ela investigará as causas e as consequências do sinistro para dizer a respeito da existência e da grandeza da contraprestação devida ao segurado ou terceiros beneficiários, que são os credores dessa prestação de serviços que, por si, não obriga a seguradora ao reconhecimento da cobertura. Os relatórios preliminares e definitivos feitos pelos peritos e pelos reguladores são documentos do comum interesse das partes.[4] A seguradora, com base nas apurações, deve constituir e atualizar as provisões pelo sinistro liquidando, assim como, conhecendo verbas devidas, adiantar ao término de todo o procedimento os pagamentos parciais. Sempre que houver pagamento indevido, a seguradora terá direito à repetição do indébito. Ao negar em parte ou no todo a cobertura para o sinistro, a seguradora deve fazê-lo motivadamente, sendo-lhe vedado inovar os fundamentos da recusa salvo se diante de fatos que conheceu após a negativa.

Prescrição. O prazo de prescrição das pretensões entre segurado e segurador é de um ano (CCB, art. 206, § 1º, II). Via de regra, salvo nos seguros de responsabilidade civil, que têm regime diverso, o termo inicial do prazo é "a ciência do fato gerador da pretensão" (CCB, art. 206, § 1º, II, "b"). O fato gerador da pretensão não pode ser a ocorrência do evento em si, mas sim a violação do direito por parte do segurador, interpretação consentânea com a regra do art. 189 do CCB.[1] Ciente do evento possivelmente caracterizável como sinistro, o segurado tem o ônus de comunicá-lo ao segurador, para que este preste o serviço de regulação do sinistro e apure, o quanto antes, a existência e a grandeza da dívida decorrente da garantia do seguro. A pretensão do segurado, por sua vez, só nasce com o encerramento do processo de regulação, salvo a decorrente de demora excessiva ou falta de constituição de provisões para o sinistro. Logo, o prazo para o exercício da pretensão do segurado (declaratória, constitutiva ou condenatória) só deve começar a fluir

[4] TJSP, 1ª Câmara de Dir. Privado, AI 596.788-4/2-00, Des. De Santi Ribeiro, j. 07.04.2009; TJSP, 9ª Câmara de Dir. Privado, AI 2117804-67.2014.8.26.0000, Des. Alexandre Lazzarini, j. 16.09.2014.

da ciência da recusa de cobertura (ou indenização) pela seguradora. Há, contudo, entendimento ainda no sentido de que o prazo de prescrição começa a contar do evento, suspende-se com o aviso de sinistro e volta a correr, de onde parou, da negativa dada pela seguradora. Esse entendimento consta da antiga Súmula nº 229 do STJ, editada no regime do Código Civil de 1916, a merecer urgente atualização.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Agravamento do risco – conceitos e limites. *Anais...* VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho. São Paulo: Roncarati, 2018.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Teoria do interesse, Engineering e o dano físico no seguro de danos. *Anais...* VI Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho. IBDS, 2015.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *O contrato de seguro e a regulação do sinistro*. Disponível em: http://www.ibds.com.br/artigos/OContratodeSeguroeaRegulacaodoSinistro.pdf.

ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ASCARELLI, Tulio. O conceito unitario do contrato de seguro. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 36, n. 3, p. 388-437. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65945

ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962.

BRAGA, Francisco de Assis. *Contrato de seguro: a técnica, do risco ao sinistro*. São Paulo: EMTS, 2004.

DONATI, Antigono; VOLPE PUTZOLU, Giovanna. *Manuale di diritto delle assicurazioni*. 10.ed. Milano: Giuffrè, 2012.

HALPERIN, Isaac; BARBATO, Nicolas Hector. *Seguros:* exposición crítica de las leyes 17.418, 20.091 y 22.400. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003.

MARTINS, Maria Inês de Oliveira. *Contrato de seguro e conduta dos sujeitos ligados ao risco.* Coimbra: Almedina, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de seguro e contrato de resseguro. Sinistro complexo e cláusula de interdependência. Defeito no fornecimento. Interpretação contratual**.** A prática ("usos individuais") e as relações interempresariais. Comportamento posterior das partes. Comportamento deslealmente contraditório e proteção da confiança legítima. Prescrição e pretensão de direito material. *Revista dos Tribunais*. n. 948, São Paulo: RT, outubro, 2014.

MELO, Gustavo de Medeiros. *Ação direta da vítima no seguro de responsabilidade civil*. São Paulo: Contracorrente, 2016.

PETERSEN, Luiza Moreira. *O risco no contrato de seguro*. São Paulo: Roncarati, 2018.

PIZA, Paulo Luiz de Toledo. *Contrato de resseguro:* tipologia, formação e direito internacional. São Paulo: IBDS; EMTS, 2002.

REGO, Margarida Lima. *Contrato de seguro e terceiros: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra, 2010.

STIGLITZ, Rubén S. *Derecho de seguros*. 4. ed. Buenos Aires: La Ley, 2004. Tomo 1

TZIRULNIK, Ernesto. *O contrato de seguro de acordo com o novo Código Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Roncarati, 2016.

TZIRULNIK, Ernesto. *Seguro de riscos de engenharia:* instrumento de desenvolvimento. São Paulo: Roncarati, 2015.

LXXII. Contrato de locação comercial

Maria Rita Rebello Pinho Dias

1 Introdução

O termo "locação", no antigo Código Civil de 1916, abrangia três modalidades, com base em tradição oriunda do direito romano: coisas, serviços e empreitadas. Ao longo do século XX, contudo, em razão da consolidação do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), observou-se cada vez mais a superação dos paradigmas da estrita autonomia da vontade e da não intervenção estatal, características do Estado Liberal, por progressiva intervenção nas relações privadas. Como consequência, houve progressiva alteração dessa disciplina[1].

Legislações protetivas, objetivando assegurar relações assimétricas oriundas de déficit de moradias em decorrência do processo de industrialização, com normas de direito público, cogentes, alteraram substancialmente a disciplina da locação de prédios urbanos, conforme se verifica no Decreto nº 24.150/34, Lei nº 1.300/50, Lei nº 4.494/64, Lei nº 5.444/67, Lei nº 6.649/79, revogadas pela Lei nº 8.245/91 (Lei do Inquilinato) e suas alterações posteriores (Leis nº 10.931/04, 11.196/05, 12.112/09 e 12.744/12).

A locação de imóveis rurais e seu arrendamento e parcerias agrícolas passaram a ser disciplinados pela Lei nº 4.504/64 (Estatuto da Terra).

No tocante à locação de serviços, a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 6.452/43) excluiu as relações de trabalho da disciplina do direito civil.

O Código Civil de 2002 manteve o termo "locação" exclusivamente quando se refere às coisas. Para obras e serviços utilizou a terminologia, respetivamente, de empreitada (arts. 610 a 626, Código Civil – CC) e de prestação de serviços (arts. 593 a 609, CC), este último residual em face da legislação trabalhista (art. 593, CC).

O contrato de locação de coisas é disciplinado pelos artigos 565 a 578 do Código Civil, sendo definido como sendo aquele contrato em que *"(...)*

[1] FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – vol. 4, p. 1027/1029.

uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.",

São características, do contrato de locação de coisas, portanto: (i) **cessão de uso e gozo**; (ii) coisa **infungível**; (iii) **retribuição (aluguel)** e (iv) **temporariedade** (prazo, determinado ou não)[2]. Trata-se de contrato bilateral, oneroso, comutativo, consensual, não solene (pode adotar a forma verbal) e de execução periódica.

Na locação há desdobramento da posse da coisa locada, de modo que o seu proprietário, o locador, cede o seu uso e gozo ao locatário, transferindo-lhe o poder de fato sobre a coisa. Persiste com o locador a posse indireta da coisa, havendo coexistência pacífica dessas posses (*posses paralelas*). A dimensão da posse direta cedida será definida pela autonomia privada das partes[3]. É possível que o locador não seja, necessariamente, o proprietário, mas sim titular de direito real ou obrigacional em decorrência do qual possa ceder a posse direta a terceiros.

2 Locação Comercial

A locação comercial é disciplinada pela Lei nº 8.245/91 (Lei do Inquilinato – LI) e posteriores alterações, sendo que, por força expressa do art. 2.036 do CC, a referida legislação continua integralmente aplicável para disciplinar a locação de prédios urbanos. Por se tratar de lei especial, prepondera sobre disposições do Código Civil que lhe forem conflitantes, ressaltando-se a aplicação subsidiária deste último, por força do disposto no art. 79 da LI.

Os artigos 51 a 59 da LI disciplinam as locações não residenciais, ou seja, a locação de imóveis destinados ao comércio, para o desenvolvimento da empresa. A proteção conferida pelo legislador ao locatário, nessas hipóteses de contratação, justifica-se especialmente em atenção ao ponto comercial por ele desenvolvido.

O ponto comercial se refere ao local onde a atividade empresarial é exercida pelo empresário ou pela sociedade empresária, sendo o fruto do seu trabalho[4]. Sob essa perspectiva, o local em que a atividade empresarial

[2] FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson. Op. cit. 4, p. 1038.

[3] FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, NETTO, Felipe Braga. Manual de Direito Civil. p. 1321.

[4] FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Manual de Direito Comercial. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 67.

é realizada acaba sendo extremamente relevante, pois é, muitas vezes, decisiva para o sucesso do empreendimento[5]. É um direito incorpóreo que compõe o estabelecimento comercial da empresa[6].

Decorre da sua importância para a atividade empresarial a necessidade de proteção do ponto comercial. Quando a atividade empresarial é realizada em imóvel próprio, sua proteção decorre naturalmente do direito de propriedade. No entanto, quando é realizada em imóvel de terceiro, impõe-se a proteção do ponto comercial.

Foi justamente em atenção a essa perspectiva que a Lei do Inquilinato dedicou seção específica para locações não residenciais, tendo por objetivo primordial a preservação do ponto comercial, de modo a evitar abusos por parte dos locadores, disciplinando com rigor a renovação de contrato e hipóteses em que esse direito é assegurado ao locatário empresário.

A Lei do Inquilinato demonstra a preocupação do legislador em tutelar assimetria entre as partes, com o objetivo de resguardar a parte mais vulnerável, no caso o locatário, evitando que o locador se aproprie, abusivamente, de seus esforços para a criação de ponto comercial. Por esse motivo, suas normas possuem caráter de ordem pública, cogentes, não podendo ser alteradas pela conveniência das partes exceto naquilo que a própria legislação permitir.

É interessante observar que o artigo 1º, parágrafo único, da Lei do Inquilinato indica as hipóteses em que, a despeito de poder envolver prédios urbanos, **continuam sendo regidas pelo Código Civil ou por eventuais leis especiais, que não a Lei nº 8.245/91**:

---

[5] COELHO, Fábio Ulhoa, Curso de direito comercial. Vol. 1, edição 2005 ; editora Saraiva

[6] "Diretamente relacionado ao imóvel, mas não se confundindo com ele, está o chamado ponto empresarial, que é um elemento incorpóreo do estabelecimento que pertence ao empresário. Em muitos casos, a localização do exercício da empresa se mostra fundamental para o sucesso da empresa. Na maioria dos casos, a clientela do empresário surge e aumenta em função especificamente do local onde se exerce a atividade. (...) Em todos esses casos, o local assume papel preponderante, e se destaca da própria propriedade do imóvel, surgindo o ponto comercial como bem incorpóreo integrante do estabelecimento. Quando o imóvel pertence ao empresário, a proteção do ponto decorre da proteção da propriedade. Mesmo nos casos de locação do imóvel, o ponto empresarial é protegido como um elemento integrante do estabelecimento, assegurando se ao empresário o direito de renovação da locação, atendidas determinadas hipóteses legais, e a indenização em caso de não renovação." (TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial – vol. 1. – Teoria Geral e Direito Societário. 9ª edição, revista e atualizada. Saraivajus. São Paulo: 2018. fls. 135/136).

a) *Locações de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios e de suas autarquias e fundações públicas*: esclarece-se, que, no tocante à União, existe Decreto Lei nº 9.760/46, que trata especificamente de aluguel de bens patrimoniais, o qual, contudo, não se aplica aos demais entes federativos e suas autarquias e fundações, de modo que, para estes, incide, por regra, o Código Civil. Com relação a sociedades de economias mistas e empresas públicas, observa-se regra geral, nos termos do art. 173, §1º da Constituição Federal.

b) *Vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos*

c) *Espaços destinados à publicidade*

d) *Arrendamento mercantil, em qualquer modalidade*, que é disciplinado por legislação específica.

3 Características Gerais do contrato de locação comercial

É livre a convenção do aluguel, sendo vedada a sua estipulação em moeda estrangeira e sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo. O aluguel da sublocação não pode exceder o da locação (arts. 17 e 21, da LI).

Obrigações das partes: o art. 22 da LI disciplina os deveres do locador[7]. Dentre eles, destaca-se a obrigação de garantia ao locatário quanto

[7] São eles: a) entregar o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que se destina; b) garantir durante o tempo da locação o uso pacífico do imóvel locado; c) manter durante a locação a forma e o destino do imóvel; d) responder pelos vícios ou defeitos anteriores à locação; e) fornecer ao locatário, caso ele solicite, descrição minuciosa do estado do imóvel, quando de sua entrega, com expressa referência aos eventuais defeitos existentes; f) fornecer ao locatário recibo discriminado das importâncias por este pagas, vedada a quitação genérica; g) pagar as taxas de administração imobiliária, se houver, e de intermediações, nestas compreendidas as despesas necessárias à aferição da idoneidade do pretendente ou de seu fiador; h) pagar os impostos e taxas, e ainda o prêmio de seguro complementar contra fogo, que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel, salvo disposição expressa em contrário no contrato; i) exibir ao locatário, quando solicitado, os comprovantes relativos às parcelas que estejam sendo exigidas; j) pagar as despesas extraordinárias de condomínio, ou seja, aquelas que não se refiram aos gastos rotineiros de manutenção do edifício, especialmente: obras de reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel; pintura das fachadas, empenas, poços de aeração e iluminação, bem como das esquadrias externas; obras destinadas a repor as condições de habitabilidade do edifício; indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados, ocorridas em data anterior ao início da locação; instalação de equipamento de

ao uso pacífico da coisa durante o tempo do contrato, devendo se abster de atos que perturbem o uso regular e fruição do bem. Deverá, também, resguardar o locatário dos embaraços e turbações de terceiros que tenham ou pretendam ter direitos sobre a coisa alugada, respondendo pelos seus vícios, ou defeitos, anteriores à locação.

O artigo 23 da mesma lei disciplina os deveres do locatário, dentre os quais destacam-se o de pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação e o de servir-se do imóvel para o uso convencionado ou presumido, compatível com a natureza deste e com o fim a que se destina, devendo tratá-lo com o mesmo cuidado como se fosse seu, de forma a restituí-lo no estado em que o recebeu[8].

---

segurança e de incêndio, de telefonia, de intercomunicação, de esporte e de lazer; despesas de decoração e paisagismo nas partes de uso comum; constituição de fundo de reserva.

[8] São eles: a) pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado ou, em sua falta, até o 6º dia útil do mês seguinte ao vencido, no imóvel locado, quando outro local não tiver sido indicado no contrato; b) servir - se do imóvel para o uso convencionado ou presumido, compatível com a natureza deste e com o fim a que se destina, devendo tratá-lo com o mesmo cuidado como se fosse seu; c) restituir o imóvel, finda a locação, no estado em que o recebeu, salvo as deteriorações decorrentes do seu uso normal; d) levar imediatamente ao conhecimento do locador o surgimento de qualquer dano ou defeito cuja reparação a este incumba, bem como as eventuais turbações de terceiros; e) realizar a imediata reparação dos danos verificados no imóvel, ou nas suas instalações, provocadas por si, seus dependentes, familiares, visitantes ou prepostos; f) não modificar a forma interna ou externa do imóvel sem o consentimento prévio e por escrito do locador; g) entregar imediatamente ao locador os documentos de cobrança de tributos e encargos condominiais, bem como qualquer intimação, multa ou exigência de autoridade pública, ainda que dirigida a ele, locatário; h) pagar as despesas de telefone e de consumo de força, luz e gás, água e esgoto; i) permitir a vistoria do imóvel pelo locador ou por seu mandatário, mediante combinação prévia de dia e hora, bem como admitir que seja o mesmo visitado e examinado por terceiros, na hipótese prevista no art. 27; j) cumprir integralmente a convenção de condomínio e os regulamentos internos; l) pagar o prêmio do seguro de fiança; m) pagar as despesas ordinárias de condomínio, ou seja, aquelas necessárias à administração respectiva, especialmente: salários, encargos trabalhistas, contribuições previdenciárias e sociais dos empregados do condomínio; consumo de água e esgoto, gás, luz e força das áreas de uso comum; limpeza, conservação e pintura das instalações e dependências de uso comum; manutenção e conservação das instalações e equipamentos hidráulicos, elétricos, mecânicos e de segurança, de uso comum; manutenção e conservação das instalações e equipamentos de uso comum destinados à prática de esportes e lazer; manutenção e conservação de elevadores, porteiro eletrônico e antenas coletivas; pequenos reparos nas dependências e instalações elétricas e hidráulicas de uso comum; rateios de saldo devedor, salvo se referentes a período anterior ao início da locação; reposição do fundo de reserva, total ou parcialmente utilizado no custeio ou complementação das despesas referidas nas alíneas anteriores, salvo se referentes a período anterior ao início da locação.

Venda do Imóvel durante a locação: se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato concedendo prazo de 90 dias para a desocupação, exceto se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel (artigo 8º da Lei do Inquilinato). O mesmo direito é assegurado ao compromissário comprador e o promissário cessionário em caráter irrevogável, com imissão na posse do imóvel e título registrado junto à sua matrícula.

A denúncia deve ser exercitada no prazo de 90 dias do registro da venda ou do compromisso. Decorrido esse prazo, presume-se que houve anuência com relação à manutenção da locação.

Direito de Preferência: no caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar-lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca, com todas as condições do negócio. Se o imóvel estiver sublocado em sua totalidade, a preferência cabe inicialmente ao sublocatário e, em seguida, ao locatário.

O direito de preferência do locatário caducará se não manifestada em 30 dias, de maneira inequívoca, sua aceitação integral à proposta, respondendo por prejuízos causados em caso de desistência posterior. Não alcança os casos de perda da propriedade ou venda por decisão judicial, permuta, doação, integralização de capital, cisão, fusão e incorporação, constituição da propriedade fiduciária e da perda de propriedade ou venda por quaisquer formas de realização da garantia, inclusive mediante leilão extrajudicial.

O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de 6 meses, a contar do registro do ato no cartório de imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos 30 dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel.

Benfeitorias: salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão

indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção. As benfeitorias voluptuárias não serão indenizáveis, podendo ser levantadas pelo locatário, finda a locação, desde que sua retirada não afete a estrutura e a substância do imóvel.

Garantias Locatícias: estão previstas no artigo 37 da LI, que admite as seguintes modalidades de garantias: (i) caução, (ii) fiança, (iii) seguro de fiança locatícia, (iv) cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. A lei veda expressamente, sob pena de nulidade, mais de uma modalidade de garantia em um mesmo contrato. Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado, por força da lei.

4 Hipótese de extinção do contrato de locação comercial

Nos termos do art. 3º da LI, o contrato de locação pode ser ajustado por qualquer prazo – determinado ou não –, dependendo de vênia conjugal se igual ou superior a 10 anos. Durante o prazo de locação, o locador não poderá reaver o imóvel alugado, mas o locatário poderá devolvê-lo, desde que pague a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada, com exceção do estipulado no art. 54-A, §2º.

No caso de locação não residencial, o contrato por prazo determinado cessa, de pleno direito, ao término do prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso. Permanecendo, contudo, o locatário no imóvel, por mais de 30 dias sem oposição, presume-se prorrogada a locação nas mesmas condições aventadas, mas sem prazo determinado (art. 56, parágrafo único, da LI).

O art. 57 da LI estipula que, no caso de contrato de locação por prazo indeterminado, ele pode ser denunciado por escrito pelo locador, concedidos ao locatário 30 dias para desocupação.

Por fim, o art. 9º da LI, esclarece que o contrato de locação pode ser desfeito por mútuo acordo, em decorrência da prática de infração legal ou contratual, por falta de pagamento de aluguéis ou encargos ou para realização de reparos urgentes determinados pelo Poder Público que não possam ser normalmente executados com a permanência do locatário no imóvel, ou, podendo, ele se recuse a consenti-las.

Nas locações de imóveis utilizados por hospitais, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, bem como por entidades religiosas devidamente registradas, o contrato somente poderá ser rescindido, segundo o disposto no art. 53 da lei, nas hipóteses do artigo 9º do mesmo diploma normativo ou se o proprietário, promissário comprador ou promissário cessionário, em caráter irrevogável e imitido na posse, com título registrado, que haja quitado o preço da promessa ou que, não o tendo feito, seja autorizado pelo proprietário, pedir o imóvel para demolição, edificação, licenciada ou reforma que venha a resultar em aumento mínimo de cinquenta[9] por cento da área útil.

É controversa tanto na doutrina quanto na jurisprudência a possibilidade de cobrança de "luvas" na primeira contratação da locação comercial, sendo pacífica a nulidade de tal imposição na hipótese de renovação. A jurisprudência que defende a possibilidade, entende que não se aplica a vedação do art. 43, I, da LI, segundo a qual é vedada a cobrança pelo locador de valor além do aluguel e encargos permitidos. Sustenta que a cobrança de "luvas" no contrato inicial de locação não é vedada em lei, o que a tornaria, portanto, regular. Quem defende a impossibilidade, sustenta-se no disposto nos arts. 43, I e 45, ambos da mesma lei.

O artigo 45 da LI prevê que são nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente lei, notadamente as que afastem o direito à renovação ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto.

O artigo 5º da mesma lei estipula que, independentemente do fundamento do término da locação, a ação do locador para reaver o imóvel é a de despejo, exceto no caso de desapropriação.

5 Direito à renovação (art. 51 da LI)

Nas locações comerciais, a legislação assegura ao locatário o direito à renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente, nos termos do seu art. 51, LI:

a) *O contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado*. Excluem-se da proteção os contratos ver-

[9] HANADA, Fábio, HANADA, Andrea Ranieri. A Lei do Inquilinato – sob a ótica da doutrina e da jurisprudência. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Leud. São Paulo: 2019. fl. 486.

bais e os contratos por prazo indeterminado ou que passaram a viger por prazo indeterminado;

b) *O prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de 5 anos.* A lei admite a *accessio temporis,* ou seja, a soma de prazos dos contratos anteriores. A expressão "ininterruptos" gera celeuma na doutrina e jurisprudência. Enquanto parte da doutrina defende que não seria possível existir intervalos entre os contratos de locação que estão sendo considerados, ainda que diminutos, outra parcela entende que o objetivo primordial da lei foi a tutela do locatário, no caso empresário, de modo que, se não houver solução de continuidade, esses pequenos intervalos não devem ser considerados para afastar a possibilidade da soma dos prazos de vigência. O entendimento jurisprudencial sobre qual intervalo diminuto seria aceitável acaba sendo um pouco variado, mas aponta, em grande parte, para a possibilidade de sua desconsideração[10].

c) *O locatário esteja explorando seu comércio no mesmo ramo pelo prazo mínimo e ininterrupto de 3 anos*. Esse tempo mínimo de exploração do mesmo ramo é aquele que o legislador entende necessário para que se agregue valor à empresa, tutelando-se, assim, a inerência do ponto, amparando-se o interesse do empresário de continuar na mesma localidade explorando sua atividade empresarial[11].

Há controvérsia quanto qual seria a extensão de "igual prazo", para o período de renovação. Enquanto parte da doutrina e jurisprudência sustenta que esse prazo se refere ao mesmo prazo de vigência do contrato de locação alvo do pedido de renovação, outra parte sustenta que o prazo máximo do novo contrato renovado será de, no máximo 5 anos, podendo ser inferior, por ser este o pressuposto legal referente ao prazo mínimo de vigência do contrato em execução[12].

O entendimento de que o período a ser alvo da renovação seria de 05 anos tem sua origem na Súmula 178 do Supremo Tribunal Federal, ela-

[10] HANADA, Fábio, HANADA, Andrea Ranieri. Op. cit. fl. 497.

[11] ULHOA, Fábio. Manual de Direito Comercial – Direito de Empresa. 28ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2016. fl. 75.

[12] HANADA, Fábio, HANADA, Andrea Ranieri. Op. cit. fl. 491.

borada sob a égide do antigo Decreto 24.150/34, que mencionava ser 5 anos o prazo máximo de renovação contratual. Entendia-se que esse era o prazo necessário para evitar que locador se apropriasse do patrimônio imaterial desenvolvido pelo locatário ao longo dos anos, sem, contudo, aniquilar-se o direito de propriedade[13].

O direito à renovação pode ser exercido por cessionários ou sucessores da locação, os quais, inclusive, podem efetuar a *accessio temporis* considerando os contratos de locação anteriormente vigentes (Súmula 482, STF[14]). No caso de sublocação total do imóvel, o mencionado direito somente pode ser exercido pelo sublocatário.

Quando o contrato autorizar que o locatário utilize o imóvel para suas atividades de sociedade de que faça parte e a ela passe a pertencer o fundo de comércio, o direito à renovação pode ser exercido pelo locatário ou pela sociedade. Dissolvida a sociedade comercial por morte de um dos sócios, o sócio sobrevivente fica sub-rogado no direito à renovação, desde que continue no mesmo ramo.

O art. 51, §4º, da LI, afirma que o direito à renovação do contrato se estende às locações celebradas por indústrias e sociedades civis com fins lucrativos, desde que regularmente constituídas e se preenchidos os pressupostos previstos em lei.

Evidentemente que, se preenchida a hipótese do art. 317 do CC, será possível solicitar revisão do valor do contrato em prazo inferior ao de 3 anos. Essas normas não são, portanto, excludentes[15].

O direito à inerência do ponto não é absoluto, devendo ser compatibilizado com o direito constitucional de propriedade, sob pena de infringência à Constituição Federal. Justamente por esse motivo, parte da doutrina sustenta que o rol legal do artigo 52 da LI é meramente exemplificativo[16]. Consequentemente, o legislador assegurou ao locador o direito de

[13] GOMIDE, Alexandre Junqueira. Contratos built-to-suit – aspectos controvertidos de uma nova modalidade contratual. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2017, p. 126.

[14] O locatário, que não for sucessor ou cessionário do que o precedeu na locação, não pode somar os prazos concedidos a este, para pedir a renovação do contrato, nos termos do Decreto 24.150.

[15] FILHO, José Domingos. Ações Locatícias em base e reflexos típicos. Editora Contemplas. Mato Grosso do Sul: 2019. p. 227.

[16] "O direito que se concede ao empresário no sentido de garantir-lhe a continuidade da exploração de um imóvel locado não pode importar no aniquilamento do direito de propriedade que o locador exerce sobre o bem. Por esta razão, quando a renovação compulsória do contrato

não renovar o contrato de locação nas seguintes hipóteses, denominadas de exceção de retomada:

a) Por determinação do Poder Público, tiver que realizar obras no imóvel que importem em sua transformação radical ou para fazer modificações de tal natureza que aumente o valor do negócio ou da propriedade (art. 52, I, LI);

b) O imóvel vier a ser utilizado por ele próprio. Nessa hipótese, a lei proíbe que o imóvel seja destinado ao uso do mesmo ramo do locatário, exceto se a locação também envolva o fundo de comércio, com instalações e pertences ("locação-gerência", em que o próprio locador tenha gerado o fundo de comércio) (art. 52, II, LI). Parte da doutrina sustenta ser inconstitucional a proibição de destinação do imóvel pelo locador para o mesmo ramo de atividade, uma vez que violaria o direito constitucional de propriedade, sustentando que, em caso de retomada, surgiria para o locatário o direito de indenização pelo valor agregado ao ponto comercial, exceto se se tratar do caso de locação gerência[17].

c) Transferência do fundo de comércio existente há mais de um ano e titularizado por detentor da maioria do capital o locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente, desde que atue em ramo distinto do locatário (art. 52, II, LI).

d) Insuficiência da proposta do locatário, que não atende ao valor locativo real de mercado do imóvel na época da renovação, excluída a valorização trazida pelo locatário ao ponto ou lugar (art. 72, II, LI).

e) Proposta de terceiro para a locação, em condições melhores (art. 72, III, LI). Nesse caso, ao menos que o locatário concorde em pagar o mesmo aluguel ao ofertado, a locação não será renovada.

---

de locação for incompatível com a proteção jurídica da propriedade, em virtude do fundamento constitucional desta última contraposta ao fundamento de lei ordinária daquela, prevalecerá a tutela aos interesses do locador, devendo o locatário entregar o imóvel. É a própria lei que define os casos em que o direito à renovação compulsória será ineficaz, em face da tutela do direito de propriedade. Trata-se de elenco legal meramente exemplificativo, porque a inoperância do direito à renovação, nesses casos, decorre das disposições constitucionais." (ULHOA, Fábio. Op. cit. fl. 76).

[17] ULHOA, Fábio. Op. cit. fl. 77.

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

6 Locação em Shopping Center

O art. 54 da LI disciplina a locação de espaços em *shopping centers*. Esclarece que, na relação entre lojistas e empreendedores de *shopping centers*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e disposições procedimentais legais.

Sobre o contrato de locação em *shopping centers*, a doutrina destaca a sua particularidade em relação à locação comercial comum. Isso porque não se trata, simplesmente, da locação de lojas aleatórias em um mesmo espaço. Ao contrário, o objetivo do *shopping center* é justamente organizar em um determinado espaço um conjunto de lojas e serviços destinados a oferecer aos consumidores a maior variedade de produtos e serviços, organizando sua oferta e a concorrência interna conforme o perfil de consumo local (*tenant mix*)[18].

Considerando as particularidades do contrato de locação em *shoppings centers*, discute-se o direito à inerência, uma vez que esta, se livremente permitida, poderia colocar em risco o desenvolvimento do complexo em si. Parte da doutrina pondera que, em atenção ao direito de propriedade do empreendedor, não se pode acolher pretensão à renovação do contrato de locação se isso impossibilitar o locador de organizar o *tenant mix*[19].

---

[18] ULHOA, Fábio. Op. cit. fl. 77. E ainda: *"Um mero empreendedor imobiliário apenas loca os seus prédios comerciais a quem se propuser a pagar o aluguel que ele considere adequado. A sua preocupação volta-se unicamente ao valor locatício de mercado do seu imóvel e à solvência do locatário. Um empreendedor de* shopping center*, por sua vez, organiza o* tenant mix*, isto é, fica atento às evoluções do mercado consumidor, à ascensão ou decadência das marcas, às novidades tecnológicas e de* marketing*, bem como ao potencial econômico de cada empresário instalado em seu complexo. Tudo isso com o objetivo de atrair o consumidor. Se ele descuidar-se da organização da distribuição dos produtos e serviços abrigados no seu empreendimento, poderá perder valiosos pontos na competição entre* shopping centers*"* (ULHOA, Fábio. Op. cit. fl. 78).

[19] ULHOA, Fábio. Op. cit. fl. 78.

O empreendedor não poderá cobrar do locatário em *shopping center* a) as despesas referidas nas alíneas"*a*","*b*"e"*d*" do parágrafo único do art. 22; e b) as despesas com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do *habite-se* e obras de paisagismo nas partes de uso comum. As despesas cobradas do locatário devem ser previstas em orçamento, salvo casos de urgência ou força maior, devidamente demonstradas, podendo o locatário, por si ou entidade de classe exigir a comprovação das mesmas.

Nas locações de espaço em *shopping center,* o locador não pode recusar a renovação do contrato com fundamento na hipótese do art. 52, II, da LI.

7 Locações *Built-to-suit*

A locação *built-to-suit* é inovação trazida pela Lei nº 12.744/12 que inseriu o artigo 54-A na LI, motivada pela necessidade de atender à necessidade de investidor que não encontra imóvel adequado às suas pretensões e não dispõe, ou não pretende, imobilizar um patrimônio para construí-lo[20].

A referida alteração legislativa inseriu na LI nova modalidade *sui generis* de locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas em lei.

Percebe-se, pela sua natureza, que não se trata de simples contrato de locação. Ao contrário, envolve um complexo de relações jurídicas distintas, agregando elementos do contrato de empreitada e prestação de serviços. Por se tratar de simples dispositivo inserido na Lei nº 8.245/91, não se dispensa a aplicação subsidiária de normas do Código Civil que disciplinam esses outros contratos[21–22]. Justamente por esse motivo, muito embora sua previsão em lei, diante da ausência de precisa normati-

[20] KHOURI, Paulo Roque, e PEDRAS, Lucas Salim Vilela. A contratação *Built-to-Suit* e os Aspectos Polêmicos das alterações trazidas pela Lei 12.744/2012, *in* Revista de Direito Civil Contemporâneo, Ano 3, volume 9, out-dez/2016, fls. 125/139, p. 126.

[21] KHOURI, Paulo Roque, e PEDRAS, Lucas Salim Vilela, op. cit., p. 126.

[22] Nesse sentido, também, STJ, REsp nº 885.910/SP;

zação, ganha importância as características impostas à contratação pela autonomia da vontade das partes[23]_[24].

Em razão de suas particularidades, na locação *built to suit* poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação. Trata-se, assim, do conceito de intangibilidade da cláusula de preço, afastando norma de ordem pública prevista no art. 19 da LI que prevê a possibilidade de ajuizamento de uma ação revisional a cada 3 anos.

A previsão específica contida no art. 54-A da LI não afasta, contudo, o regime geral de normas sobre imprevisão previstas no Código Civil, em seus art.317 e 478[25].

Com relação ao aluguel pago, deve-se considerar que, em seu valor, embutem-se não apenas o uso e gozo do empreendimento, mas, também, o custo de aquisição do terreno, da construção do bem, investimento de capital próprio e de terceiros (captação no mercado financeiro)[26]. Remunera-se, portanto, o uso do imóvel e os investimentos realizados,

---

[23] "Por se tratar de um contrato firmado em relações paritárias, é mais do que apropriado atribuir à autonomia da vontade essa tarefa de definição da natureza do contrato *built to suit,* observadas, em todo o caso, as disposições cogentes da Lei de Locações. Inclusive, esse parece ser o espírito trazido pela própria Lei 12.744/2012, ao afirmar que prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas na Lei 8.245/1991." (KHOURI, Paulo Roque, e PEDRAS, Lucas Salim Vilela. op. cit, p. 128).

[24] "Trata-se, na verdade, de uma encomenda de imóvel sob medida pelo locatário interessado. Por outro lado, a empresa moderna não procura, como regra, imobilizar capital em um imóvel, prejudicando seu fluxo operacional, deslocando-se de sua finalidade empresarial. (...) O usuário ou adquirente dos serviços, aqui tratado como locatário, espera do contrato ou de quem ele indicar, a aquisição do terreno, definição do projeto que atenda suas necessidades, desenvolvimento da construção e entrega do imóvel pronto por valor predeterminado, a ser pago em parcelas mensais, nas quais se embute o *know-how*, estudos, as despesas de realização do projeto e o aluguel." (VENOSA, Sílvio de Salvo. Lei do Inquilinato Comentada – Doutrina e Prática. 13ª edição. São Paulo: Atlas. 2014.fl. 272)

[25] "Assim, no intuito de rever os termos do contrato referido, a cláusula *rebus sic stantibus* poderá ser invocada quando, em razão de fatos extraordinários e imprevistos supervenientes, o ambiente objetivo existente ao tempo da celebração do contrato restar modificado, resultando, de um lado, em onerosidade excessiva para o devedor e, de outro, no enriquecimento injusto e desmedido do credor." (FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. *Built to Suit*, in Revista de Direito Imobiliário. Ano 35, vol, 72, jan-jun/2012. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2012. fls. 161/187. p. 182).

[26] KHOURI, Paulo Roque, e PEDRAS, Lucas Salim Vilela, op. cit., p. 135.

justificando-se, assim, amplamente, a renúncia ao direito de revisão do valor pactuado[27].

Admite, também, a denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, o qual se compromete a cumprir a multa convencionada, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação.

Questiona-se, diante dessa previsão, se seria possível a alteração da cláusula penal pelo Poder Judiciário, pela aplicação do art. 413, do CC. Destaca-se entendimento doutrinário segundo o qual não seria adequada a ingerência do Poder Judiciário em cláusula penal minuciosamente estipulada pela autonomia da vontade das partes[28], sobretudo em razão da paridade entre as partes.

Em regra, o prazo de duração do contrato de locação *built-to-suit* é mais longo, para permitir a amortização dos investimentos realizados.

Dúvida que surge é se, diante das peculiaridades do contrato de locação *built-to-suit*, seria possível renunciar também à ação renovatória, a exemplo do que ocorreu com a ação revisional, neste último caso expressamente autorizado por lei.

Parte da doutrina justifica que, após o término do prazo de vigência do contrato de locação *built-to-suit*, a função da remuneração dos investimentos realizados deixa de existir, remanescendo, apenas, o ressarcimento pelo uso e gozo da coisa, ou seja, pela posse direta do bem imobiliário. A relação jurídica passaria a ser qualificada apenas como locação não residencial em não *built-to-suit*[29], sujeitando-se, assim, às normas cogentes aplicáveis às locações não residenciais.

---

[27] "Em um *leading case* sobre o tema, o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou válida a renúncia ao direito de revisão dos aluguéis. Entende-se que o *built to suit* era um contrato paritário, em que as partes entabularam trocas úteis e justas de acordo com suas vontades e em posição de igualdade (par a par). Assim, não sendo a renúncia ao direito de revisar o aluguel predisposição de direito unilateral imposta por parte dominante em contrato de adesão, torna-se válida e eficaz, por força e homenagem ao princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato (CC/2002, arts. 421 e 425)" (KHOURI, Paulo Roque, e PEDRAS, Lucas Salim Vilela, op. cit., p. 138).

[28] KHOURI, Paulo Roque, e PEDRAS, Lucas Salim Vilela, op. cit., p. 133.

[29] GOMIDE, Alexandre Junqueira. op. cit. p. 127.

8 Lei do Inquilinato e CPC/15

A princípio, a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil de 2015-CPC/15 não alterou as disposições da LI, uma vez que esta é especial em face da primeira. Na verdade, o artigo 1.046, §2º do CPC/15 expressamente menciona que o novo código não revogou os procedimentos especiais estipulados na legislação extravagante, mantendo-se preservadas as normas procedimentais atinentes às ações locatícias estipuladas na LI, e, em especial, as normas contidas no artigo 58 deste diploma normativo. Esclarece, ainda, o artigo 1.046, §4º, CPC/15 que as remissões e disposições do Código de Processo Civil revogado existentes em outras leis passam a referir-se àquelas correspondentes no Código em vigor.

Destaca-se que o artigo 79 da LI prevê que, em caso de omissão, aplicam-se supletivamente as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil.

A competência para conhecer e julgar as ações previstas na lei do inquilinato é definida pelo foro do lugar da situação do imóvel, salvo se outro houver sido eleito no contrato, sendo que o valor da causa corresponderá a doze meses de aluguel[30]. Trata-se de competência territorial relativa, sendo prorrogável. Tampouco se suspendem durante as férias forenses, mas, apenas, os prazos.

As ações locatícias (despejo, consignação em pagamento de aluguel, revisionais de aluguel e renovatórias) adotam o rito comum, e os recursos interpostos contra respectivas sentenças terão efeito somente devolutivo, ainda que cumuladas com outros pedidos (STJ, AgInt no AREsp 781.068/RJ).

Mantidas, também, regras que exigem a prestação de caução para concessão de liminares ou despejo imediato, previstas, respectivamente, nos artigos 59, §1º e 64, ambas da LI, por serem normas voltadas para a proteção do locatário, e, consequentemente, especiais[31]. No mais, em

[30] Essa regra aplica-se mesmo no caso de pedidos cumulativos das ações previstas na Lei do Inquilinato com outros pedidos, tais como ação de cobrança de aluguéis em atraso com a ação de despejo, por exemplo.

[31] BOZZO, Guilherme Tambarussi. Repercussões do Novo Código de Processo Civil nos procedimentos da Lei de Locações, in COSTA, Eduardo Fonseca da, SICA, Heitor Vitor Mendonça, Coordenadores. Legislação Processual Extravagante. In DIDIER JR., Fredie, Coordenador Geral. In Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 9, ps. 177/205. Juspodium Salvador: 2016. P. 177.

razão da aplicação subsidiária do CPC, possível o deferimento de tutelas de urgência ou evidência nos quatro procedimentos especiais locatícios, desde que presentes as hipóteses legais.

Chama a atenção a possibilidade do julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356, CPC/15), que permitirá cindir o julgamento de pedidos cumulativos, como é o caso do despejo com cobrança de aluguéis em atraso, sendo que, em face desta sentença, o recurso cabível é o agravo de instrumento (art 1,015, II, CPC/15).

Outro aspecto interessante foi a revogação, pelo novo CPC/15, do rito sumário. O artigo 68 da LI previa que o rito a ser adotado em ações de revisão de aluguel deveria ser o sumário. A aplicação do rito comum, previsto no CPC/15, não é incompatível com a tramitação da mencionada ação, podendo, portanto, ser adotado[32].

9 Ação Renovatória

Decai o direito à renovação se a ação renovatória não for proposta no prazo de, no máximo, 1 ano e de, no mínimo, 6 meses anteriores à finalização do prazo do contrato em vigor. Essa ação é disciplinada nos artigos 71 a 75 da LI.

A petição inicial da ação renovatória deverá conter todos os requisitos exigidos pelo Código de Processo Civil – CPC e ser instruída com:

i. prova do preenchimento dos requisitos dos incisos I, II e III do art. 51 da LI;
ii. prova do exato cumprimento do contrato em curso;
iii. prova da quitação dos impostos e taxas que incidiram sobre o imóvel e cujo pagamento lhe incumbia;
iv. indicação clara e precisa das condições oferecidas para a renovação da locação;
v. indicação do fiador quando houver no contrato a renovar e, quando não for o mesmo, com indicação do nome ou denominação completa, número de sua inscrição no Ministério da Fazenda, endereço e, tratando-se de pessoa natural, a nacionalidade, o estado civil, a profissão e o número da carteira de

[32] BOZZO, Guilherme Tambarussi. op. cit. p. 201.

identidade, comprovando, desde logo, mesmo que não haja alteração do fiador, a atual idoneidade financeira;

vi. prova de que o fiador do contrato ou o que o substituir na renovação aceita os encargos da fiança, autorizado por seu cônjuge, se casado for;

vii. prova, quando for o caso, de ser cessionário ou sucessor, em virtude de título oponível ao proprietário.

Proposta a ação pelo sublocatário do imóvel ou de parte dele, serão citados o sublocador e o locador, como litisconsortes, salvo se, em virtude de locação originária ou renovada, o sublocador dispuser de prazo que admita renovar a sublocação; na primeira hipótese, procedente a ação, o proprietário ficará diretamente obrigado à renovação.

A defesa do locador em contestação, além da defesa de direito que possa caber, ficará adstrita às seguintes questões de mérito: (i) não preencher os requisitos estabelecidos em lei; (ii) não atender, a proposta do locatário, o valor locativo real do imóvel na época da renovação, excluída a valorização trazida por aquele ao ponto ou lugar, devendo o locador indicar em contraproposta as condições que repute compatíveis com o valor locativo real e atual; (iii) ter proposta de terceiro para a locação, em condições melhores, trazendo respectiva prova documental, subscrita pelo terceiro e por duas testemunhas, além de indicar o ramo a ser explorado e (iv) não estar obrigado a renovar a locação (incisos I e II do art. 52, LI).

Caso o locador alegue em contestação a hipótese do artigo 52, I, da LI, a contestação deverá trazer prova da determinação do Poder Público ou relatório pormenorizado das obras a serem realizadas e da estimativa de valorização que sofrerá o imóvel, assinado por engenheiro devidamente habilitado.

Por fim, na contestação, o locador, ou sublocador, poderá pedir, ainda, a fixação de aluguel provisório, para vigorar, a partir do primeiro mês do prazo do contrato a ser renovado, não excedente a 80% do pedido, desde que apresentados elementos hábeis para aferição do justo valor do aluguel.

A sentença poderá estabelecer periodicidade de reajustamento do aluguel diversa daquela prevista no contrato renovado, bem como adotar outro indexador para reajustamento do aluguel, desde que assim pedido pelo locador ou sublocador. Renovada a locação, as diferenças dos aluguéis

vencidos serão executadas nos próprios autos da ação e pagas de uma só vez. Não sendo renovada a locação, o juiz determinará a expedição de mandado de despejo, que conterá o prazo de 30 (trinta) dias para a desocupação voluntária, se houver pedido na contestação.

Na hipótese de alegação de melhor proposta de terceiro, a sentença fixará desde logo a indenização devida ao locatário em consequência da não prorrogação da locação, solidariamente devida pelo locador e o proponente.

10 Ação de Despejo

As ações de despejo são disciplinadas pelos artigos 59 a 66 da LI e são distribuídas sempre que o locador desejar reaver para si o imóvel locado, encerrando-se a relação contratual, mas não houver anuência do locatário. Em razão de seu fundamento, são classificadas como:

i. *por denúncia vazia*, no caso de locação por prazo indeterminado, desde que observado o prazo de 30 dias para desocupação, após prévia **notificação premonitória** (arts. 6 e 57 da LI). Trata-se da retomada imotivada do imóvel urbano, sendo prerrogativa exercitável a qualquer momento, excetuadas as hipóteses do art. 53 do mesmo diploma normativo;

ii. *por denúncia cheia*, para casos em que, antes de terminado o prazo contratualmente estipulado, o locador deseje reaver o imóvel locado, em hipóteses específicas, disciplinadas nos artigos 7º, 8º e 9º da LI (venda do imóvel durante a locação, extinção do usufruto ou fideicomisso, reparos pelo Poder Público)[33], ou quando vencido o prazo de vigência estipula-

[33] Art. 7º Nos casos de extinção de usufruto ou de fideicomisso, a locação celebrada pelo usufrutuário ou fiduciário poderá ser denunciada, com o prazo de trinta dias para a desocupação, salvo se tiver havido aquiescência escrita do nu-proprietário ou do fideicomissário, ou se a propriedade estiver consolidada em mãos do usufrutuário ou do fiduciário. Parágrafo único. A denúncia deverá ser exercitada no prazo de noventa dias contados da extinção do fideicomisso ou da averbação da extinção do usufruto, presumindo - se, após esse prazo, a concordância na manutenção da locação. Art. 8º Se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com o prazo de noventa dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado, e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel. § 1º Idêntico direito terá o promissário comprador e o promissário cessionário, em caráter irrevogável, com imissão na posse do imóvel e título registrado junto à matrícula do mesmo. § 2º A denúncia deverá ser exercitada no prazo de noventa dias contados do registro da venda ou do compromisso, presumindo - se, após

do (art. 56 da LI) que precisam ser justificadas. **Dispensa a notificação premonitória**. Para as locações comerciais, não se aplicam as hipóteses de despejo para retomada do locador nas hipóteses dos artigos 46 e 47 da LI;

iii. *por falta de pagamento* (artigos 9, III, 23, I, 62, incisos e parágrafo único, todos da LI). A peculiaridade desse procedimento é a possibilidade de purgação da mora, elidindo a rescisão da relação locatícia, desde que observados os prazos legais. Poderá ser cumulado com cobrança de encargos locatícios e, nesse caso, ainda que desocupado o imóvel, persiste o processamento da ação para apreciação do pedido de cobrança;

iv. *por descumprimento contratual*, sempre que houver causa que justifique a rescisão do contrato de locação (artigo 9, II, da LI).

A notificação premonitória, necessária para admitir a distribuição de ação de despejo por denúncia vazia, deve ser feita por escrito, não exigindo forma solene. Sua ausência importa em extinção do processo sem julgamento do mérito[34].

No caso de despejo por falta de pagamento ou descumprimento contratual, é possível solicitar a concessão de liminar, nas hipóteses do art. 59, §1º da LI. A jurisprudência entende que esse rol não é taxativo (STJ, REsp 702.205/SP), sendo possível estender sua concessão para hipóteses em que estejam previstos os requisitos legais para concessão de tutela de urgência, nos termos do art. 300 e seguintes do CPC.

A liminar para desocupação em 15 dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a 3 meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo, dentre os quais se destacam:

esse prazo, a concordância na manutenção da locação. Art. 9º A locação também poderá ser desfeita: I – por mútuo acordo; II – em decorrência da prática de infração legal ou contratual III – em decorrência da falta de pagamento do aluguel e demais encargos; IV – para a realização de reparações urgentes determinadas pelo Poder Público, que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário no imóvel ou, podendo, ele se recuse a consenti-las.

[34] FILHO, José Domingos. op. cit. fl. 43.

i. o término do prazo notificatório previsto no parágrafo único do art. 40[35], sem apresentação de nova garantia apta a manter a segurança inaugural do contrato;

ii. o término do prazo da locação não residencial, tendo sido proposta a ação em até 30 (trinta) dias do termo ou do cumprimento de notificação comunicando o intento de retomada;

iii. a falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37[36], por não ter sido contratada ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente de motivo.

Nessa hipótese, o locatário poderá evitar a rescisão da locação e elidir a liminar de desocupação se, dentro dos 15 (quinze) dias concedidos para a desocupação do imóvel e independentemente de cálculo, efetuar depósito judicial que contemple a totalidade dos valores devidos, na forma prevista no inciso II do art. 62, da LI.

Se o fundamento da ação de despejo for a falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação, de aluguel provisório, de diferenças de aluguéis, ou somente de quaisquer dos acessórios da locação, necessário verificar que o pedido de rescisão da locação poderá ser cumulado com o pedido de cobrança dos aluguéis e acessórios da locação. Neste caso, deve-se citar o locatário e os fiadores para responderem ao pedi-

[35] Art. 40. O locador poderá exigir novo fiador ou a substituição da modalidade de garantia, nos seguintes casos: I – morte do fiador; II – ausência, interdição, recuperação judicial, falência ou insolvência do fiador, declaradas judicialmente; III – alienação ou gravação de todos os bens imóveis do fiador ou sua mudança de residência sem comunicação ao locador; IV – exoneração do fiador; V – prorrogação da locação por prazo indeterminado, sendo a fiança ajustada por prazo certo; VI – desaparecimento dos bens móveis; VII – desapropriação ou alienação do imóvel; VIII – exoneração de garantia constituída por quotas de fundo de investimento; IX – liquidação ou encerramento do fundo de investimento de que trata o inciso IV do art. 37 desta Lei; X – prorrogação da locação por prazo indeterminado uma vez notificado o locador pelo fiador de sua intenção de desoneração, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante 120 (cento e vinte) dias após a notificação ao locador. Parágrafo único. O locador poderá notificar o locatário para apresentar nova garantia locatícia no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de desfazimento da locação.

[36] Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia: I – caução; II – fiança; III – seguro de fiança locatícia; IV – cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação.

do de cobrança, devendo ser apresentado, com a inicial, cálculo discriminado do valor do débito.

Outro questionamento que surge refere-se ao prazo para purgação da mora, de 15 dias, se seria prazo de natureza material ou processual. O STJ já reconheceu a natureza mista do ato de purgação da mora, processual e material, admitindo a incidência de regras processuais para contagem de prazos[37]. Essa discussão ganha importância, na medida em que o Código de Processo Civil trouxe prazos em dias úteis (art. 219, parágrafo único). Persistindo o entendimento do STJ, o prazo para purgação da mora seria contado em dias úteis e não corridos.

O locatário e o fiador poderão evitar a rescisão da locação efetuando, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da citação, o pagamento do débito atualizado, independentemente de cálculo e mediante depósito judicial, incluídos: (a) os aluguéis e acessórios da locação que vencerem até a sua efetivação; (b) as multas ou penalidades contratuais, quando exigíveis; (c) os juros de mora; (d) as custas e os honorários do advogado do locador, fixados em 10% sobre o montante devido, se do contrato não constar disposição diversa. Deverá, ainda, pagar juros de mora e correção monetária, fixados em contrato ou, na sua falta, em lei (art. 397, CC).

Necessário observar que a LI prevê que apenas o depósito integral do valor devido é capaz de purgar a mora, de modo que não comporta acolhimento de??? pedido de parcelamento. Ademais, o artigo 62 dessa le-

---

[37] BOZZO, Guilherme Tambarussi. op. cit. p. 193. Do mesmo autor, interessante a distinção entre prazos processuais e decadenciais: *'Temos que o estabelecimento de prazos processuais, com a consequência da preclusão, deve obedecer a um imperativo de ordem funcional, qual seja: a imersão de atos e fatos numa ordem cronológica a que nomeamos procedimento. A função da preclusão é alcançar, mediante um ordenado, rápido e racional desenvolvimento do processo, o provimento final: a sentença ou a satisfação pela via executiva. Daí dizer-se que a decadência extingue um direito já existente e previsto em lei, quando a preclusão extingue faculdades imersas na ordem procedimento, conferindo ao procedimento uma cadência. A decadência extingue um poder ou faculdade previamente existente, quando a preclusão extingue faculdades imersas numa situação de direitos imperfeitos, em formação. A consequência de os prazos processuais – e consequentemente, a preclusão – funcionarem ao procedimento em que se inserem, atribuindo-lhe um ritmo, confere-lhes uma peculiaridade: a sua observância, como produção de um ato esperado, ou inobservância, como fato processual, repercute diretamente na sequência de atos processuais, influenciando aqueles atos que os precedem e aqueles que os??? sucedem. (...) Ora, ressalvado entendimento em contrário e seguindo o posicionamento do STJ sobre aplicação do prazo em dobro para a purgação da mora em ações de despejo (art. 5º, §5º, da Lei 1.060/50), bem como da doutrina que compreende ser o prazo para purgação da mora do art. 62, inc. II, da LL o mesmo da contestação, concluímos que também aqui a lei trata de prazo processual."* (op. cit, fls. 195/196).

gislação expressamente assegurou que não se admite a emenda da mora se o locatário já tiver utilizado essa faculdade nos 24 meses anteriores à propositura da ação.

Purgada a mora, se o locador alegar que a oferta não é integral, justificando a diferença, o locatário poderá complementar o depósito no prazo de 10 (dez) dias, contados da intimação, que poderá ser dirigida ao locatário ou diretamente ao patrono deste, por carta ou publicação no órgão oficial, a requerimento do locador. Não sendo integralmente complementado o depósito, o pedido de rescisão prosseguirá pela diferença, podendo o locador levantar a quantia depositada.

Os aluguéis que forem vencendo até a sentença deverão ser depositados à disposição do juízo, nos respectivos vencimentos, podendo o locador levantá-los desde que incontroversos.

Julgada procedente a ação de despejo, o juiz determinará a expedição de mandado de despejo, que conterá o prazo de 30 (trinta) dias para a desocupação voluntária. O prazo será de quinze dias se: a) entre a citação e a sentença de primeira instância houverem decorrido mais de quatro meses; ou b) o despejo houver sido decretado com fundamento no art. 9 do mesmo diploma normativo.

A execução provisória do despejo dependerá de caução não inferior a 6 (seis) meses nem superior a 12 (doze) meses do aluguel, atualizado até a data da prestação da caução, salvo se o motivo for??? o artigo 9º.

Findo o prazo assinado para a desocupação, contado da data da notificação, será efetuado o despejo, se necessário com emprego de força, inclusive arrombamento.

11 Ação de Consignação de Aluguel

Trata-se de ação que objetiva o pagamento dos aluguéis e acessórios da locação mediante consignação, com o intuito de extinção da obrigação, nos termos dos artigos 334 a 345 do CC, seja ela de dar dinheiro ou entregar coisa certa. É disciplinada pelo artigo 67 da LI.

A petição inicial, além dos requisitos exigidos pelo CPC, deve também especificar os aluguéis e acessórios da locação com indicação dos respectivos valores e a quem deve ser feito o pagamento. Aplicam-se, subsidiariamente, o disposto nos artigos 539 a 549 do CPC/15, observando-se as peculiaridades da legislação especial (depósito em 24 horas, 5 dias

para complementar depósito e levantamento a qualquer tempo pelo locador de valores incontroversos[38]).

O réu é citado para, em 24 horas, efetuar o depósito judicial da importância indicada na petição inicial, sob pena de ser extinto o processo;

O pedido envolverá a quitação das obrigações que vencerem durante a tramitação do feito e até ser prolatada a sentença de primeira instância, devendo o autor promover os depósitos nos respectivos vencimentos. Não sendo oferecida a contestação, ou se o locador receber os valores depositados, o juiz acolherá o pedido, declarando quitadas as obrigações, condenando o réu ao pagamento das custas e honorários de vinte por cento do valor dos depósitos.

A contestação do locador, além da defesa de direito que possa caber, ficará adstrita, quanto à matéria de fato, a: a) não ter havido recusa ou mora em receber a quantia devida; b) ter sido justa a recusa; c) não ter sido efetuado o depósito no prazo ou no lugar do pagamento; d) não ter sido o depósito integral. O réu poderá, em reconvenção, pedir o despejo e a cobrança dos valores objeto da consignatória ou da diferença do depósito inicial, na hipótese de ter sido alegado não ser o mesmo integral. Nessa hipótese, a execução da consignatória somente terá início após obtenção da desocupação do imóvel.

O autor poderá complementar o depósito inicial, no prazo de 5 dias contados da ciência do oferecimento da resposta, com acréscimo de 10% por cento sobre o valor da diferença (art. 67, LI). Se tal ocorrer, o juiz declarará quitadas as obrigações, elidindo a rescisão da locação, mas imporá ao autor-reconvindo a responsabilidade pelas custas e honorários advocatícios de vinte por cento sobre o valor dos depósitos.

12 Revisional de Aluguel

Trata-se de ação disciplinada nos artigos 68 a 70 da LI. O artigo 19 da LI prevê que, não havendo acordo entre as partes sobre reajustes ou revisão do valor do aluguel, o locador ou locatário podem, após 3 anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, ajuizar ação de revisão judicial do aluguel, para ajustá-lo ao preço do mercado.

[38] FILHO, José Domingos. op. cit. fl. 211.

Trata-se de ação de cárter dúplice, de modo que tanto o autor quanto o réu podem pleitear quantias que entenderem razoáveis. Ela tem por objeto ajustar o valor da locação àquele do mercado imobiliário, não se pautando pelos ganhos auferidos com a atividade explorada pelo locatário no prédio locado[39].

A inicial da ação revisional deve conter, além dos requisitos do CPC, também a indicação do valor do aluguel cuja fixação é pretendida.

O juiz ao designar a audiência de conciliação, deve, se houver pedido, fixar aluguel provisório, que será devido desde a citação, nos seguintes moldes:

a) *em ação proposta pelo locador*: o aluguel provisório não excederá a 80% (oitenta por cento) do pedido;

b) *em ação proposta pelo locatário*: o aluguel provisório não será inferior a 80% (oitenta por cento) do aluguel vigente.

Até a audiência, o réu poderá pedir seja revisto o aluguel provisório, fornecendo os elementos para tanto. Fracassada a tentativa de conciliação em audiência, o juiz determinará a realização de perícia, se necessária, designando, desde logo, audiência de instrução e julgamento.

No curso da ação de revisão, o aluguel provisório será reajustado na periodicidade pactuada ou na fixada em lei.

Não se confunde com a ação renovatória, visto que nesta se pretende a renovação do contrato nas mesmas condições pactuadas, inclusive quanto ao valor do aluguel, enquanto que, na revisional, se pretende ajustar o seu valor ao mercado. Na ação revisional, as benfeitorias e acessões realizadas pelo locatário não devem ser consideradas no cálculo do novo valor do aluguel, no mesmo contrato, mas poderão o ser na ação renovatória, em novo contrato[40].

O aluguel fixado na sentença retroage à citação, e as diferenças devidas durante a ação de revisão, descontados os alugueres provisórios satisfeitos, serão pagas corrigidas, exigíveis a partir do trânsito em julgado da decisão que fixar o novo aluguel. A pedido de uma das partes, a sentença poderá tanto estabelecer periodicidade de reajustamento do aluguel diversa daquela prevista no contrato revisado, bem como adotar outro

[39] FILHO, José Domingos. op. cit. P. 231.

[40] FILHO, José Domingos. op. cit. fl. 238.

indexador para reajustamento do aluguel. Possível, contudo, o reconhecimento da conexão.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BOZZO, Guilherme Tambarussi. Repercussões do Novo Código de Processo Civil nos procedimentos da Lei de Locações, in COSTA, Eduardo Fonseca da, SICA, Heitor Vitor Mendonça, Coordenadores. Legislação Processual Extravagante. In DIDIER JR., Fredie, Coordenador Geral. In Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 9, ps. 177/205. Juspodium Salvador: 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa, Curso de Direito Comercial. Vol. 1, edição 2005 ; editora Saraiva

FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – vol. 4.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, NETTO, Felipe Braga. Manual de Direito Civil.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Manual de Direito Comercial. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. *Built to Suit*, in Revista de Direito Imobiliário. Ano 35, vol, 72, jan-jun/2012. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2012. fls. 161/187.

FILHO, José Domingos. Ações Locatícias em base e reflexos típicos. Editora Contemplas. Mato Grosso do Sul: 2019.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. Contratos *built-to-suit???* – aspectos controvertidos de uma nova modalidade contratual. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2017

HANADA, Fábio, HANADA, Andrea Ranieri. A Lei do Inquilinato – sob a ótica da doutrina e da jurisprudência. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Leud. São Paulo: 2019.

KHOURI, Paulo Roque, e PEDRAS, Lucas Salim Vilela. A contratação Built-to-Suit e os Aspectos Polêmicos das alterações trazidas pela Lei 12.744/2012, *in* Revista de Direito Civil Contemporâneo, Ano 3, volume 9, out-dez/2016, fls. 125/139

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial – vol. 1. – Teoria Geral e Direito Societário. 9ª edição, revista e atualizada. Saraivajus. São Paulo: 2018.

ULHOA, Fábio. Manual de Direito Comercial – Direito de Empresa. 28ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2016. fl. 75.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Lei do Inquilinato Comentada – Doutrina e Prática. 13ª edição. São Paulo: Atlas. 2014.

LXXIII. Criptomoedas

Cíntia Rosa Pereira de Lima

Kelvin Peroli

Como um *hyperlink* da Internet, criptomoeda é um termo que pressupõe o entendimento de ao menos dois conceitos a ele plugados: *blockchain* e *criptografia*.

A *criptografia* é uma tecnologia de proteção de informações, que as codifica e que apenas permite a decriptação pela utilização de uma chave privada, por algum usuário. Criptomoedas são protegidas com base em um sistema criptográfico de chaves pública e privada[1]: trata-se da criptografia assimétrica, pela qual um sistema criptográfico se utiliza de pares de chaves públicas (que podem ser amplamente compartilhadas) e privadas (que devem ser conhecidas apenas pelo usuário proprietário do conteúdo), geradas por um número aleatório, que possuem a função de autenticar (a chave pública verifica a mensagem encriptada pelo detentor da chave privada), encriptar e decriptar conteúdos. Apenas o detentor da chave privada consegue decriptar a mensagem encriptada com a chave pública.

A *blockchain*¸ em seu turno, é um livro-razão, utilizado para o registro de transações pela Internet e inicialmente estruturada como suporte para as transações realizadas com a criptomoeda *Bitcoin*. É um banco de dados que tem a função de registrar qualquer transação e rastrear o movimento dos ativos, sejam tangíveis ou intangíveis, de forma descentralizada (ou distribuída), por meio dos validadores. Tem sido analisada como um mecanismo tecnológico capaz de otimizar estruturas negociais e governamentais, tanto pela flexibilidade que dispõe às transações, quanto por sua tecnologia, que poderá ser um suporte à segurança jurídica dos institutos e instituições que a adotarem.

A arquitetura da *blockchain* permite aos seus participantes o compartilhamento do livro-razão (por uma rede *peer-to-peer*), que é atualiza-

[1] Cf. HIRSCH, Frederick J. Introducing SSL and Certificates using SSLeay. World Wide Web Journal, v. 2, n. 3, p. 141-173, Summer 1997. Disponível em: https://linuxsecurity.com/resource_files/cryptography/ssl-and-certificates.html. Acesso em: 11 jul. 2019.

do em conformidade à autenticação das transações pelos mineradores, que se utilizam do *consenso* entre os códigos à garantia da validade da transação, resolvendo algoritmos (por diferentes métodos, como *Proof of Work* e *Proof of Stake*) para a obtenção de unidades de criptomoedas, como recompensa.

Proof of Work (PoW) é o algoritmo computacional, usado pelas criptomoedas, que objetiva o consenso entre os participantes sobre a validade de uma transação em uma rede *blockchain*. *Hashcash* (SHA-256) é a função *Proof of Work* utilizada pelos mineradores da *Bitcoin* para resolver as equações geradas pelos blocos (*minerar,* no sentido de *validar*), para adicioná-los na *blockchain*, o que dispende poder computacional (e energia). A função da *Hashcash* produz um tipo específico de dado, que é utilizado para verificar se uma quantidade substancial de trabalho foi executada, para que a transação seja validada.

Proof of Stake (PoS), em seu turno, também é um algoritmo computacional, usado pelas criptomoedas, porém que possui como vantagem não necessitar do uso dispendioso de poder computacional e energia, o que o torna mais *user-friendly,* e, também, *environmentally friendly.* Neste modelo de consenso, os validadores são selecionados de forma pseudoaleatória[2] para *apostarem* (*at stake*) na validade da transação, *cunharem* (no sentido de *validar*[3]) os blocos e adicioná-los à *blockchain* (havendo consenso pela invalidade do bloco, aqueles que apostaram em sua validade perdem o seu montante depositado). O método de *Proof of Stake* foi utilizado pela primeira vez no mercado de criptomoedas pela *Peercoin*.

Assim, para que uma transação seja válida, deve haver o consenso pela maioria dos validadores, de forma que a maioria dos blocos compartilhados (relativos a uma transação) necessita deter o mesmo *hash*, para que sejam aceitas pelos participantes do consenso.

O conjunto dos códigos criptográficos de uma transação altera-se na hipótese da modificação do conteúdo que representa o histórico da cadeia (*chain*), a qual, por sua vez, constitui o elemento que promove a segurança e a confiança aos participantes da *blockchain*, fundada na distribuição do livro-razão (pela rede *peer-to-peer*), na imutabilidade das

[2] A seleção pseudoaleatória ocorre pela análise de diferentes fatores, que garantem que não apenas indivíduos com grande participação computacional sejam selecionados, mas também os que detêm menores percentuais, como, e.g., pela seleção baseada na idade da moeda.

[3] "Minted" ou "forged", ao invés de "mined", do método de Proof of Work (PoW).

transações (que apenas podem ser desfeitas por uma nova transação) e na transparência.

Screenshots de transações/blocos (*block*) em cadeia (*chain*). Simulação realizada na plataforma *Blockchain Demo*, utilizando-se da função *hash SHA-256*. *Fonte*: BROWNWORTH, Anders. *Blockchain Demo*.

A figura acima é um exemplo de uma *blockchain*, cuja ligação é constituída pelo número do bloco ou transação (*block*) na cadeia (*chain*), pelo código *hash* do bloco prévio (*previous hash number*) e pelo *hash* formado para o bloco, que se alteraria, no caso de modificações nos dados (*data*) do bloco anterior ou nos de seu próprio, em virtude da *função hash criptográfica*. *Nonce (number + once)* é um número aleatório (ou pseudoaleatório), emitido na verificação de um bloco (em *Proof of Work*, importando-se o *hash* do bloco atual e o *hash* do bloco anterior da cadeia), que apenas pode ser utilizado uma vez e que garante que as transações já registradas não possam ser reutilizadas (*e.g.*, com o intuito de fraude na cadeia).

Por meio da plataforma *blockchain* e da tecnologia criptográfica, populariza-se, a partir do ano de 2013, as denominadas criptomoedas (*cryptocurrencies*, *virtual currencies* ou *coins*), como a *Bitcoin* (desenvolvida por um indivíduo ou um grupo sob o pseudônimo de Satoshi Nakamoto – 中本哲史) e *altcoins*[4], como a *Ether*, a *Litecoin*, a *Stellar*, a *Cardano* e a *Niobium Coin*. É uma representação de valor em formato digital.

[4] *Altcoins* ou *alternative coins*, expressão dada para as demais criptomoedas criadas após a *Bitcoin*.

É considerada como uma das espécies de *digital asset*[5]. Embora popularizada sob o nome de *criptocurrency*, não pode ser considerada como uma moeda, em sua acepção atual. A moeda, como meio de troca, unidade de conta e reserva de valor, já foi considerada como moeda-mercadoria e como moeda representativa. Atualmente, para os Estados, é moeda fiduciária[6], que não existe apenas sob a espécie de representação física, mas também em formato digital, como o é em sua representação de uma conta-poupança, de pagamentos com cartões de crédito ou *on-line*, no comércio eletrônico, por exemplo. A diferença dessa concepção de moeda (fiduciária) para as criptomoedas é que estas últimas são descentralizadas (ou distribuídas), o que significa que não estão sob a dependência de uma instância de controle e administração estatal, embora possuam, em essência, a mesma caracterização de uma das espécies de representação das moedas fiduciárias (o formato digital) e detenham suas funções de ser reserva de valor, meio de troca e uma unidade de conta. Nesse contexto, ela pode ser caracterizada como um ativo digital, cujo sentido é de ser um conjunto de bens e direitos, valendo-se de um sistema de transações (*blockchain*) que garante a sua confiança, enquanto reserva de valor.

A utilização de criptomoedas possui uma série de benefícios econômicos, como, por exemplo: a redução de custos de transações (pela ausência de intermediários no processo), a redução do tempo para a realização de transações (no sistema *Bitcoin*, novos blocos são adicionados à *blockchain* a cada dez minutos, aproximadamente), a confiança no cumprimento dos contratos (pela confiança na eficácia do sistema de transações *blockchain*) e a inclusão econômica (a utilização permite o acesso democrático de usuários ao mercado mundial, pela utilização das *cryptocurrencies* como meio de troca, principalmente àqueles que não possuem outros meios seguros de reservas de valor).

---

[5] *Digital assets* podem ser definidos como bens digitalmente armazenados ou relativos a contas *on-line* (*on-line accounts*).

[6] De acordo com o Banco Central Europeu: 1. moeda-mercadoria: *"Objeto feito de um material que tinha um certo valor no mercado, como, por exemplo, uma moeda de ouro"*; 2. Moeda representativa ou escritural: *"Notas de banco que podiam ser trocadas por uma determinada quantidade de ouro ou prata"*; e 3. Moeda fiduciária: *"Moeda declarada como tendo curso legal e emitida por um banco central, mas que, ao contrário da moeda escritural, não pode ser convertida."* UNIÃO EUROPEIA. Banco Central Europeu. *O que é a moeda?* 24 de novembro de 2015 (atualizado em 20 de junho de 2017). Disponível em: https://www.ecb.europa.eu/explainers/tell-me-more/html/what_is_money.pt.html. Acesso em: 10 jul. 2019.

Os *digital assets*, de maneira geral, trazem dois problemas fundamentais ao mercado: um que pode ser dirimido pelos reguladores de valores mobiliários (a assimetria de informações) e outro que tende a ser um empecilho ao desenvolvimento desses ativos (o próprio poder regulatório do Estado).

Em relação a assimetria de informações, é um objetivo das regulações impor o dever de informar (*mandatory disclosure*) às empresas cujos valores estão no mercado, além do estabelecimento de regras antifraudes (*antifraud rules*, no intuito de conceder credibilidade às informações) e limitações aos *insider tradings* (às informações privilegiadas), à promoção da igualdade de oportunidades. Regulações preditivas não foram ainda desenvolvidas na maioria dos países, o que tende a perpetuar riscos de fraude (relacionadas às assimetrias de informação no mercado de *digital assets*) e a limitar o seu potencial. Quanto ao poder regulatório do Estado, pode haver a limitação do mercado por razões diversas (da segurança nacional ao *enforcement* de tributações), o que deve ser analisado pela teoria da regulação econômica (se razoáveis ou desarrazoadas, fundadas pela captura do Estado aos interesses de terceiros)[7].

As criptomoedas (*coins*) podem ser criadas pelas *Initial Coin Offerings* (ICOs), que são captações públicas de recursos que geram a sua emissão, em favor dos investidores, enquanto os *tokens* (*utility tokens* ou *security tokens*) são gerados pelos *Tokens Generation Events* (TGEs).

Como se percebe, *coins* e *tokens* não são sinônimos: *coins* (*cryptocurrencies*) são os ativos que possuem as funções de moeda (meio de troca, unidade de valor e reserva de valor) e *tokens* são os ativos digitais que não são utilizados apenas como moeda, cujas espécies, atualmente, podem ser definidas como *utility tokens* (*tokens* de serviços, como de realização de *smart contracts*) e *security tokens* (*tokens* de segurança).

Os ativos digitais (*cryptocurrencies* e *tokens*) podem ser caracterizados como valores mobiliários, no Brasil, se atendidos os requisitos pre-

[7] HENDERSON, Todd; RASKIN, Max. A Regulatory Classification of Digital Assets: Towards an Operational Howey Test for Cryptocurrencies, ICOs, and Other Digital Assets. *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, January 9, 2019. Disponível em: https://corpgov.law.harvard.edu/ 2019/01/09/a-regulatory-classification-of-digital-assets/. Acesso em: 9 julho 2019.

sentes no art. 2°, inc. X da Lei n. 6.385/1976[8], como já se pronunciou a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) sobre o tema[9].

A *Securities and Exchange Commission* (SEC) dos EUA se utiliza do *Howey Test*[10] para a definição das *cryptocurrencies* como valores mobiliários (na acepção estadunidense de *securities*), fato que atrai a sua competência sobre a matéria. *Securities* é o termo que descreve os ativos que podem ser transacionados como investimentos, para fins de regulação da *Securities and Exchange Commission* (SEC).

Assim, as criptomoedas, estruturadas sob as tecnologias de criptografia e *blockchain*, constituem-se ativos digitais (*digital assets*), dotados das características de meio de troca, unidade de valor e reserva de valor, transacionados sob plataformas *blockchain*, que merecem a atenção dos *policy makers* na medida em que os seus riscos afetam a *atividade negocial* no espaço digital (*cyberspace*).

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Initial Coin Offering (ICO)*. Nota da CVM. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171011-1.html. Acesso em: 11 jul. 2019.

HENDERSON, Todd; RASKIN, Max. A Regulatory Classification of Digital Assets: Towards an Operational Howey Test for Cryptocurrencies, ICOs, and Other Digital Assets. *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, January 9, 2019. Disponível em: https://corpgov.law.harvard.edu/2019/01/09/a-regulatory-classification-of-digital-assets/. Acesso em: 9 jul. 2019.

[8] Constituem-se valores mobiliários, de acordo com o inc. IX do art. 2° da referida lei: "IX – quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros."

[9] BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Initial Coin Offering (ICO)*. Nota da CVM. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171011-1.html. Acesso em: 11 jul. 2019.

[10] *Howey Test* é resultante do caso *Securities and Exchange Commission v. W. J. Howey Co.* (1946), à definição de ativos como *securities*. Assim, a definição de *securities* é de contratos de investimento que se fazem pela presença de um investimento comum (*common venture*) baseado em uma expectativa razoável de lucros, derivada dos esforços empreendedores ou gerenciais de outros. Assim, a determinação de um ativo digital como um contrato de investimento depende da aplicação do teste aos fatos e circunstâncias do ativo digital transacionado (no caso, às *cryptocurrencies*), o que foi realizado pela SEC. Cf. EUA. United States Supreme Court. *Securities and Exchange Commission v. W. J. Howey Co.* Washington D.C., May 27, 1946. Disponível em: https://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=328&invol=293. Acesso em: 11 jul. 2019.

HIRSCH, Frederick J. Introducing SSL and Certificates using SSLeay. *World Wide Web Journal*, v. 2, n. 3, p. 141-173, Summer 1997,. Disponível em: https://linuxsecurity.com/resource_files/cryptography/ssl-and-certificates.html. Acesso em: 11 jul. 2019.

KAZAN, Erol; TAN, Chee-Wee; LIM, Eric T. K. *Value Creation in Cryptocurrency Networks:* Towards a Taxonomy of Digital Business Models for Bitcoin Companies. Singapura, Pacific Asia Conference on Information Systems (PACIS), 2015. Disponível em: https://www.semanticscholar.org/paper/Value-Creation-in-Cryptocurrency-Networks%3A-Towards-Kazan-Tan/20a1e8b670532674c05a020fcca2ccb0a5427b75. Acesso em: 11 jul. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Banco Central Europeu. *O que é a moeda?* 24 de novembro de 2015 (atualizado em 20 de junho de 2017). Disponível em: https://www.ecb.europa.eu/explainers/tell-me-more/html/what_is_money.pt.html. Acesso em: 10 jul. 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. *Securities and Exchange Commission v. W. J. Howey Co.* Washington D.C., May 27, 1946. Disponível em: https://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=328&invol=293. Acesso em: 11 jul. 2019.

LXXIV. Contratos híbridos

Rodrigo Octávio Broglia Mendes

A referência aos contratos "híbridos" não é originalmente jurídica[1]. A rigor, ela se reporta à distinção diretriz da nova economia institucional, proposta por Ronald Coase[2], segundo a qual o agente econômico, ao tomar uma decisão, terá a alternativa de recorrer ao mecanismo de preço e, portanto, suprir a sua necessidade no *mercado*; ou irá integrar uma estrutura hierárquica, de modo que o mecanismo de preço será substituído pelo comando. De acordo com Coase, essa é uma decisão que dependerá dos custos de transação envolvidos e que explica o surgimento das firmas (*hierarquia*).

Os híbridos, a rigor, seriam arranjos formatados pelos agentes econômicos que percorrem um espectro *entre* mercado e hierarquia. O primeiro a se ocupar desses arranjos foi Oliver Williamson, que procurou demonstrar que os agentes econômicos, exatamente em razão dos custos de transação, passaram a combinar elementos de mercado e hierarquia em um mesmo arranjo. O exemplo clássico é o do contrato de franquia, no qual o franqueado "adquire" a possibilidade de utilização de certo know-how, contra o pagamento de um preço (*royalties*); e, ao mesmo tempo, é obrigado a seguir à risca certas instruções do franqueado. Mercado e hierarquia, assim, combinar-se-iam nesses arranjos, resultado em sua natureza "híbrida".[3]

Essa distinção entre mercado e hierarquia encontra sua contrapartida, na sociologia, na distinção "contrato" e "organização"[4], em que o primeiro

[1] WILLIAMSON, Oliver. "Comparative economic organization: The analysis of discrete structural alternatives". *Administrative Science Quarterly*, v. 36, n. 2, p. 269-296, 1991; MÉNARD, Claude. "The economics of hybrid organizations". *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 160, n. p. 345-376, 2004.

[2] COASE, Ronald. "The nature of the firm". *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.

[3] Ainda que híbrida, essas estruturas possuiriam sua racionalidade própria (WILLIAMSON, Oliver. "Comparative economic organization: The analysis of discrete structural alternatives". *Administrative Science Quarterly*, v. 36, n. 2, p. 294, 1991).

[4] DAINTITH, Terence; TEUBNER, Gunther. *Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1986.

termo se referiria a relações econômicas de mercado, tais como as trocas, e o segundo termo se referiria a uma particular forma de composição entre vários atores individuais que permitem, no mais das vezes, a diferenciação de um ente coletivo (e.g. as associações, as companhias etc).

No direito, a distinção não se tornou, propriamente, um modo de organização da disciplina dogmática dos contratos e das sociedades, mas é possível ser intuída a partir da própria distinção entre contrato (bilateral) e sociedade.

Nesse último caso, é sempre importante ressaltar que a doutrina privatística percebe a sociedade como um contrato, desde o direito romano. Contudo, posteriormente, a doutrina passa a identificar notas distintivas do contrato de sociedade em relação ao contrato sinalagmático, buscando inclusive delinear um regime jurídico próprio, sob a designação de contrato plurilateral[5], associativo[6] ou de organização[7].

Isso fez com que o tema dos contratos híbridos fosse, no Brasil, tematizado a partir da distinção entre contrato de intercâmbio e contrato de sociedade, sendo que os híbridos estariam no "entremeio" desses dois extremos.[8]

O acento na distinção desses dois extremos serve a um propósito. Conforme lembra Paula Forgioni, essa distinção nos traz a lembrança a distinção de Ihering entre as relações de escambo, em que os interesses dos participantes são contrapostos, e as relações de comunhão de escopo, em que os interesses são convergentes.[9] Assim, colocando o foco nos interesses envolvidos, nota-se que, de um lado, os contratos bilaterais

---

[5] ASCARELLI, Tullio. "O contrato plurilateral". *Problema das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 255-312.

[6] FERRO-LUZZI, Paolo. *I Contratti Associativi*. Milano: Giuffré Editore, 1971.

[7] BÄLZ, Ulrich. "Organisationsvertrag und Gesamthand – zur Abrenzung von Außen- und Innengesellschaften". In: LIEB, Manfred; NOACK, Ulrich; WESTERMANN, Harm Peter. *Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag*. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1998, p. 35-63; SALOMÃO FILHO, C. "Interesse social: A nova concepção". In: _____. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 44-47.

[8] "Dispuséssemos as formas jurídicas das relações entre empresas ao longo de uma linha imaginária, teríamos, em um extremo, os contratos de intercâmbio e, no outro, as sociedades. No entremeio, os mais variados tipos de contratos híbridos, que conjugam o elemento de intercâmbio com o de colaboração." (FORGIONI, Paula Andrea. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52).

[9] FORGIONI, Paula Andrea. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 179.

normalmente contrapõem interesses e, dessa forma, sua dogmática será desenvolvida tendo essa diretriz em vista, e de outro lado, os contratos de comunhão de escopo procuram prestigiar, exatamente, as condutas que permitem viabilizar a consecução do objetivo comum.

Assim, os contratos híbridos caracterizar-se-iam exatamente por se estabelecer mediante instrumentos jurídicos que normalmente contrapõem interesses (o contrato bilateral), mas que a necessidade de cooperação para a consecução do objetivo contratual é reconhecida. Essa situação força que se reconheça que esses arranjos contratuais fazem coexistir tanto um interesse comum como interesses individuais, que podem ser contrapostos.

Por essa razão que a doutrina jurídica tem estudado esses arranjos, nos mais das vezes, sob a designação de "contratos de colaboração".[10]

A ideia da colaboração, da cooperação ou mesmo da confiança, que é imanente a esses arranjos híbridos, é destacada em uma teoria contratual de origem americana, em grande medida debatida pela doutrina brasileira, que é a dos contratos relacionais.[11]

De acordo com a concepção dos contratos relacionais, dever-se-ia levar em consideração, na análise de uma série de contratos, a circunstância de que ele se projeta no tempo e, em grande medida, os vínculos de confiança estabilizam as relações dos contratantes, na falta de expressa disposição contratual.[12] Essa perspectiva, desenvolvida por Ian MacNeil, a partir de uma concepção do direito anglo-saxão, não é estranha ao direito continental, sendo estudada, desde Gierke, a partir da concepção do contrato de duração.[13]

---

[10] FORGIONI, Paula Andrea. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 193-195.

[11] MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

[12] bMACNEIL, Ian. *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*. New Haven: Yale University Press, 1980; MACNEIL, Ian. "Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law". *Northwestern University Law Review*, v. 72, n. 6, p. 854-905, 1977.

[13] GIERKE, Otto von. "Dauernde Schuldverhältnisse". *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, v. 64, n. p. 355-411, 1914; GERNHUBER, Joachim. *Das Schuldverthältnis: Begründung und Änderung; Pflichten und Strukturen; Drittwirkung*. Tübingen: J.C.B Mohr (Paulo Siebeck), 1989, p. 390; OPPO, G. "I contratti di durata". *Rivista di Diritto Commerciale*, v. 1, n. p. 143-250, 1944.

A razão de se estabelecer essa relação decorre do fato de que, na perspectiva da nova economia institucional, Williamson acentua que o estudo dos contratos relacionais se mostra relevante para a compreensão da "governança" das relações contratuais, mormente no que diz respeito aos contratos híbridos.[14]

Isso coloca, na perspectiva jurídica, os chamados contratos híbridos no campo próprio do estudo dos contratos de colaboração e de longa duração.

Uma dogmática jurídica dos contratos de colaboração, ou mesmo de duração, é um projeto em andamento. Pode-se, contudo, extrair algumas características principais, dentre as quais destacam-se:

(i) as prestações se executam de forma continuada por certo período[15], sendo certo que a própria atividade continuada é tomada como o adimplemento da obrigação[16];

(ii) uma vez que as partes celebram esses contratos com o objetivo de planejar sua execução no futuro, eles são necessariamente incompletos[17];

(iii) a intensa interdependência das partes nesses contratos faz com que se acentue a relação de confiança entre elas, permitindo uma variada estrutura de deveres, com o objetivo de se concretizar o fim contratual;[18] e

(iv) a disciplina da extinção do contrato recebe uma especial atenção, principalmente pela circunstância desses contratos de duração articularem tempo e confiança.[19]

---

[14] WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: The Free Press, 1995.

[15] GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 94.

[16] MARTINS-COSTA, Judith.; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. "Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: Questões teóricas e práticas". *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 1, n. 1, p. 1261, 2015.

[17] ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica Do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 147 e ss; MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé No Direito Privado. Critério Para a Sua Aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 367 e ss.

[18] GERNHUBER, Joachim. *Das Schuldverthältnis: Begründung und Änderung; Pflichten und Strukturen; Drittwirkung*. Tübingen: J.C.B Mohr (Paulo Siebeck), 1989, p. 388-389.

[19] GIERKE, Otto von. "Dauernde Schuldverhältnisse". *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, v. 64, n. p. 378 e ss, 1914.

Trata-se de um tema de grande recorrência na prática empresarial, com uma dogmática ainda em desenvolvimento, alcançando progressivamente importantes avanços.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral". *Problema das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 255-312

BÄLZ, Ulrich. Organisationsvertrag und Gesamthand - zur Abrenzung von Außen- und Innengesellschaften". In: LIEB, Manfred; NOACK, Ulrich; WESTERMANN, Harm Peter. *Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag*. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1998, p. 35-63

COASE, R. H. "The nature of the firm". *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937

DAINTITH, Terence; TEUBNER, Gunther. *Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1986

FERRO-LUZZI, Paolo. *I Contratti Associativi*. Milano: Giuffré Editore, 1971.

FORGIONI, Paula Andrea. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

GERNHUBER, Joachim. *Das Schuldverthältnis: Begründung und Änderung; Pflichten und Strukturen; Drittwirkung*. Tübingen: J.C.B Mohr (Paulo Siebeck), 1989

GIERKE, Otto von. Dauernde Schuldverhältnisse. *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, v. 64, n. p. 355-411, 1914

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009

MACEDO JÚNIOR., Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998

MACNEIL, Ian. Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, v. 72, n. 6, p. 854-905, 1977

MACNEIL, Ian. *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*. New Haven: Yale University Press, 1980

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé No Direito Privado. Critério Para a Sua Aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015

MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: Questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 1, n. 1, p. 1247-1299, 2015

MÉNARD, Claude. The economics of hybrid organizations. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 160, n. p. 345-376, 2004

OPPO, G. I contratti di durata. *Rivista di Diritto Commerciale*, v. 1, n. p. 143-250, 1944.

SALOMÃO FILHO, C. Interesse social: a nova concepção". In: SALOMÃO FILHO, C. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 27-52.

WILLIAMSON, Oliver. "Comparative economic organization: The analysis of discrete structural alternatives". *Administrative Science Quarterly*, v. 36, n. 2, p. 269-296, 1991.

WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: The Free Press, 1995..

LXXV. Títulos de crédito

Leonardo Miessa De Micheli

A teoria geral dos títulos de crédito e os desafios contemporâneos

Nas palavras de Newton De Lucca (2005)[1], citando o ilustre mestre Cesar Vivante, identifica-se um dos grandes desafios do Direito Empresarial: a conciliação entre os conceitos jurídicos e suas estruturas seculares e suas funções econômicas, igualmente importantes no estudo dos institutos consagrados pela doutrina.

Ao nos referirmos aos Títulos de Crédito, este esforço resta igualmente presente, como bem ressaltado por Tullio Ascarelli (1943)[2] ao explicar que "a dificuldade não reside na interpretação da norma ou na individualização do fim visado pelo legislador, mas na coordenação da norma no sistema geral".

Tais premissas são imprescindíveis ao acadêmico, operador ou entusiasta que deseje se aventurar no riquíssimo estudo de um dos mais importantes e icônicos institutos do Direito Empresarial[3], cujas sofisticação e

---

[1] *"Aos estudantes e estudiosos – já que as duas palavras não são sempre sinônimas – que amiúde me pedem conselhos e sugestão de temas para suas dissertações, não posso orientá-los senão pelo método seguido por mim. Não se aventurem a uma análise jurídica sem conhecerem a fundo a estrutura técnica e a função econômica do instituto que é objeto de seus estudos.*". DE LUCCA, Newton. *A Influência do Pensamento de Tullio Ascarelli em Matéria de Títulos de Crédito no Brasil,* São Paulo, Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, v. 69, p. 11-39, 2005.

[2] "*O problema dos títulos de crédito é, mais que qualquer outro, um problema de técnica jurídica, pois, com frequência, a dificuldade não reside na interpretação da norma ou na individualização do fim visado pelo legislador, mas na coordenação da norma no sistema geral. E justamente por isso, lembramos que o problema dos títulos de crédito tem origem no contraste entre as exigências da circulação e as regras de direito comum".* ASCARELLI, Tullio. *Teoria Geral dos Títulos de Crédito,* São Paulo: ed. Saraiva, 1943, p. 18.

[3] *"Graças aos títulos de crédito pode o mundo moderno mobilizar as próprias riquezas; graças a eles o direito consegue vencer tempo e espaço, transportando, com a maior facilidade, representados nestes títulos, bem distantes e materializando, no presente, as possíveis riquezas futuras".* ASCARELLI, Tullio. *apud* DE LUCCA, Newton, DEZEM, Renata Mota Maciel. *Títulos de crédito eletrônicos***.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. CAMPILONGO, Celso Fernandes, et al. (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

engenhosidade aplicadas em seu desenvolvimento secular permitiu justamente a união entre a segurança de conceitos jurídicos consolidados milenarmente e as necessidade negociais que demandavam instrumentos eficazes na exata medida criada e exigida pelos agentes mercantis.

Observam-se, nestes instrumentos, simbioses arrojadas entre institutos tradicionais do direito de origem romana e instrumentos práticos desenvolvidos pela própria atividade negocial, como os efeitos da propriedade e da posse aplicados a um pedaço de papel, cujo direito estaria *incorporado* no *"documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado"*[4].

Sobre este chamado fenômeno da *incorporação*[5], muitos autores se debruçaram sobre a acuidade de tal expressão, justamente pelos complexos efeitos que dela emanariam ao compreender que o direito estaria *contido* ou *mencionado* no documento, noção esta que atribui ao título de crédito o *status* jurídico de *coisa* e o sujeita, portanto, às regras de circulação e transmissão de propriedade, não às de cessão de direitos.

Asquini (1951)[6], ao nosso sentir, arrematou tal debate conceitual ao considerar a expressão metafórica e, mesmo com "as imperfeições de toda metáfora", se mostrava "certamente eficaz", tendendo a doutrina pela aceitação do conceito, em especial a italiana, que apesar das críticas de

---

Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/254/edicao-1/titulos-de-credito-eletronicos. Acesso em: 04.07.2019.

[4] Tradução livre e consagrada do conceito de Título de Crédito produzida por Cesare Vivante. VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*. 5.ª edição, vol. III, Ed. Francesco Vallardi, Milão, 1935, pp. 63 e 164. Nota: Este conceito é tido pela doutrina como o mais adequado para definir o que representa e o que se pode exigir de um título de crédito, sendo de fato uma evolução daquele anteriormente formulado por Brunner (BRUNNER, Heinrich. *Die Wertpapiere, em Endemann Handbuch,* vol. II, 1882, p. 147) que o descrevia como '*documento de um direito privado que não se pode exercitar se não se dispõe do título*'. Há que se observar que o conceito de Vivante se apresenta mais amplo, uma vez que dele se podem extrair dois elementos a mais do que apenas a relevância documental presente em ambos os conceitos: a literalidade e a autonomia.

[5] Alguns autores teriam como mais correta a expressão "*imagem plástica*", como Messineo e Ferri, porém, não excluíram a análise do fenômeno da incorporação sobre os títulos de crédito. MESSINEO, Francesco. *I Titolo di Credito*, vol. I, 2ª ed., Padova: CEDAM, 1934, p. 08. FERRI, Giuseppe. *I Titoli di Credito,* Torino: Ed. Torinese, 1950, p. 6.

[6] "*Il possesso del documento d'altra parte diviene essenziale in qualsiasi momento della vita del diritto per Il suo esercizio. E' questo il congegno giuridico della cosidetta 'incorporazione' del diritto nel titolo. La parola à metafórica, com la imperfezioni di tutte la metafore, ma è certamente efficace".* ASQUINI, Alberto. *Titoli di Credito: e em particolare cambiale e titoli bancari di pagamento.* Padova: CEDAM, 1951, p. 41.

parte dos autores sobre a terminologia utilizada, a considerou, mesmo com as ressalvas acima apontadas, extremamente útil para o elo entre o documento e o direito.

O fenômeno acima citado é apenas um exemplo das muitas contribuições conquistadas na construção da teoria geral dos títulos de crédito, e não por menos é considerado um dos mais relevantes institutos do Direito Empresarial, o qual, hodiernamente, vem sendo novamente desafiado, em especial pela irrevogável tendência de extinção dos suportes físicos dos instrumentos utilizados para documentação do crédito.

Com diversos exemplos de títulos de crédito atualmente existentes[7], sem prejuízo da possível criação de novas espécies típicas e atípicas[8], a po-

[7] Eis alguns exemplos: 1. Letra de câmbio (Convenção de Genebra de 07.06.1930, para adoção de uma Lei Uniforme em matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias – Anexo I – a que o Brasil aderiu em 26.08.1942, promulgada pelo Decreto 57.663 de 24.01.1966, com ressalva de certas "reservas" constantes do Anexo II; e subsidiariamente, o Decreto 2.044, de 31.12.1908, a assim chamada Lei Saraiva – designação originária do nome do autor do texto do substitutivo ao projeto de que o diploma surgiu, o ilustre José Antonio Saraiva). 2. Nota Promissória (mesma fonte normativa); 3. Cheque (Lei 7.357, de 02.09.1985. Obs.: essa lei consolidou entre nós o texto da Convenção de Genebra de 19.03.1931 para adoção de uma Lei Uniforme de Cheques a que o Brasil aderiu em 26.08.1942, promulgada pelo Decreto 57.595 de 07.01.1966). 4. Duplicata Mercantil (Lei 5.474 de 18.07.1968); 5. Duplicata de Prestação de Serviços (idem); 6. Certificado de Depósito Bancário (CDB) – modalidade simples – Lei 4.728 de 14.07.1965, art. 30. 7. Certificado de Depósito Bancário em garantia (CD1 financeiros depositados em Banco de Investimento – art. 31 da Múltiplo com carteira de Investimento); 8. Letra de Câmbio Financeira (Lei 4.728/65, art. 27); 9. Nota Promissória Financeira (idem); 10. Letra Imobiliária (Lei 4.380 de 21.08.1964, art. 44 et seq.); 11. Cédula Hipotecária (Decreto-lei 70 de 21.11.1966, art. 10 e et seq.; 12. Letra Hipotecária (Lei 7.684 de 02.12.1988); 13. Cédula Rural Pignoratícia (Decreto-lei 167 de 14.02.1967); 14. Cédula Rural Hipotecária (idem); 15. Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária (idem)', 16. Nota de Crédito Rural (idem); 17. Nota Promissória Rural (idem); 18. Duplicata Rural (idem); 19. Cédula de Crédito Industrial (Decreto-lei 413 de 09.01.1969); 20. Nota de Crédito Industrial (idem); 21. Cédula de Crédito à Exportação (Lei 6.313 de 16.12.1975); 22. Nota de Crédito à Exportação (idem); 23. Cédula de Crédito Comercial (Lei 6.840 de 03.11.1980); 24. Nota de Crédito Comercial (idem); 25. Conhecimento de Depósito (Decreto 1.102, art. 15, de 21.01.1903); 26. Warrant (idem) 27. Conhecimento de Transporte de Mercadoria por terra, água e mar (Decreto 19.473 de 10.12.1930); 28. Conhecimento de Depósito Cooperativo (Lei 5.764 de 16.12.1971, art. 82); 29. Warrant Cooperativo (idem); 30. Conhecimento de Transporte Intermodal (Lei 6.288 de 11.11.1975). FRONTINI, Paulo Salvador. *Títulos de Crédito e Títulos Circulatórios: que futuro a informática lhes reserva?* Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 85, n. 730, p. 50-67, ago. 1996.

[8] Indica-se ao leitor às seguintes obras que se debruçam sobre a questão dos títulos de crédito atípicos: CHATEAUBRIANT FILHO, Hindemburgo. Liberdade de Criação de Títulos de Crédito Atípicos. In: WALD, Arnoldo. (Org.). *Doutrinas Essenciais* – Direito Empresarial: Títulos de Crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 133/142; MARTORANO, Federico. *Libertà di Creazione Dei Titoli di Credito Atipici ed Autonomia Privata. Banca, Borsa e Titoli di Credito*,

tencial substituição do suporte físico do papel pelas plataformas eletrônicas de comunicação é ponto em comum a todos, havendo que se fazer especial menção, nesse sentido, às duplicatas denominadas *escriturais*.

As duplicatas *escriturais*[9], em muito inspiradas nas experiências francesa (*lettre de change-relevé*[10]) e alemã (*Lastschriftverkehr*[11]) e na vanguardista obra *A Cambial-Extrato*[12], permitiram o desenvolvimento de uma nova era no tratamento dos títulos de crédito, e que viria a permitir, embrionariamente, a conceituação de títulos virtuais ou desmaterializados.

Não por menos, fora promulgada a recente Lei 13.775, de 20 de dezembro de 2018[13], a qual *ratificou* em termos legais a duplicata *escritural* ou *virtual*, já amplamente convalidada pela doutrina e jurisprudência.

Milano, 61(1): 385-99, 1978; e LA LUMIA, Isidoro. Il Problema Della c.d. Libertà di emissione Dei Titoli di Credito Atipici o Innominati. In: *Banca, Borsa e Titoli di Credito*. Milano, 20:22-30, 1942.

[9] E assim chamadas uma vez que o título não mais dependia do aceite do devedor para sua circulação e cobrança, sendo criado um mecanismo de espelhamento das emissões em registros escriturais.

[10] Indica-se ao leitor a obra de VASSEUR, Michel. *La Lettre de Change-Relevé – De l'influence de l'informatique sur le Droit,* Paris: Éditions Sirey, 1976.

[11] *"Trata-se da Lastschriftverkehr, título de cobrança próximo da nota de débito, que permite ao intermediário bancário promover débitos na conta do devedor, em seu estabelecimento ou no outro banco, desde que haja prévia ordem de débito dada pelo devedor ao credor, além de autorização escrita para cobrança.* PENTEADO, Mauro Rodrigues. Reflexões sobre os títulos de crédito eletrônicos em face do novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim P. de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (coord.). *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 13/14.

[12] DE LUCCA, Newton. *A Cambial-Extrato*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1985

[13] Dispõe sobre a emissão de duplicata sob a forma escritural.

Neste espeque, diversos estudos e artigos[14] foram desenvolvidos ao longo das últimas décadas, indicando uma nova fase[15] histórica no desenvolvimento constante da teoria geral dos títulos de crédito, não mais restritos às duplicatas, mas aplicáveis potencialmente a todas as espécies: a fase dos títulos desmaterializados.

As funções dos títulos de crédito, apesar de modificadas no transcorrer da evolução das relações comerciais e das tecnologias implementadas, ainda se mantém relevantes, ainda sendo utilizados como eficazes instrumentos de circulação de valores e, principalmente, de fomento e segurança na concessão de crédito, sendo este último elemento imprescindível na manutenção e desenvolvimento das atividades negociais.

Por fim, destacando-se que os brevíssimos apontamentos trazidos no presente verbete nem de perto encerram as extensas variantes que o estudo destes instrumentos comerciais e suas aplicações emana, cabe uma última reflexão sobre os novos desafios a serem enfrentados em matéria de títulos de crédito: a existência de novas plataformas tecnológicas que podem servir de suporte ao registro escritural e à circulação dos títulos (*blockchain* e Tecnologias de Rede Distribuídas); e a contribuição técnico-jurídica da eficiente e evolutiva teoria geral construída aos títulos de crédito no esforço da conceituação de novos instrumentos comerciais anômalos, como os criptoativos, *tokens virtuais*, dentre outros.

---

[14] RIBEIRO, Ivanildo. *O suporte eletrônico dos títulos de crédito no projeto do Código Comercial.* Reflexões sobre o projeto de Código Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Tiago Asfor Rocha Lima e Marcelo Guedes Nunes (coords). São Paulo: Saraiva, 2013; CATAPANI, Márcio Ferro. *A exequibilidade das duplicatas virtuais e os boletos bancários: comentário ao acórdão proferido pelo STJ no REsp 1.024.691-PR*. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, v. 112. São Paulo: TRF3, 2012; PARENTONI, Leonardo Netto. A Duplicata Virtual sob Perspectiva. *Revista do TRF3* – Ano XXV – n. 120 – Jan./Mar. 2014 DE LUCCA, Newton**.** Títulos e contratos eletrônicos: o advento da Informática e suas consequências para a pesquisa jurídica. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO Filho, Adalberto. (coords.) *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 30 – 126.; (vi) DE LUCCA, Newton. Do título papel ao título eletrônico. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 16, nº 60, p. 169-187, 2013.

[15] "*já existe substrato – tanto fático/tecnológico quanto jurídico – para a existência de títulos de crédito genuinamente eletrônicos (duplicata eletrônica, ao invés da duplicata virtual). Porém, a prática mercantil ainda não os consolidou. É o que se espera que aconteça num futuro próximo, consubstanciando a quarta fase histórica das duplicatas. É absolutamente provável que, no futuro, com a popularização do uso de determinadas tecnologias, como a assinatura digital assimétrica, o Brasil ingresse numa nova fase, na qual o próprio título de crédito será integralmente eletrônico, em todas as suas etapas".* PARENTONI, Leonardo Netto. A Duplicata Virtual sob Perspectiva. *Revista do TRF3* – Ano XXV – n. 120 – Jan./Mar. 2014, p. 108.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

ASCARELLI, Tullio. *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, São Paulo: ed. Saraiva, 1943;

ASQUINI, Alberto. *Titoli di Credito: e em particolare cambiale e titoli bancari di pagamento.* Padova: CEDAM, 1951;

BRUNNER, Heinrich. *Die Wertpapiere, em Endemann Handbuch*, vol. II, 1882;

CATAPANI, Márcio Ferro. *A exequibilidade das duplicatas virtuais e os boletos bancários: comentário ao acórdão proferido pelo STJ no REsp 1.024.691-PR*. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, v. 112. São Paulo: TRF3, 2012;

CHATEAUBRIANT FILHO, Hindemburgo. *Liberdade de Criação de Títulos de Crédito Atípicos*. In: WALD, Arnoldo. (Org.). Doutrinas Essenciais – Direito Empresarial: Tìtulos de Crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

DE LUCCA, Newton, DEZEM, Renata Mota Maciel. *Títulos de crédito eletrônicos*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. CAMPILONGO, Celso Fernandes, et al. (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/254/edicao-1/titulos-de-credito-eletronicos. Acesso em: 04.07.2019;

_____. *A Cambial-Extrato*, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1985;

_____. *A Influência do Pensamento de Tullio Ascarelli em Matéria de Títulos de Crédito no Brasil*, São Paulo, Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, v. 69, p. 11-39, 2005;

_____. *Aspectos da Teoria Geral dos Títulos de Crédito,* São Paulo: ed. Pioneira, 1979;

_____. *Do título papel ao título eletrônico*. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, v. 16, nº 60, p. 169-187, 2013;

_____. *Títulos e contratos eletrônicos: o advento da Informática e suas consequências para a pesquisa jurídica.* In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO Filho, Adalberto. (coords.) Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 30 – 126;

FERRI, Giuseppe. *I Titoli di Credito*, Torino: Ed. Torinese, 1950;

FRONTINI, Paulo Salvador. *Títulos de Crédito e Títulos Circulatórios: que futuro a informática lhes reserva?* Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 85, n. 730, p. 50-67, ago. 1996;

LA LUMIA, Isidoro. *Il Problema Della c.d. Libertà di emissione Dei Titoli di Credito Atipici o Innominati*. In: Banca, Borsa e Titoli di Credito. Milano, 20:22-30, 1942;

MARTORANO, Federico. *Libertà di Creazione Dei Titoli di Credito Atipici ed Autonomia Privata*. Banca, Borsa e Titoli di Credito, Milano, 61(1): 385-99, 1978;

MESSINEO, Francesco. *I Titolo di Credito*, vol. I, 2ª ed., Padova: CEDAM, 1934;

PARENTONI, Leonardo Netto. *A Duplicata Virtual sob Perspectiva*. Revista do TRF3 – Ano XXV – n. 120 – Jan./Mar. 2014;

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Reflexões sobre os títulos de crédito eletrônicos em face do novo Código Civil*. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim P. de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Coord.). Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

RIBEIRO, Ivanildo. *O suporte eletrônico dos títulos de crédito no projeto do Código Comercial*. Reflexões sobre o projeto de Código Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Tiago Asfor Rocha Lima e Marcelo Guedes Nunes (coords). São Paulo: Saraiva, 2013;

VASSEUR, Michel. *La Lettre de Change-Relevé – De l'influence de l'informatique sur le Droit*, Paris: Éditions Sirey, 1976;

VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*, 5.ª edição, vol. III, Ed. Francesco Vallardi, Milão, 1935.

LXXVI. Títulos de crédito eletrônicos

Reinaldo Velloso dos Santos

O título de crédito, categoria documental surgida da praxe comercial a partir da Idade Média, continua a exercer papel de extrema relevância na economia mundial, tanto por permitir a mobilização do crédito, como pela facilitação do exercício do direito nele mencionado por seu titular. Ao longo da história, a assimilação das novas tecnologias à atividade empresarial teve importantes reflexos sobre a feição dos títulos de crédito que, não obstante as progressivas mudanças na forma de representação, continuam, em sua essência, sujeitos aos mesmos princípios e cumprindo suas tradicionais funções sob o aspecto econômico. O Código Civil de 2002, aliás, seguiu a diretriz de Cesare Vivante ao definir o título de crédito como documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido.[1]

Ressalte-se, no processo de evolução dos títulos de crédito eletrônicos no Brasil, a importância da expressa previsão da remessa das indicações das duplicatas por meio eletrônico, na forma do parágrafo único do art. 8º da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997,[2] que disciplinou o protesto notarial em âmbito nacional.[3] Além disso, com o advento do Código Civil de 2002, nosso ordenamento jurídico passou a contemplar expressamente a possibilidade de emissão de títulos de crédito eletrônicos. Com efeito, dispõe o § 3º do art. 889 que: "O título poderá ser

[1] Embora com imperfeição terminológica, uma vez que a melhor tradução para o lapidar conceito de Cesare Vivante seria o termo "mencionado" ao invés de "contido", como apontado pela melhor doutrina.

[2] "Art. 8º Os títulos e documentos de dívida serão recepcionados, distribuídos e entregues na mesma data aos Tabelionatos de Protesto, obedecidos os critérios de quantidade e qualidade. Parágrafo único. Poderão ser recepcionadas as indicações a protestos das Duplicatas Mercantis e de Prestação de Serviços, por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados, sendo de inteira responsabilidade do apresentante os dados fornecidos, ficando a cargo dos Tabelionatos a mera instrumentalização das mesmas".

[3] O tema foi objeto da dissertação de Mestrado do autor deste trabalho, intitulada *Apontamentos sobre o protesto notarial,* defendida em 2012 junto à Universidade de São Paulo e depositada na Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da USP. Disponível em <https://www.teses.usp.br>. Acesso em 18 jul. 2019.

emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo". Embora a proposta tenha visado a disciplina da emissão eletrônica das duplicatas, o fato é que tal previsão se aplica tanto aos títulos de crédito atípicos, como também àqueles regidos por lei especial.

A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, reconhece expressamente a validade da emissão eletrônica de duplicatas, como ficou assentado na edição nº 56 do informativo "Jurisprudência em Teses", com o seguinte teor: "3) As duplicatas virtuais possuem força executiva, desde que acompanhadas dos instrumentos de protesto por indicação e dos comprovantes de entrega da mercadoria e da prestação do serviço".[4] Como bem apontou o Professor Newton De Lucca em artigo recente: "A verdade é que hoje, praticamente, não mais existem as duplicatas cartularizadas, salvo quando o banco receia eventual inadimplemento de seu cliente, o sacador".[5]

O estudo histórico dos títulos de crédito eletrônicos indica que foi no âmbito do mercado de valores mobiliários que se notou um processo consistente de migração da forma cartular para o sistema escritural, em meio eletrônico, fenômeno ocorrido em outros ordenamentos jurídicos.[6] No Brasil, o Código Comercial de 1850, por exemplo, já previa duas formas de ações das companhias: título ao portador ou de inscrição nos registros da companhia. A legislação societária de 1976, por sua vez, tratou das ações escriturais, dispensando o uso de certificados, sistema posteriormente aperfeiçoado pelos agentes de mercado com a adoção do meio eletrônico.

---

[4] Dentre outros precedentes indicados encontram-se: EREsp 1024691/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 22/08/2012, DJe 29/10/2012; REsp 1024691/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/03/2011, DJe 12/04/2011; e REsp 1037819/MT, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 10/03/2010.

[5] *Do título papel ao título eletrônico*. p. 183.

[6] De acordo com Amadeu José Ferreira: "o Direito não é imune às necessidades do tráfico. Estas forçam soluções muitas vezes contra a lei instituída ou surgem à margem dela. A lei limita-se muitas vezes a reconhecer e regular o que a prática já criou e desenvolveu, como já tinha acontecido com os títulos de crédito. O mesmo aconteceu com a criação dos valores escriturais. Dada a inadequação das coisas corpóreas para circular nos modernos meios de comunicação, havia que encontrar outras técnicas que se lhes adaptassem. Essa foi a técnica dos registos". *Valores mobiliários escriturais*. p. 344.

A forma nominativa, prevista no Código Civil de 2002,[7] é plenamente compatível com a disciplina jurídica dos títulos de crédito. Nesse particular, Cesare Vivante observava há um século, de forma precisa, que não existe nenhuma diferença substancial entre os títulos nominativos e cartulares, especialmente sob o aspecto econômico.[8]

O sistema de escrituração mercantil nasceu da necessidade do comércio e dos banqueiros,[9] como meio de perpetuação dos fatos mais relevantes da atividade empresarial. Posteriormente, a manutenção da escrituração passou a ser exigida pela legislação[10] que, em contrapartida, conferiu força probante a esses documentos.[11]

Feitas essas considerações, cabe observar que no Brasil os primeiros atos normativos disciplinando títulos em meio eletrônico, foram os relativos a títulos públicos. Por meio da Circular nº 466, de 11 de outubro de 1979, foi divulgada a deliberação da Diretoria do Banco Central do Brasil que aprovou o Regulamento do "Sistema Especial de Liquidação

[7] Conforme disposto nos artigos 921 e seguintes.

[8] No *Tratatto di Diritto Commerciale*, afirmou que: "Per l'economista, per l'uomo di affari si trata adunque soltanto di cambiamenti transitorii, di forme destinate a surrogarsi per meglio raggiungere gli scopi della circolazione. Il giurista, che deve adattare le sue costruzioni alle funzioni economiche dell'istituto, non deve, astraendo, dalla realtà, creare una differenza sostanziale che non esiste nella coscienza e nella pratica degli uomini d'affari. È facile dimostrare eziandio che la natura giuridica dei titoli nominativi è nella sua essenza conforme a quella dei titoli di credito all'ordine e al portatore". p. 219.

[9] De acordo com Trajano de Miranda Valverde: "A suposição de que o uso de livros, na prática da mercancia, vem de época em que se generalizaram as operações a crédito, é perfeitamente aceitável. Escrever ou registrar, pelos meios e processos então conhecidos, a quantidade e a qualidade das mercadorias compradas ou vendidas, o nome do credor ou do devedor, o preço delas, a data e a moeda do pagamento, era uma necessidade para o comerciante, para fugir às deficiências ou à infidelidade da memória*". Fôrça probante dos livros mercantis*. p. 9-10. Mais adiante prosseguiu: "Se o banqueiro podia fàcilmente apurar na sua escrituração o montante do débito ou do crédito dos seus clientes, êstes nem sempre tinham elementos seguros para verificar a soma exata do seu débito ou do seu crédito. Recebendo o extrato de sua conta, podia o cliente, devedor ou credor, ter suas dúvidas. Dava-lhe, então, o pretor o direito de pedir a exibição dos livros do banqueiro". Op. cit. p. 17.

[10] O Código Comercial de 1850 dispunha: "Art. 10. Todos os commerciantes são obrigados: 1. A seguir huma ordem uniforme de contabilidade e escripturação, e a ter os livros para esse fim necessarios [...] 3. A conservar em boa guarda toda a escripturação, correspondencias e mais papeis pertencentes ao giro do seu commercio, em quanto não prescreverem as acções que lhes possão ser relativas". O Código Civil prevê a necessidade de manutenção do livro Diário, além dos demais exigidos por lei, e permite sua escrituração eletrônica (art. 1.180).

[11] Dentre outras disposições relevantes a respeito do assunto, pode-se mencionar o art. 226 do Código Civil; e o art. 410, inciso III, bem como o art. 415, incisos I e II, ambos do Código de Processo Civil.

e de Custódia de Letras do Tesouro Nacional". Outros importantes diplomas foram o Decreto-lei nº 2.376, de 25 de novembro de 1987, sobre a Letra Financeira do Tesouro – LFT, e o Decreto nº 578, de 24 de junho de 1992, que tratou dos Títulos da Dívida Agrária – TDA.

Em relação aos títulos privados, pode-se mencionar o Decreto-lei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, relativo às letras hipotecárias, que poderiam ser nominativas ou endossáveis, e o Decreto-lei nº 2.478, de 27 de setembro de 1988, que previu a dispensa de emissão de certificado, caso em que a letra ficaria registrada sob a forma escritural na instituição emissora.

Outro relevante diploma legal foi a Lei nº 8.929, de 22 de agosto de 1994, que instituiu a Cédula de Produto Rural – CPR, representativa de promessa de entrega de produtos rurais, estabelecendo a inscrição do título em sistema de registro e de liquidação financeira, administrado por entidade autorizada pelo Banco Central do Brasil, como condição indispensável para a sua negociação. De acordo com essa lei, a cédula tem a forma cartular antes do registro e após a sua baixa; e escritural ou eletrônica enquanto permanecer registrada em sistema de registro e de liquidação financeira.

Houve posteriormente a edição de uma série de diplomas dispondo sobre títulos eletrônicos, como a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, relativa ao financiamento imobiliário e introduziu em nosso ordenamento Jurídico o Certificado de Recebíveis Imobiliários – CRI; permitiu a diversas instituições financeiras a emissão de Letra de Crédito Imobiliário – LCI; e instituiu a Cédula de Crédito Imobiliário – CCI.

Por sua vez, a Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, disciplinou a emissão, pelas instituições financeiras, de título representativo das Cédulas de Crédito Bancário por elas mantidas em depósito, admitindo a forma escritural para o certificado, com a transferência mediante termo de transferência, com a averbação junto à instituição financeira emitente.

Outros importantes marcos legais foram a Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004, que trata dos títulos de crédito do agronegócio; a Lei nº 11.882, de 23 de dezembro de 2008, que disciplina a Letra de Arrendamento Mercantil – LAM; a Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, sobre Letra Financeira, título de crédito nominativo; e a Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015, no que concerne à Letra Imobiliária Garantida – LIG.

Mais recentemente, a Lei nº 13.775, de 24 de dezembro de 2018, disciplinou a emissão da duplicata em meio eletrônico, feita mediante lançamento em sistema eletrônico de escrituração gerido por entidades especificamente autorizadas, o qual deve abranger a apresentação, aceite, devolução e formalização da prova do pagamento; o controle e transferência da titularidade; a prática de atos cambiais sob a forma escritural, tais como endosso e aval; as indicações, informações ou declarações referentes à operação com base na qual a duplicata foi emitida ou ao próprio título; e a inclusão de informações de ônus e gravames incidentes sobre as duplicatas.

Nesse contexto, percebe-se a acertada previsão do Professor Newton De Lucca, quanto à superação de supostos óbices na transição dos títulos de crédito do meio físico para o meio eletrônico, que acabou por prevalecer. Em estudo pioneiro, elaborado há mais de três décadas, afirmou:

> a passagem do conceito de 'documento-papel' para a nova concepção de 'documento eletrônico' não esbarra, na verdade, em nenhum óbice de natureza terminológica. A fita magnética, no nosso caso, se constitui num material plenamente apto a produzir um documento, tão válido e eficaz quanto o é o papel desde os tempos mais antigos. Nem poderia, aliás, ser de outra forma. O que importa para o Direito, evidentemente, não é o tipo de material empregado na constituição de um determinado documento, mas sim a sua aptidão para representar, com autenticidade, uma declaração de vontade positiva ou negativa, um certo fato ou ainda um direito.[12]

Enfim, os títulos de crédito, documentos surgidos inicialmente da necessidade do comércio na Idade Média, não poderiam deixar de se adaptar às radicais transformações decorrentes das novas tecnologias. O que importa, afinal, é a relevante função econômica por eles exercida, não a forma inicialmente adotada, a qual foi modificada ao longo da história da humanidade.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Tradução de Nicolau Nazo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

[12] *A cambial-extrato*. p. 145.

FERREIRA, Amadeu José. *Valores mobiliários escriturais*: um novo modo de representação e circulação de direitos. Coimbra: Almedina, 1997.

LUCCA, Newton de. *A cambial-extrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

LUCCA, Newton de. *Aspectos da teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: Pioneira, 1979. – (Biblioteca Pioneira de Direito Empresarial).

LUCCA, Newton de. Do título papel ao título eletrônico. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 60, p. 169-187, 2013.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Fôrça probante dos livros mercantis*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

VIVANTE, Cesare. *Tratatto di Diritto Commerciale*. 4. ed., riv. ampl. Milano: Francesco Vallardi, 1914. v. III. Le cose (merci e titoli di credito, compresa la cambiale).

LXXVII. Sistema brasileiro de defesa da concorrência

Vinicius Marques de Carvalho

A defesa da concorrência é uma política pública com incidência sobre as relações políticas, econômicas e sociais e, não por outra razão deve ser encarada como um resultado de um processo histórico que não se dissocia de fatores políticos, econômicos e sociais do país. De tal modo que, a despeito de ter surgido nos Estados Unidos com o Sherman Act em 1890, sua evolução enquanto política estatal se deu de modos diferentes em muitos países.

No Brasil o sistema de defesa da concorrência surge sob uma perspectiva nacionalista com o intuito de proteger o processo de industrialização nascente nos anos 60. Apesar de a Constituição de 1946, ter trazido em seu artigo 148 o princípio da repressão do abuso do poder econômico, a política de defesa da concorrência apenas se estabelece de fato após a promulgação da Lei nº 8.884 de 1994. O processo de concretização da defesa da concorrência no Brasil atinge seu auge com a aprovação da Lei 12.529, em 2011. Tal mudança, no entanto, não representa uma grande ruptura a esse modelo anterior, mas resultado de um processo de aprendizagem e acumulações retiradas nos anos que a antecederam, visando à concretização da estruturação de uma autoridade de defesa da concorrência com o desenho institucional necessário para aumentar – cada vez mais – sua eficiência.

Ao passo que regula a conduta dos agentes econômicos, a defesa da concorrência busca proteger e promover a competição, com o intuito de fomentar um espaço competitivo capaz de atingir menores preços, melhores produtos, maior variedade de escolhas para os consumidores e maior eficiência. O intuito basilar do direito da concorrência é conter manifestações prejudiciais de um poder econômico. Importante ressaltar que o poder econômico por si não é uma infração a ordem econômica, mas sim quando é usado de forma a corromper o livre jogo do mercado.

Para alcançar tal objetivo, a defesa da concorrência lança mão de dois tipos de instrumentos: (i) de ordem estrutural – mediante uma atuação

preventiva, a autoridade antitruste controla o aparecimento de estruturas de mercado indesejáveis e; (ii) de controle de condutas dos agentes econômicos, por meio de uma atuação repressiva, em qual condutas anticompetitivas são punidas.

O que implica que a defesa da concorrência não atua estruturando os mercados, mas de forma eventual, quando há o risco de que determinada conduta provoque efeitos deletérios a concorrência. Além disso, a autoridade antitruste apenas age quando uma operação econômica com potencial anticompetitivo está prestes a ser realizada, de forma que é sempre uma atuação reativa. Trata-se também de uma política que age apenas no espaço da operação econômica submetida a análise da autoridade e assim, residual, sem interferir no mercado em sua totalidade.

A autoridade antitruste brasileira: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)

A aplicação dessas regras no antitruste brasileiro é feita pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça que possui autonomia administrativa. O Cade é constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos. Os dirigentes da autarquia têm mandato e suas decisões são proferidas pela Superintendência-Geral e pelo Tribunal Administrativo. A Superintendência-Geral cumpre a função investigativa do Cade, enquanto o Tribunal é um colegiado composto de sete membros, que inclui o Presidente.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) do Ministério da Fazenda era, sob a Lei 8.884/94, responsável pela análise de atos de concentração, ao passo que competia à Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça a análise de condutas anticompetitivas e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica o julgamento de ambos os tipos de procedimentos. A partir da promulgação da Lei nº 12.529/11, temos no Cade a centralização de todas as funções, mas a conservação da essencial autonomia entre investigação e julgamento por meio do estabelecimento de duas entidades distintas, a Superintendência-Geral (SG) e o Tribunal Administrativo. À Seae foi atribuído o papel de coordenação e promoção da advocacia da concorrência.

Nesse momento, a atuação do Cade passa a se pautar, de um lado pela autonomia e de outro, pela coordenação com outras políticas. No desenho institucional proposto pela nova lei de defesa da concorrência, sobressai o objetivo de garantir autonomia para a política de defesa da concorrência, principalmente pela autonomia do próprio Cade. Apesar disso, nos anos que sucederam a promulgação da lei, depreende-se os desafios impostos pelas necessidades cotidianas de cooperação com outros órgãos estatais. Trata-se da busca por um equilíbrio e a autarquia tem sido bem-sucedida nesse sentido. Embora seja possível notar uma tímida priorização das ações que reforçam a autonomia da política de defesa da concorrência, a atuação conjunta com o Poder Judiciário e o Ministério Público tem rendido bons resultados. Assim, arrisca-se dizer que o futuro da política de defesa da concorrência estará gradualmente atrelado à sua capacidade de influenciar e reagir aos estímulos de outras políticas estatais, na medida em que seja capaz de manter sua autonomia sem se tornar isolada aos movimentos externos.

A mudança organizativa que se deu após a promulgação, buscava implementar a coerência necessária à política pública também no esqueleto do SBDC. A lei criou uma estrutura piramidal na qual as competências de SDE e Seae foram assumidas pela Superintendência-Geral. No topo da pirâmide, as tarefas do antigo Cade foram assumidas pelo Tribunal Administrativo. Essa alteração culminou no desenvolvimento de nova cultura organizacional, que não se intentava uma efetiva modificação daquilo que se apresentava em qualquer das agências anteriores, mas o desenvolvimento de uma nova lógica de trabalho. Para estimular o surgimento desse novo ambiente, incentivou-se o intercâmbio de profissionais entre os dois polos da nova entidade, o que resultou em técnicos que antes trabalhavam junto à autoridade judicante assumindo funções instrutórias, e vice-versa.

Em sua atuação, além de prezar pela coerência, o Cade foca em operar com eficiência e efetividade. No que toca a eficiência, têm-se que a antiga lei previa a análise posterior de atos de concentração, enquanto a Lei nº 12.529/2011 institui a análise prévia, fazendo com que a autoridade antitruste aja de modo preventivo. A implementação da análise anterior dos atos de concentração representou um grande giro na questão de eficiência da autoridade antitruste. Mesmo porque, como institui a Lei 12.529/11, há um prazo de 240 dias para a análise de um AC. A pressão

colocada por esse deadline exigiu alterações no procedimento, como por exemplo a necessidade de, desde o primeiro momento, as requerentes apresentarem à autoridade toda a documentação necessária à análise.

Ao considerar as mudanças concernentes a efetividade do Cade após a promulgação da nova lei, três pontos merecem destaque. Em primeiro lugar, houve um aumento significativo do número de julgamentos de casos de cartel, isso se deu justamente devido ao aumento do escopo investigativo propiciado pela análise prévia de atos de concentração. Além disso, houve um aperfeiçoamento da política de acordos da autoridade antitruste, fazendo com que mais acordos de leniência e termos de cessação de conduta fossem celebrados. Isso se deu devido a um processo de amadurecimento da autarquia enquanto autoridade antitruste, mediante o desenvolvimento de maior clareza e segurança jurídica que culminaram em uma política coesa de negociação, aliado aos esforços feitos pela autoridade em priorizar a investigação de cartéis, especialmente os nacionais.

No mais, ressalta-se a atuação da autarquia na investigação e combate a cartéis internacionais. A mudança de efetividade nesse ponto ocorreu devido a delimitação de quais cartéis internacionais deveriam ser objeto de análise do Cade. Para tanto, o consenso alcançado na autarquia foi de que seriam alvo da autoridade antitruste brasileira cartéis internacionais que de algum modo provocassem impacto em nosso território. De tal forma que o Cade perseguirá cartéis que envolvem o Brasil ou empresas que exportam para o país

Na busca por aprimorar sua atuação, o Cade vem trabalhando em conceder as empresas maior segurança jurídica, reforçar sua capacidade investigatória e especificar os critérios que a autoridade considera determinantes para efetivação de seu processo decisório. Nos anos que sucederam a promulgação da Lei nº 12.529/2011 do SBDC, vemos que o Cade manteve reiteradamente a preocupação em transmitir ao mercado as práticas que considera nocivas à concorrência e, que devem ser evitadas pelos agentes econômicos, vez que são passíveis de sanções.

Assim, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência passou por gradativos avanços, relacionando-se com as mudanças econômicas, políticas e sociais de cada momento histórico, para então se consolidar como hoje o conhecemos: um sistema reconhecido nacionalmente e internacionalmente pela sua eficiência. Temos que os movimentos de adaptação

e evolução da política de defesa da concorrência brasileira, constantemente buscando por melhores práticas, vem gerando resultados e cumprindo – em sua melhor capacidade – a função máxima de defender a livre concorrência e o bem-estar dos consumidores.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

CARVALHO, Vinícius Marques de. Aspectos Históricos da Defesa da Concorrência" e "Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. In: CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 13- 44.

CARVALHO, Vinicius; LIMA, Ticiana. *Poder Econômico e Defesa da Concorrência: reflexões sobre a realidade brasileira.* Revista da AGU, 2011, pp. 295-315.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MATTOS, Cesar. *Remédios em Atos de Concentração: a experiência internacional e o Brasil.* In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). Remédios Antitruste. São Paulo: Singular, 2001, p. 61-99.

REICH, Robert. *Supercapitalismo.* São Paulo: Campus, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 141 – 207.

VIEGAS, Claudia e MACEDO, Bernardo. *Falhas de Mercado: Causas, Efeitos e Controles.* In: Direito Econômico Regulatório. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 81-109.

LXXVIII. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

Ricardo Villas Bôas Cueva

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE foi criado pela Lei n. 4.137/62, inicialmente como um órgão do Ministério da Justiça, com competência voltada à fiscalização da gestão econômica e do regime de contabilidade das empresas.

No ano de 1994 foi transformado em autarquia pela Lei n. 8.884/94. Referida Lei dispunha sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, formada pela Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça, da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda, além do CADE, responsáveis pela política de defesa da concorrência no Brasil.

O CADE, por aquela estrutura, era responsável por julgar os processos administrativos relativos a condutas anticompetitivas e apreciar os atos de concentração submetidos à sua aprovação, enquanto a instrução dos processos era realizada pela SDE e pela SEAE, que emitiam pareceres técnicos não vinculativos, e julgados posteriormente pelo CADE.

Com a edição da Lei n. 12.529/2011, houve a reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, destacando-se, para além de mudanças na própria política de defesa da concorrência, a alteração da competência do CADE, que passou a ser responsável pela instrução dos processos administrativos de apuração de infrações à ordem econômica, assim como os processos de análise de atos de concentração, cujas atribuições eram, anteriormente, da SDE e da SEAE.

Além de apresentar a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, referida Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientadas pela livre iniciativa, fundamento da ordem econômica, assim como pelos princípios constitucionais da livre concorrência, função social da propriedade e defesa dos consumidores, além da repressão ao abuso do poder econômico.

A estrutura do CADE, de acordo com a Lei n. 12.529/2011, é formada pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos.

A Secretaria de Direito Econômico – SDE foi extinta a partir da nova estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, enquanto à Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, de acordo com o artigo 19 da Lei n. 12.529/2011, foi atribuída a competência de promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade (a SEAE foi extinta pelo Decreto 9.266/2018 e duas novas secretarias foram criadas em seu lugar).

A competência do Plenário do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, do Presidente do Tribunal e dos seus Conselheiros está disposta, respectivamente, nos artigos 9, 10 e 11, da Lei n. 12.529/2011.

A instauração e instrução de processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimentos para apuração de atos de concentração, processos administrativos para análise de atos de concentração econômica e processos administrativos para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica são exercidas pela Superintendência-Geral do CADE.

Destaca-se que uma das principais alterações advindas da nova estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi exatamente a exigência de que operações societárias que possam ter efeitos anticompetitivos sejam previamente submetidas ao CADE, o que inaugura um sistema de controle de estruturas *a priori*, portanto, mais seguro e eficiente para o mercado brasileiro, nos moldes dos sistemas de concorrência encontrados em outros países.

O Departamento de Estudos Econômicos, por sua vez, tem por atribuição elaborar estudos e pareceres econômicos, tanto de ofício com por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, sem prejuízo de zelar pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão.

A Lei n. 12.529/2011 prevê, ainda, infrações da ordem econômica em seu artigo 36, cuja prática sujeita os responsáveis a multa que pode variar de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado, a qual nunca poderá ser inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.

Os artigos 37 e seguintes, por sua vez, preveem, ao lado de multas, a aplicação de outras penas, insoladas ou cumulativas, como a publicação em jornal de extrato da decisão condenatória; a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, por prazo não inferior a cinco anos; a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até cinco anos.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2018.

FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

LXXIX. A centenária regra da razão nos tempos modernos

Paula Farani de Azevedo Silveira

Bruno Droghetti Magalhães Santos

As inovações tecnológicas e a formação de novos mercados têm exigido intenso debate sobre os objetivos e novas metodologias de análise antitruste. Dentre as preocupações levantadas, encontra-se o elevado poder econômico detido por empresas de tecnologia, que têm enfrentado investigações antitruste fundamentadas em supostos abusos de posição dominante. Nesse sentido, tendo em vista o aumento significativo de casos envolvendo condutas unilaterais e, ao mesmo tempo, a necessidade do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE") dar maior prioridade às investigações envolvendo abuso de posição dominante[1], o emprego da centenária 'regra da razão' passou a ser cada vez mais demandada, exigindo-se uma maior reflexão sobre a sua essência e correta aplicação, até mesmo como forma de solucionar parte do debate atual sobre a efetividade do direito da concorrência.

O presente artigo defende que a 'regra da razão' vem sendo utilizada de maneira pouco precisa no Brasil, exigindo-se, assim, uma maior cautela para a sua aplicação. Já no que concerne à perspectiva de política pública e necessidade de novas metodologias de análise, defende-se que, enquanto instrumento de análise, a regra da razão, embora centenária, permite que o direito antitruste consiga se manter atualizado, ainda que tecnologias, mercados e teorias econômicas evoluam.

Considerando que a regra da razão é um instituto do direito comparado, torna-se fundamental conhecer um pouco a sua origem e evolução. A regra da razão foi criada pela Suprema Corte Norte-Americana na ocasião do emblemático caso Standard Oil Co. of New Jersey v. United

[1] Vide, nesse sentido, as recomendações feitas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ("OECD") em recente obra publicada: OCDE, *Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência no Brasil*. Paris, OCDE, 2019, p. 188 Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm. Acesso em 20.07.2019.

States (1911). Tendo em vista que a redação do Sherman Act proibia todos os acordos que restringiam o comércio, a Suprema Corte entendeu que apenas restrições "dessarazoadas" seriam ilegais sob a égide de tal lei[2]. Eis que surge o parâmetro da "razoabilidade" para o antitruste e não da 'razão' no sentido de ratio, como a tradução para o português sugere.

Posteriormente, em 1940, já no caso United States v. *Socony-Vacuum* Oil, considerado *leading case* para o estabelecimento da "regra *per se*", a Suprema Corte entendeu que o caráter essencial de acordos puramente anticompetitivos seria o seu propósito ou seu efeito de aumentar, diminuir, fixar ou estabilizar o preço de um bem no comércio[3]. Ao longo do tempo, as Cortes Norte-Americanas passaram a identificar e separar certos tipos de condutas entre aquelas puramente anticompetitivas ("*naked restraints*") daquelas constituídas em um contexto legítimo, razoavelmente relacionadas e em favor do negócio sob exame ("*ancillary restraints*"). A categorização e aplicação da regra da razão ou da regra *per se* passou a depender, assim, de uma triagem inicial acerca dos tipos de condutas e da identificação da restrição a ser analisada; do contrário, decisões sobre a ilicitude de determinadas condutas poderiam ser impostas de maneira equivocada pelas cortes e autoridades antitruste[4].

No Brasil, a Lei nº 12.529/2011 prevê em seus arts. 36 e seguintes dois tipos de infrações, as 'por objeto' – semelhantes ao crime formal do direito penal – e as 'por efeito' – objeto do presente artigo[5]. Assim como em outras jurisdições[6], as hipóteses de ilícitos antitruste foram estabelecidos de forma aberta e com certa vagueza, condicionando-os à poten-

[2] De acordo com FORGIONI, a regra da razão consiste em uma "válvula de escape", de forma a "*evitar que a tutela da livre concorrência venha a desempenhar uma função oposta àquela desejada, criando, por exemplo, obstáculos ao crescimento da indústria nacional, ao aumento de seu grau de competitividade ou ainda à distribuição dos bens e serviços*". FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, nota nº 82, pp. 200-201.

[3] CRANE, Daniel A. *Antitrust*. Aspen Treatise Series. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 42.

[4] *Op. Cit*., p. 42 e seguintes.

[5] Tal classificação, inspirada na legislação Europeia, foi inicialmente estabelecida no Brasil pela Lei nº 8.158/91, sendo reproduzida posteriormente tanto pela Lei nº 8.884/94 quanto pela atual Lei nº 12.529/2011. A doutrina aponta ainda que a regra da razão e a regra *per se* seriam "regimes de análise da infração antitruste" e os ilícitos por objeto ou por efeitos consistiriam em "categorias de infração antitruste" previstas na legislação. FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 292.

[6] *Op. Cit.*, p. 257.

cialidade e concretização de efeitos anticompetitivos. Por conta disso, a legislação concorrencial permite uma ampla margem para identificação do ilícito, cabendo ao CADE a tarefa de densificar o conteúdo no caso concreto. Tal característica se justifica pela multiplicidade de práticas que podem ser promovidas pelos agentes econômicos para prejudicar a concorrência, bem como a evolução dinâmica de tais práticas frente à morosidade da renovação legislativa[7]. No entanto, seguindo uma construção jurisprudencial, as infrações por efeito têm se centrado cada vez mais nas condutas unilaterais visto que as condutas concertadas têm sido analisadas em sede do controle por objeto[8].

Nesse sentido, em análises de ilícitos por efeito, uma abordagem análoga à regra da razão (*i.e*., aplicação do princípio da razoabilidade) tem sido empregada pelo CADE no sentido de "*avaliar seus efeitos anticompetitivos e ainda ponderá-los vis-à-vis seus possíveis benefícios ("eficiências") compensatórios*"[9]. É importante ressaltar, no entanto, que a aplicação da regra da razão como sinônimo do princípio da razoabilidade ou "ponderação de efeitos" (i.e., *balancing*), tal como mencionado acima, difere substancialmente da regra da razão construída pela jurisprudência norte-americana.

Em síntese, a regra da razão objetiva inquirir os efeitos competitivos da prática sob análise, incluindo a sua racionalidade, sua razoabilidade e os meios pelos quais eles foram alcançados[10]. Trata-se, assim, de uma investigação distinta de uma mera ponderação de efeitos. Conforme o direito comparado, a aplicação da regra da razão deve ser feita com ob-

---

[7] *Ibidem*, p. 256.

[8] No Brasil, algumas condutas, tais como os cartéis *hard-core*, começaram a ser tratadas sob a regra *per se*, considerando os custos significativos associados à aplicação da regra da razão, bem como a experiência nacional e internacional com os efeitos nocivos dessas condutas. Assim, não comportam uma defesa de razoabilidade, bastando a comprovação da materialidade da conduta e de sua autoria. Vide, nesse sentido: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo, Saraiva. 2016, p. 93; e FRAZÃO, 2017, p. 291.

[9] Cf. Resolução CADE nº 20/1999, Anexo I, p. 6. Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view. Acesso em 20.07.2019. Ainda quanto ao emprego do princípio da razoabilidade, vide OCDE (2019), p. 51.

[10] Nesse sentido, vide: AREEDA, Phillip. *The "Rule of Reason" in Antitrust Analysis: General Issues*. Federal Judicial Center, 1981, p. 2. Disponível em: https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/Antitrust.pdf. Acesso em 20.07.2019.; e MEESE, Alan J. *Price Theory, Competition and the Rule of Reason*. University of Illinois Law Review, 2003. p. 81.

servância de uma sequência obrigatória de etapas, indicadas pela doutrina e adotadas pela jurisprudência, para que se possa verificar se a conduta configura um ilícito concorrencial, tais como: (i) identificação do ato que poderia vir a gerar efeitos anticoncorrenciais; (ii) análise do poder de mercado do(s) agente(s) econômico(s) envolvido(s) e verificação da existência de eventual posição dominante; (ii) prosseguir ao exame quanto aos efeitos concorrenciais decorrentes do ato[11]; e, por fim, (iii) em inquirir se a conduta não teria como ter atingido os mesmos benefícios por meios menos restritivos[12]. É nessa última etapa que se inquire sobre a razoabilidade da conduta. Procede-se ao exercício de ponderação de efeitos se – e apenas se – esgotadas as etapas anteriores, verificou-se que a conduta foi praticada por um agente com posição dominante e que gerou – ou poderia gerar – efeitos anticompetitivos, era justificado economicamente e não havia forma menos restritiva de se chegar ao mesmo objetivo (i.e. trata-se de restrição razoável).

A reflexão que se faz, nas lições de HOVENKAMP, é a de que avaliar os efeitos líquidos de uma conduta sem medidas unitárias equivalentes, seria transformar o teste em algo inteiramente subjetivo[13]. Na mesma linha, CRANE também alerta para o fato de que o balancing faz sentido na teoria, mas é raramente aplicado em casos antitruste. Isto porque, para ponderar os efeitos pró-competitivos e anticompetitivos, o investigador tem que atribuir a eles uma unidade de medida, o que representa um sério desafio. Afinal, ainda que seja possível, na prática, avaliar os efeitos líquidos de uma conduta focada em preço, como efetuar tal ponderação quando os efeitos da conduta envolvem fatores não relaciona-

[11] Verificar, por exemplo, se do ato resultou preços maiores, reduziu a produção ou diminuiu a qualidade de bens e serviços.

[12] Nos EUA, o teste usualmente aplicado não seria se o representado empregou a alternativa menos restritiva. A questão seria, no entanto, se a restrição de fato implementada foi "razoavelmente necessária" nas circunstâncias do caso. Vide, nesse sentido, CRANE, 2014, p. 55; e Guia Antitruste sobre Colaboração entre Competidores emitida pelo *Federal Trade Commission* em conjunto com o *Department of Justice* ("*Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*"), p. 24. Disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/press-releases/ftc-doj-issue-antitrust-guidelines-collaborations-among-competitors/ftcdojguidelines.pdf. Acesso em 20.07.2019.

[13] HOVENKAMP, Herbert. *The Rule of Reason*. 70 Fla. L. Rev., 2018. (Alegando que o balanceamento não é nem mesmo conceitualmente possível sem uma unidade de mensuração e que uma maneira muito melhor de visualizar a regra da razão seria uma serie de passos sequenciais para evitar o balanceamento sempre que possível). Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1778. Acesso em 20.07.2019.

dos a preço e portanto não quantificáveis – e.g. qualidade, privacidade, poder de escolha etc. –, tão comuns nos mercados digitais e na nova economia do Século XXI?

Além disso, a doutrina ressalta também para o fato de que embora a análise da regra da razão inclua tal tipo de ponderação, este não é um fator principal quando de sua aplicação[14]. Observa-se, nesse sentido, que de acordo com a doutrina e jurisprudência norte-americana, o *balancing* não é sequer um requisito obrigatório da regra da razão[15].

Da leitura atenta da Lei nº 12.529/2011, depreende-se que o *balancing* tampouco é um requisito da legislação pátria, ao menos para o controle de condutas[16]. O que se nota, no entanto, é que a ponderação de efeitos, ao menos desde a promulgação da Resolução CADE nº 20/1999[17], tem sido considerada pelo CADE para a aplicação da regra da razão. É o que se observa, por exemplo, em um dos mais importantes e recentes casos julgados pelo CADE no contexto da economia digital *(E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia v. Google*), cujo objeto consistiu em suposto abuso de posição dominante praticado pelo Google fundamentado em suposta prática de posicionamento privilegiado do Google Shopping nos resultados de sua busca orgânica. Em tal ocasião, o CADE aplicou o princípio da razoabilidade, traduzido na ponderação dos efeitos positivos frente aos efeitos negativos decorrentes da conduta investigada[18].

---

[14] CRANE, 2014, p. 54.

[15] Vide, nesse sentido, SCHREPEL, Thibault. *A New Structured Rule of Reason Approach for High-Tech Markets* (2017). Suffolk University Law Review, Vol. 50, No. 1, 2017. (Argumentando sobre a ausência de qualquer automaticidade entre a regra da razão e o teste de balancing, bem como citando estudo que, ao analisar mais de 300 decisões de cortes, provou que o teste de balancing apenas foi aplicado em cinco por cento desses casos). Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2908838. Acesso em 20.07.2019.

[16] Conclusão diversa se poderia fazer, no entanto, no que diz respeito ao controle de estruturas, no qual a Lei nº 12.529/2011 estabelece uma ponderação entre os efeitos positivos e negativos decorrentes do ato de concentração (art. 88, §§5º e 6º) para a sua aprovação.

[17] Revogada parcialmente pela Resolução nº 45/2017.

[18] Conforme se verifica do voto condutor, proferido pelo Conselheiro Maurício Bandeira Maia: *"388. [a]s condutas unilaterais são – e devem ser – apreciadas a partir da regra da razão, diante da qual, para a condenação de uma empresa por prática anticompetitiva, é necessária a comprovação de efeitos negativos líquidos, ainda que potenciais. Ou seja, é imperioso que os danos ou possíveis danos originados das práticas enquadráveis em tipos anticoncorrenciais se sobreponham às eficiências provindas de tais ações*". Já em sua conclusão: *"642. Ante o exposto, diante da verificação de eficiências e falta de comprovação de efeitos das condutas imputadas ao Google, voto pelo arquivamento do presente processo*". PA nº 08012.010483/2011-94

Considerando a necessidade de se atribuir uma análise mais precisa e menos subjetiva sobre condutas que implicam a adoção da regra da razão, é preciso que se atualize os parâmetros de análise de acordo com a discussão internacional sobre a regra da razão[19], cujas reflexões tornam a política de defesa da concorrência mais eficaz e menos custosa, seja por aplicar regras bem definidas segundo parâmetros internacionais, seja por atribuir maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

O primeiro passo, conforme destacado por SOKOL, é saber quais são os valores a serem tutelados pela lei antitruste, isto é, se a proteção do bem-estar social ou do bem-estar do consumidor. Isto porque, ao aplicar a regra da razão, a conclusão sobre a ilicitude da conduta investigada pode variar a depender do critério tutelado[20]. No que diz respeito à Lei nº 12.529/2011, entende-se que o princípio do bem-estar do consumidor deve servir como o norteador de análise, seja em virtude de determinados dispositivos indicarem tal vertente (tais como arts. 1º e art. 88, §§5º e 6º), seja em razão de sólida jurisprudência do CADE nesse sentido.

Posteriormente, é preciso resgatar a discussão sobre a correta aplicação da regra da razão, até mesmo para definir regras de análise mais precisas (tal como alocação do ônus probatório dentre as suas etapas e a definição do *standard* probatório) e observância obrigatória da sequência das etapas de análise da regra da razão. A discussão, no entanto, deve ir além, no sentido de estabelecer melhores presunções e "zonas de segurança" que minimizem os custos relacionados aos erros de análise antitruste[21]. Tal discussão é necessária, principalmente em decorrência dos desafios trazidos pela economia digital na qual os fatores não relacionados a preço estão em maior evidência. Se tais fatores são de difícil – se não impossível – quantificação e na ausência de uma metodologia de es-

---

Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.)., julgado em 26.06.2019.

[19] Vide, nesse sentido, OCDE. *Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law*, Competition Policy Roundtable, 2017. Background Note by the Secretariat, p. 7 e seguintes. Disponível em: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)9/en/pdf. Acesso em 20.07.2019.

[20] SOKOL, D. Daniel. *The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach*. Antitrust LJ, 2012, p. 474. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/910e/ac3f32cc301499754556e58626e9c45287c8.pdf. Acesso em 20.07.2019.

[21] Com relação a esse tema e conclusões, vide: CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER Heike. *Report on "Competition policy for the digital era*". Bruxelas: Comissão Europeia, 2019, p. 51.

timação, um exercício de "ponderação dos efeitos da conduta" sujeitará o mercado à uma ponderação absolutamente subjetiva e pouco previsível.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

AREEDA, Phillip. *The "Rule of Reason" in Antitrust Analysis: General Issues.* Federal Judicial Center, 1981. Disponível em: https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/Antitrust.pdf. Acesso em 20 jul. 2019.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view. Acesso em 20 jul. 2019.

CRANE, Daniel A. *Antitrust*. Aspen Treatise Series. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER Heike. *Report on "Competition policy for the digital era"*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf. Acesso em 20 jul. 2019.

FEDERAL TRADE COMMISSION; US DEPARTMENT OF JUSTICE. *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors.* 2000. Disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/press-releases/ftc-doj-issue-antitrust-guidelines-collaborations-among-competitors/ftcdojguidelines.pdf. Acesso em 20 jul. 2019.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas.* São Paulo: Saraiva, 2017.

HOVENKAMP, Herbert. *The Rule of Reason*, 70 Fla. L. Rev., 2018. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1778. Acesso em 20 jul. 2019.

MEESE, Alan J. *Price Theory, Competition and the Rule of Reason*. University of Illinois Law Review, 2003.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE, *Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência no Brasil*. Paris, OCDE, 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. *Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law*, Competition Policy Roundtable, 2017. Disponível em: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)9/en/pdf. Acesso em 20 jul. 2019.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. São Paulo, Saraiva. 2016

SCHREPEL, Thibault. *A New Structured Rule of Reason Approach for High-Tech Markets* (2017). Suffolk University Law Review, Vol. 50, No. 1, 2017. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2908838. Acesso em 20 jul. 2019.

SOKOL, D. Daniel. *The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach*. Antitrust LJ, 2012. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/910e/ac3f32cc301499754556e58626e9c45287c8.pdf. Acesso em 20 jul. 2019.

LXXX. Atos de concentração

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo

A concentração econômica é caracterizada pelo crescimento não orgânico de uma unidade empresarial. Refere-se às operações em que há um aumento do poder econômico, envolvendo a união de esforços ou recursos de ao menos dois agentes independentes, de maneira estável (permanente ou duradoura), resultando em uma unidade para fins econômicos[1].

Não apenas operações societárias que acarretam a união de ativos empresariais antes distintos (como a fusão, a incorporação e a aquisição de controle) são consideradas para fins de concentração econômica. Também o são os acordos entre empresas, como as *joint ventures*, os consórcios e os contratos associativos. É que, ao produzir união dos *players*, ainda que se mantendo a sua autonomia, tais acordos permitem que os agentes detenham uma vantagem sobre os demais atores do mercado, aumentando o poder econômico dos envolvidos[2].

As concentrações econômicas são tradicionalmente classificadas em três categorias: (i) horizontais, (ii) verticais e (iii) conglomeradas. As primeiras são aquelas que se processam entre agentes que atuam no mesmo mercado relevante, sendo concorrentes diretos. As concentrações verticais envolvem *players* que se encontram em níveis distintos de uma mesma cadeia produtiva (ou seja, operam em mercados a jusante ou a montante). Já as concentrações conglomeradas são efetuadas entre agentes econômicos que não guardam relação horizontal ou vertical entre si.

A necessidade de análise de operações de concentração econômica advém do fato que elas podem acarretar mudanças estruturais no mercado, com possíveis impactos negativos sobre a concorrência e o bem-estar do consumidor. Mesmo que potenciais geradoras de eficiências, há de se observar o efeito líquido dessas operações no mercado.

---

[1] FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas.* São Paulo: Saraiva, 2017. p. 115.

[2] FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 401.

Para fazer face à análise das operações foi instituído o controle de estruturas pelo Direito da Concorrência. Seu principal objetivo é impedir a formação de estruturas empresariais que restrinjam, sem racionalidade econômica, a concorrência. A operação não deve ser albergada quando possibilita o exercício abusivo da posição dominante adquirida ou reforçada em decorrência da operação, ou quando facilita a colusão de agentes econômicos[3]. Fala-se, dessa forma, em uma atuação preventiva da política antitruste, buscando-se manter a concorrência efetiva nos mercados envolvidos, muito embora não se pretenda estabelecer uma concorrência pura e perfeita em tais mercados.

No Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é responsável, nos termos da Lei 12.529/11, de empreender a análise dos efeitos líquidos da operação. Com base em parâmetros internacionais de avaliação, apenas algumas operações – as consideradas mais preocupantes do ponto de vista concorrencial – necessitam ser avaliadas. No Brasil, há *dois critérios cumulativos*, previstos na Lei nº 12.529/2011: (i) existência de ato de concentração (art. 90) e (ii) faturamento dos players envolvidos (art. 88).

A sistemática da Lei nº 12.529/2011 alinha-se à grande maioria dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, adotando o *controle prévio (a priori) de concentrações* (art. 88, § 2º). Tal modalidade de controle justifica-se para prevenir que danos irreparáveis ou de difícil reparação à concorrência sejam produzidos, bem assim para contornar as dificuldades de anular efeitos de uma operação já consumada, caso haja a sua posterior reprovação[4].

Repise-se que, de acordo com o art. 90 da Lei nº 12.529/2011, *realiza-se um ato de concentração* nos seguintes casos: (a) fusões[5] (inciso I) e incorporações[6] (inciso III); (b) aquisições de controle, de forma direta

[3] FRAZÃO, *op. cit*., p. 109.

[4] FRAZÃO, *op. cit*., p. 124.

[5] De acordo com o art. 228 da Lei nº 6.404/1976, "a fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações".

[6] Nos termos do art. 227 da Lei nº 6.404/1976, "a incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações".

ou indireta, e aquisições de ativos (inciso II); e (c) contratos associativos, consórcios[7] e *joint ventures*.

Impende destacar que a noção de controle não é definida de maneira uniforme pela legislação brasileira, existindo controvérsias sobre a matéria, sobretudo em relação aos casos de aquisição de controle não majoritário ou influência relevante. Para tentar solucionar tal indefinição, foi editada a Resolução n° 2/2012 do CADE, em que se estabeleceram situações de risco, com a previsão de critérios objetivos relativos a percentuais de participações societárias a partir dos quais são presumidas preocupações concorrenciais. Em tais casos, exige-se a notificação obrigatória da operação ao CADE[8].

No que se refere aos contratos associativos, foi editada a Resolução nº 17/2016 do CADE, de acordo com a qual são considerados associativos os contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos, que estabeleçam empreendimento comum e nos quais as empresas concorrentes compartilhem os lucros e os riscos da atividade econômica objeto do negócio.

O segundo critério que deve ser preenchido para se exigir a notificação do ato de concentração ao CADE relaciona-se ao *faturamento dos agentes econômicos* envolvidos na operação. Conforme o art. 88 da Lei nº 12.529/2011 c/c a Portaria Interministerial nº 994/2012, a obrigação de submissão do ato de concentração ao CADE ocorre quando um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 750 milhões, e, cumulativamente, o outro grupo, R$ 75 milhões.

O art. 4º da Resolução n° 2/2012 do CADE prevê, ainda, que deve ser incluída na noção de grupo econômico indicada no art. 88 da Lei nº 12.529/2011 as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo, e os entes dos quais ao menos uma das empresas em causa seja

[7] Conforme o art. 278, *caput* e § 1º, da Lei nº 6.404/1976, "as companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo". "O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade".

[8] FRAZÃO, *op. cit*., p. 122.

titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20 % do capital social ou votante.

Assim, uma vez preenchidos os requisitos acima descritos, os atos de concentração apenas podem ser consumados após a aprovação do CADE. A lei impõe cláusula suspensiva tácita, nos termos do art. 125 do Código Civil, não podendo a operação produzir licitamente sua plena eficácia até a manifestação da autoridade concorrencial[9]. Esta tem 240 dias para analisar a operação, sob pena de aprovação tácita[10]. O referido prazo apenas pode ser dilatado, excepcionalmente, por até 60 dias, a pedido das partes, ou por até 90 dias, por decisão fundamentada do Tribunal do CADE (art. 88, § 9º).

A consumação prévia de atos de concentração econômica – isto é, antes da decisão final de aprovação pelo CADE (o chamado *gun jumping*) – é vedada, consoante o art. 88, § 3º da Lei nº 12.529/2011, e acarreta a nulidade da operação e a aplicação de multa pecuniária, entre R$ 60 mil e R$ 60 milhões. O *gun jumping* pode ensejar, ainda, a abertura de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica. Logo, até o pronunciamento definitivo do CADE sobre a operação, devem ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas (art. 88, § 4º).

O processo administrativo de controle inicia-se a partir da notificação, quando os requerentes encaminham ao CADE uma série de documentos e informações sobre a operação, bem como o comprovante de recolhimento da taxa processual prevista no art. 23 de Lei nº 12.529/2011. A partir daí, é publicado edital, com indicação do nome dos requerentes, a natureza da operação e os setores econômicos envolvidos.

O processo administrativo no controle de atos de concentração pelo CADE pode ser (i) sumário ou (ii) ordinário, de acordo com a complexidade da operação em tela. Caso o ato de concentração seja mais simples, a autoridade antitruste segue um procedimento mais célere e superficial, a fim de não retardar uma operação com potencial ofensivo à concorrência baixo ou nulo[11]. Já pelo procedimento ordinário, é empreendido um

[9] FORGIONI, *op. cit.,* p. 425.

[10] ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. Parecer ProCADE nº 17/2012/PROCADE/PGF/AGU. *Publicações da Escola da AGU,* nº 19, 2012. pp. 287-300.

[11] A Resolução nº 2/2012 do CADE disciplina o procedimento sumário, elencando hipóteses a ele enquadráveis.

exame mais profundo e cuidadoso, sendo cabível nas hipóteses de operações que acarretam uma concentração econômica significativa.

Ambos os procedimentos tramitam perante a Superintendência-Geral (SG) do CADE, a qual possui, na maioria dos casos, atribuições instrutórias e decisórias. De fato, a SG/CADE analisará as informações fornecidas pelos requerentes, podendo solicitar uma instrução complementar. A SG/CADE poderá também consultar os serviços econômicos (Departamento de Estudos Econômicos) e jurídicos (Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE).

Após a instrução do processo (mais superficial ou profunda, conforme o caso), a SG/CADE profere, mediante despacho do Superintendente-Geral, decisão de (i) aprovação sem restrições do ato de concentração ou (ii) de impugnação da operação perante o Tribunal, na hipótese de entender pela reprovação ou aprovação com restrições.

Ainda que a SG decida pela aprovação irrestrita da operação, os requerentes devem aguardar 15 (quinze) dias para a consumação do negócio, eis que poderá haver (i) a interposição de recurso da decisão ao Tribunal por terceiro interessado ou pela agência reguladora competente, em caso de setores regulados, bem como (ii) a avocação do processo por conselheiro do Tribunal do CADE.

Apenas nas três últimas hipóteses (impugnação da operação pela SG, recurso de terceiro interessado ou agência reguladora e avocação pelo Tribunal) é que o plenário do CADE aprecia a operação, podendo efetuar também instrução complementar. Nos demais casos, a matéria é decidida monocraticamente pelo Superintendente-Geral do CADE.

O exame dos atos de concentração pelo CADE poderá ter como resultado: (i) aprovação irrestrita; (ii) aprovação mediante condições; e (iii) reprovação.

Quanto à análise da operação, segundo o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE[12], deve-se seguir o roteiro do exame antitruste clássico, consistente nas seguintes etapas: (i) definição do mercado relevante; (ii) identificação das participações de mercado dos requerentes e o grau de concentração do mercado decorrente da operação; (iii) análise da probabilidade de exercício de poder de mercado, le-

[12] CADE. *Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal.* Julho de 2016. Disponível em: <http://bit.do/eZmVH>. Acesso em: 05 jul. 2019.

vando em conta as possibilidades de importação e de entradas prováveis, tempestivas e suficientes, a efetividade da rivalidade e a existência de fatores facilitadores de coordenação; (iv) exame de eficiências e benefícios da operação; e (v) ponderação dos benefícios e custos (efeitos anticompetitivos) decorrentes da operação, para verificar o seu saldo líquido.

O art. 88, § 5º, da Lei nº 12.529/2011 estabelece que apenas devem ser proibidos os atos de concentração que (i) impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante; (ii) possam criar ou reforçar uma posição dominante; ou (iii) possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços. Contudo, mesmo em tais situações em que são verificados tais efeitos anticompetitivos, a operação pode ser aprovada, nos termos do art. 88, § 6º, da Lei nº 12.529/2011. Para tanto, é necessário que o ato de concentração aumente a produtividade ou a competitividade, melhore a qualidade de bens ou serviços e/ou propicie a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico. Para além disso, é preciso que sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes da operação.

No que concerne à aprovação condicionada, o CADE pode negociar com as partes Acordo em Controle de Concentrações (AAC) ou impor unilateralmente restrições. Em tais hipóteses, os remédios – que visam a neutralizar as preocupações concorrenciais identificadas – podem consistir em restrições comportamentais e/ou estruturais (desinvestimentos), conforme dispõe o art. 61, § 2º, da Lei nº 12.529/2011.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. Parecer ProCADE nº 17/2012/PROCADE/PGF/AGU. *Publicações da Escola da AGU*, nº 19, 2012. pp. 287-300.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal*. Julho de 2016. Disponível em: <http://bit.do/eZmVH >. Acesso em: 05 jul. 2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração econômica*. Maio de 2015. Disponível em: <http://bit.do/eZmVY>. Acesso em: 05 jul. 2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Guia remédios antitruste.* Novembro de 2018. Disponível em: <http://bit.do/eZmWc>. Acesso em: 05 jul. 2019

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 401.

FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas.* São Paulo: Saraiva, 2017.

RIBAS, Guilherme F. C. et al. (orgs.). *Merger control in Brazil: Frequently asked questions*. São Paulo: IBRAC, 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013..

LXXXI. A concorrência desleal em licitações e o papel do tribunal de contas da união

Bruno Dantas

O Brasil vem, gradualmente, retomando o crescimento econômico após longo período de estagnação. Grande parte dos avanços decorre dos programas de concessão, leilões e outras modalidades de transferência de serviços públicos para a iniciativa privada. Todas elas, por expressa disposição constitucional, devem ser precedidas de licitação (art.175, CF), procedimento sem o qual imperaria o arbítrio e o desequilíbrio entre os possíveis interessados na prestação dos serviços.

Com efeito, a busca pelo desenvolvimento nacional não pode prescindir do respeito aos princípios básicos da Administração Pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. É dizer, a contratação de pessoas jurídicas de direito privado para exploração de atividades econômicas de interesse social deve ser feita através de processo no qual seja privilegiada a lisura da concorrência entre os participantes.

O Tribunal de Contas da União – TCU, diante desse cenário, tem importante papel no combate às fraudes e aos conluios que visam a deturpar a competitividade das licitações que envolvam verba federal. Impende destacar que a atuação do TCU em nada substitui a competência conferida ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE[1], tribunal administrativo responsável pela manutenção da justa concorrência

[1] Acórdão 1256/2019 Plenário (Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler) Competência do TCU. Princípio da independência das instâncias. CADE. Fraude. Cartel. Licitação. A combinação entre empresas com o objetivo de obter vantagens indevidas em licitações por meio de supressão da livre concorrência e de elevação artificial de preços constitui, simultaneamente, infração à ordem econômica sujeita à competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade (art. 36, § 3º, inciso I, alínea d, da Lei 12.529/2011) e ilícito administrativo-financeiro sujeito à competência do TCU, na sua função de apreciar a regularidade da aplicação de recursos federais (art. 70 da Constituição Federal).

de mercado entre os *players* de variados setores da cadeia produtiva de bens e serviços.

Se bem entendidos os comandos constitucionais e legais, ambos os órgãos fazem parte de um concerto institucional que visa, em última análise, a resguardar o interesse público dos inúmeros desmandos causados pela busca do enriquecimento ilícito. Nesse sentido, especificamente no que concerne à licitação, o principal objetivo é fazer com que as garantias previstas para os concorrentes (ser tratado de maneira isonômica e somente ser excluído do certame com base em critérios legítimos e previamente conhecidos) – que, em maior medida, correspondem a garantias da própria sociedade – sejam de fato respeitadas.

A fim de ilustrar a maneira pela qual o TCU se comporta diante de casos de fraude e conluio em processos licitatórios, ou seja, casos de evidente concorrência desleal por parte de empresas inescrupulosas, pode-se citar o paradigmático caso da Usina de Angra III.

Naquela oportunidade, comprovados os indícios de fraude e conluio no processo licitatório, houve por bem o TCU aplicar a algumas das maiores empresas de engenharia do país a pena prevista no art. 46 de sua Lei Orgânica (Lei 8.443/92), qual seja, inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal,.

Durante o processo sobredito, o TCU verificou que as concorrentes, na verdade, agiram em conspiração para estabelecer de antemão quem seria vencedora do certame, em grave violação ao princípio da isonomia. Esses mesmos fatos também ocasionaram a atuação do CADE, no que diz respeito às infrações à ordem econômica.

Similarmente, o Tribunal possui inúmeros outros casos de constatação de fraude à licitação, nos quais verificou-se que a própria Administração Pública havia incluído no respectivo edital cláusulas que visavam a privilegiar determinada empresa ou grupo de empresas. Esse "direcionamento da licitação" se dá, por exemplo, com o acréscimo de requisitos que somente uma companhia específica poderia cumprir.

Percebe-se, portanto, que a concorrência desleal em matéria licitatória possui nuances próprias, que fazem com que o TCU, órgão bem equipado e composto de quadro técnico qualificado, seja chamado a atuar com o fim de evitar ou coibir as práticas fraudulentas, sempre em respeito ao

interesse público subjacente a toda e qualquer modalidade de transferência da prestação de serviços do setor público para a iniciativa privada.

Que o país tem necessidade urgente de crescimento econômico é de conhecimento geral. Se não todos, a maioria dos setores em que o poder público detém exclusividade na prestação dos serviços clama por melhorias. A transferência dos serviços para a iniciativa privada é medida salutar, pois além de permitir à Administração Pública a concentração de esforços no digno e correto cumprimento dos serviços mais básicos, confere aos particulares a possibilidade de desenvolver seus talentos, produzir com qualidade, e gerar empregos.

Malgrado o sistema democrático liberal não seja imune de problemas, é o que atualmente representa o modelo ideal de conformação social, tendo sido escolhido pelo Constituinte originário de 1988 para regulamentar a sociedade brasileira. Desse modo, as oportunidades devem ser conferidas a todos de modo equânime, devendo ser combatidas quaisquer formas de concorrência desleal. O Controle externo, nesse cenário, é ferramenta essencial.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

Acórdão 1256/2019 – Plenário TCU, Rel. Min. Benjamin Zymler.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MOTTA, MASSIMO. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge University Press, 2004.

NOHARA, Irene Patrícia; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. In DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella (coord.). *Tratado de direito administrativo*: v. 6. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ROSILHO, André. *Tribunal de contas da união*: competências, jurisdição e instrumentos de controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019

LXXXII. Propriedade industrial

Balmes Vega Garcia

1 Introdução

A matriz constitucional dos direitos relativos à Propriedade Industrial, no Brasil, encontra-se na CF/88, art. 5º. inc. XXIX:

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

No plano da regência infraconstitucional destaca-se a Lei da Propriedade Industrial, LPI, Lei n. 9.279/1996, dispondo, em seu art. 2º, que:

> A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante as patentes de invenção e de modelo de utilidade, os desenhos industriais, as marcas, bem como a repressão às falsas indicações geográficas e à concorrência desleal.

De modo que, neste âmbito, será considerada, exclusivamente, a proteção dos direitos relativos, às criações industriais/técnicas pelas Patentes (invenção e modelo de utilidade), às criações industriais/técnicas ornamentais (artísticas/estéticas) pelos Desenhos Industriais, e aos signos/sinais/formas distintivas pelas Marcas.

2 As patentes de invenção e de modelo de utilidade: a tutela das criações industriais/técnicas

A doutrina brasileira tem classificado as criações intelectuais humanas em duas categorias, segundo critérios, que relevam da maneira com que tais feitos reverberam e contrastam com a natureza, seriam as criações intelectuais humanas industriais/técnicas, ou quando repercutem através da sensibilidade do ser humano, e considera-se, então, as criações artísticas/estéticas.

Neste passo serão consideradas apenas as primeiras criações intelectuais humanas citadas: as industriais/técnicas, que nas palavras de Ortega Y Gasset:[1]

> [...] transformam a natureza, artificializando o mundo, fazendo-nos, nesta marcha paradoxal, mais humanos e mais distantes da natureza.

Assim, segundo o mestre, somos humanos porque artificializamos o mundo.

Fala-se, portanto, em criações intelectuais humanas industriais/técnicas. Ocorre que, hoje, e cada vez mais, as expressões 'criações industriais' e 'criações técnicas' são empregadas por parte expressiva da doutrina como sinônimos, aqui e alhures, sem que o sejam, pois nem toda criação técnica é industrial, numa linha de flexibilização dos direitos intelectuais, no sentido de ampliar a proteção, logo, em princípio, em favor do titular e em desfavor da sociedade.

Atualmente a doutrina majoritária vislumbra nestes direitos natureza jurídica bifronte, como Janus, ora considerando-os pelos reflexos e incidência sobre a criação, no caso a invenção e o modelo de utilidade, que seriam os direitos patrimoniais, negociáveis, alienáveis, ora considerando-os pelo prisma do criador, inventor, consolidando-se em direitos morais do autor, inalienáveis, imprescritíveis.

Outrossim, tais direitos são considerados direitos de exclusivo, exclusiva, ou de exclusividade, que permitem aos seus titulares, o uso de remédios processuais para impedir terceiro de reproduzir o produto ou o processo patenteado, sem autorização do titular.

Portanto o cerne de tal direito, pelo prisma da PI, não é permitir que o titular explore o objeto da patente com exclusividade, mas sim, impedir terceiro de reproduzir o objeto da patente. Por isso evocam-se as expressões "propriedade dinâmica" e "direito negativo", como contraponto e contraste aos conceitos clássicos e seculares de "propriedade" e "direito".

Observe-se de outra banda, que o termo "patente" é polissêmico, podendo referir-se ao direito, ou ao título concedido pelo Estado (Carta-Patente).

[1] ORTEGA Y GASSET, José. *Meditación de La técnica*. Madrid: Espasa-Calpe, 1965, p.18-24.

As normas jurídicas de regência, prudentemente elaboradas pelos legisladores, regra geral, nos mais diferentes sistemas ou direitos, não definem a invenção.

Procuram, ao contrário, seguindo a boa técnica legislativa apontar o que não seria uma invenção ou modelo de utilidade, como assenta o art. 10, LPI.

Assim no inc. I, do art. 10, LPI, não se considera invenção nem modelo de utilidade as descobertas (pois não se enquadram nas criações: seriam apenas revelações daquilo que já se encontra na natureza, ou seja seriam revelações ou descobertas de algo que natural, sem qualquer intervenção humana);

Em uma linha paralela, ainda no art 10, inc. I, LPI, encontram-se as teorias científicas que constituem um acervo, ou repositório que deve servir de manancial intelectual a toda humanidade: Assim as leis da física, química, biologia, enquanto ciência, prestam-se a que todos possam solucionar tecnicamente problemas técnicos.

Em outras palavras a Ciência não seria patenteável, mas os princípios científicos contribuindo para a solução técnica de problemas técnicos, possibilitam que esta solução técnica possa ser patenteável. Assim, muito poderia ser abordado e esgrimido sobre o contraste Ciência x Tecnologia (Inovação Tecnológica).

Observe-se que as ideias não são protegidas, porém a aplicação prática de alguma ideia, implementada para resolver um problema técnico, enquanto solução técnica, poderia, em tese, receber a tutela. Quanto aos métodos matemáticos, aproximam-se do que foi abordado para as ciências, enquanto fonte e acervo de conhecimento aberto e acessível para toda humanidade, com uma singela e recente particularidade, atinente aos programas de computador, atualmente passíveis de proteção enquanto aplicados às invenções de processos, e implementados pelos programas de computador, nos termos do inc. V do art. 10, LPI, relançariam a questão, relativa à patenteabilidade dos métodos matemáticos, nos moldes dos programas de computador e que não seriam protegidos "em si", ou seja, por analogia, com os Programas de Computador, como os métodos matemáticos "em si".

Estão excluídas, também, as criações puramente abstratas, esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educa-

tivos, publicitários, de sorteio e de fiscalização, bem como a apresentação de informações, regras de jogo, e as técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, assim como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal, e 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. Portanto os processos não biológicos, ou biológicos artificiais (não naturais), poderiam, em tese, e cumpridos os requisitos de patenteabilidade ser protegidos neste âmbito.

Quanto aos critérios e requisitos de patenteabilidade compreendem a aplicação industrial, a novidade e a atividade inventiva ou ato inventivo, da criação industrial/técnica, seja invenção, para a atividade (art. 8º, LPI), seja modelo de utilidade para o ato (art.9º, LPI), respectivamente.

Segundo o art. 15, LPI: "A invenção e o modelo de utilidade são suscetíveis de aplicação industrial quando possam ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria."

De outra banda dispõe o art 11, LPI: "A invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica", sendo que, segundo o par. 1º. do art. 11, LPI, "O estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior, ressalvado o disposto nos arts. 12, 16 e 17."

O art. 13, LPI, assenta que: "A invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica."

Dispondo o art. 14 que: "O modelo de utilidade é dotado de ato inventivo sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira comum ou vulgar do estado da técnica."

Quanto ao esgotamento ou exaustão de direitos intelectuais para as citadas criações intelectuais industriais/técnicas configuram-se duas situações, a saber: uma para o mercado interno e outra para o mercado externo.

Entenda-se, preliminarmente, que tal figura atua em favor da sociedade, enquanto acesso aos produtos em causa, tendo em conta que apenas com a expiração do prazo de vigência dos direitos patrimoniais da Patente (art. 40, LPI) e a correspondente extinção da patente (art. 78, LPI), com

seu objeto ingressando no domínio público, nos termos do par. único do art. 78, LPI, ter-se á a instalação da concorrência plena.

Com os produtos em causa sendo oferecidos a preços mais competitivos e acessíveis à população, tendo em conta a manufatura destes a preços mais módicos, por conta do fato que os agentes econômicos poderão reproduzir a invenção, com plena liberdade, sem peias, explorando-a economicamente, sem necessitar amortizar os custos das pesquisas, pois pesquisas não foram feitas nesse passo, apenas cópias, e sem demandar a autorização da titular que patenteou o produto originariamente.

A previsão legislativa para o mercado interno, art. 43, IV, LPI é acolher o instituto da exaustão/esgotamento de direitos patrimoniais de patente[2].

Assim, ao produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto colocado no mercado interno pelo titular da patente ou com seu consentimento, incide o caput do art. 43, LPI que afasta a aplicação do direito preconizado no art. 42, LPI, ou seja: A patente confere a seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:...(I) produto objeto de patente; (II) processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado.

Portanto não pode o titular da patente, ou seu autorizado, após ter efetuado a primeira venda, nas condições do art. 43, IV, LPI, opor-se a uma segunda venda, ou revenda, efetuada pelo comprador, ou exigir uma remuneração determinada, pela incidência da figura denominada exaustão/esgotamento de direitos no mercado interno.

Para o mercado externo a situação é outra, o legislador, com muita sabedoria, conjugou aspectos de política industrial aos direitos intelectuais, fazendo incidir o art. 68, §. 4º, LPI, como exceção, não ocorrendo a exaustão no mercado externo, via de regra, salvo em situação específica, quando o titular da patente, desfrutando do direito de exclusivo, não fabrica localmente, apenas explora o vasto mercado brasileiro importando, admitindo-se, então, a importação por terceiros (chamada importação paralela) desde que o produto seja fabricado de acordo com patente de processo ou de produto do titular, e tenha sido colocado no mercado diretamente por este ou com seu consentimento.

[2] Cf. SILVEIRA, Newton. *Propriedade Intelectual*. São Paulo. 6. ed. Barueri: Manole, 2018. p. 38.

Tal disposição busca estimular a produção local, caso em que se afasta a incidência do art. 68, § 4º, LPI., alinhado ao art. 2º, LPI, e à matriz constitucional de tais direitos, expressa no art 5º, XXIX, da CF/88, que ressaltam a importância do sistema dos direitos intelectuais como instrumento para fomentar o desenvolvimento tecnológico e econômico brasileiro.

Contudo há que se considerar que o legislador buscou equilibrar os direitos conferidos pelo Estado com as obrigações direcionadas ao titular, como a mandatória descrição da tecnologia, de forma clara e suficientemente para permitir sua execução por técnico no assunto (art. 24, LPI) de modo a viabilizar a exploração econômica do objeto da patente, através de fabricação do produto, ou de uso do processo, bem como a comercialização do produto.

De outra parte o legislador considerou a possibilidade da concessão da licença obrigatória, segundo o art. 68, LPI, quando o titular incorrer em exercício abusivo dos direitos dela decorrentes, ou praticar abuso de poder econômico por meio da patente.

Da mesma forma, podem ensejar licença compulsória a falta de fabricação ou fabricação incompleta, ou, também, a falta de uso do processo patenteado, no território brasileiro, conforme o § 1º., inc. I, do art. 68, LPI, ou, ainda, a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado (art. 68, § 1º, inc. II, LPI).

Ainda constituem hipóteses para o enquadramento do titular via licença compulsória a ocorrência de aperfeiçoamento de criações industriais/técnicas anteriores via melhoria contínua ou incremental, nos termos do art. 70, LPI.

Em uma situação de emergência nacional, como uma epidemia, ou interesse público, como no caso de medicamentos essenciais, caso o titular ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, nos termos do art.71, LPI, pode, igualmente, ser concedida, de ofício, licença compulsória, remunerada, temporária e não exclusiva para a exploração da patente.

3 Desenhos industriais

A tutela das formas ornamentais (estéticas) dos objetos técnicos/industriais: o cruzamento das dimensões técnicas/industriais e estéticas/artísticas no seio da Propriedade Industrial

O Desenho Industrial corresponde à forma plástica ornamental, portanto tridimensional, o volume ornamental de um objeto, como a forma de um frasco de perfume, de uma caneta, de um barbeador, ou de um telefone móvel, ou uma superfície, como uma gravura, compreendendo um conjunto ornamental de linhas e cores, que possa ser aplicada a um objeto, como uma xícara, ostentando a gravura, proporcionando em todos exemplos, resultado visual novo e original em sua configuração externa, e servindo de tipo de fabricação industrial, nos termos do art. 95, LPI.

Neste passo, a novidade em tela, art. 96, LPI, enquanto requisito, é objetiva, equiparando-se, à novidade das Patentes, nos termos do art. 11, e pars., LPI.

No que toca ao segundo requisito, a originalidade, o legislador aproximou-a à distintividade, requisito característico das marcas (formas/sinais distintivos) evitando o emprego de outros termos, como "próprio", por exemplo, pavimentando o caminho para efetuar a travessia do Desenho Industrial para as Marcas Tridimensionais, acolhendo a possibilidade da acumulação de tutelas sobre o mesmo objeto, tanto pelo DI, como pelas Marcas Tridimensionais, tema polêmico e controverso, muitas vezes, em alguns direitos, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência (verificar, a propósito, o art. 124, inc. XXII, LPI, que restringe a tutela simultânea de objeto, já protegido, por registro de DI de terceiro).

Outrossim, não se considera desenho industrial a obra de caráter puramente, artístico, conforme o art. 98, LPI.

De outra parte, segundo o art. 100, II, LPI, como limite à acumulação de tutelas sobre o mesmo objeto, por razões concorrenciais e de interesse público, não são registráveis como desenho industrial, a forma necessária, comum ou vulgar do objeto, bem como aquela determinada, essencialmente, por considerações técnicas ou funcionais.

O Registro do DI vigorará, nos termos do art. 108, LPI, pelo prazo de dez anos, contados da data do depósito, prorrogável por até três períodos sucessivos de cinco anos cada.

A propriedade do DI adquire-se pelo registro validamente concedido (art. 109, LPI).

Quanto ao exame de mérito, o legislador da LPI, contrapondo-se ao Código da Propriedade Industrial, CPI, L. n. 5.772/1971, que conside-

rava obrigatório o exame de mérito para o DI, tornou-o facultativo, nos termos do art. 111, LPI, podendo, todavia, o titular, requerer o exame do objeto do registro, a qualquer tempo da vigência, quanto aos aspectos de novidade e originalidade

4 Marcas

Segundo o art. 122, LPI são registráveis como marca as formas/sinais visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.

Alguns exemplos do que não seria registrável como marca, nos termos do art. 124, LPI, compreenderiam:

- a letra, algarismo e data, isoladamente, exceto se revestidos de suficiente caráter distintivo;
- sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, relacionado com o produto ou serviço a distinguir, ou para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo se revestidos de suficiente forma distintiva;
- cores e denominações, exceto se dispostas/combinadas de modo peculiar e distintivo;
- forma necessária, comum ou vulgar do produto ou de acondicionamento, ou ainda, aquela não dissociada de efeito técnico;
- objeto protegido por registro de DI de terceiro;
- sinal que imite ou reproduza, no todo ou em parte, marca que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade, cujo titular seja sediado ou domiciliado em território nacional ou em país com o qual o Brasil mantenha acordo ou que assegure reciprocidade de tratamento, se a marca se destinar a distinguir produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com aquela marca alheia.

Podem requerer registro de marca as pessoas, físicas ou jurídicas, de direito público ou privado (art. 128, LPI).

Quanto à aquisição dos direitos sobre a marca é importante pontuar que, segundo o art. 129, LPI, a propriedade sobre as marcas adquire-se pelo

registro validamente expedido, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo território nacional.

De outra parte a marca de Alto Renome, afasta a incidência da regra da Especialidade (o direito de exclusivo limita-se, via de regra, à(s) classe(s) apontada(s) na protocolização do pedido de registro da marca, que deve passar por exame de mérito, como as patentes). Portanto as classes não assinaladas pelo titular da marca, ficam disponíveis a outros agentes econômicos, titulares, para que possam explorar economicamente a mesma marca em diferentes classes: Assim tem-se a marca GOL registrada na classe dos veículos automotores de via terrestre, automóveis, cujo titular é a Sociedade A, a marca GOL registrada na classe de transporte aéreo de passageiros e cargas cujo titular é a Sociedade B, ambas convivendo em harmonia, posto que se encontram em Mercados Distintos. No caso da Marca de Alto Renome, segundo o art.125, LPI, assegura-se proteção especial em todos os ramos de atividade, desde que a mesma esteja registrada no Brasil.

O art. 126, LPI, dispõe que, no caso da Marca Notoriamente Conhecida em seu ramo de atividade, nos termos do art. 6º. bis, da Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, esta desfrutará de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil, afastando, portanto a regra da territorialidade do art. 129, LPI, segundo a qual a propriedade da marca Adquire-se pelo Registro Validamente Expedido.

O registro da marca vigorará pelo prazo de dez anos, contados da data da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos, nos termos do art. 133, LPI.

A caducidade do registro está prevista como uma das causas de extinção do registro da marca (art. 142, LPI), sendo que o registro caducará, a requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse se, decorridos cinco anos da sua concessão, na data do requerimento, o uso da marca não tiver sido iniciado no Brasil, ou tiver sido interrompido por mais de cinco anos (art. 143, LPI).

O art. 144, LPI, assenta que o uso da marca deve compreender todos produtos ou serviços constantes do certificado, sob pena de caducar parcialmente o registro em relação aos não semelhantes ou afins daqueles para os quais a marca teria sido comprovadamente usada.

5 O TRIPs

O Decreto n. 1.355/1994 internalizou o Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio –TRIPs – OMC

A Parte I -- Disposições Gerais e Princípios Básicos, compreende as Convenções sobre Propriedade Intelectual (art. 2), Tratamento Nacional (art. 3), Tratamento de Nação mais Favorecida (art. 4), Exaustão (art. 6), Objetivos (art. 7) e Princípios (art. 8).

A Parte II – Normas Relativas à Existência, Abrangência e Exercício dos Direitos de Propriedade Intelectual compreende: Seção 2– Marcas, Objeto da Proteção (art. 15), Direitos Conferidos (art. 16), Exceções (art. 17), Duração da Proteção (art. 18), Requisito do Uso (art.19); Seção 4 – Desenhos Industriais, Requisitos para a Proteção (art. 25), Proteção (art. 26); Seção 5 – Patentes, Matéria Patenteável (art. 27), Direitos Conferidos (art. 28), Exceções aos Direitos Conferidos (art. 30), Outros Usos sem Autorização do Titular (art. 31), Nulidade/Caducidade (art. 32), Vigência (art. 33), Patente de Processo: Ônus da Prova (art. 34).

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BARBOSA, Denis Borges. *Introdução à propriedade intelectual.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CHAVANNE, Albert; BURST, Jean-Jacques. *Droit de la propriété industrielle.* Paris: Dalloz, 1980.

ORTEGA Y GASSET, José. *Meditación de La técnica.* Madrid: Espasa-Calpe, 1965.

SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual.* São Paulo. 6. ed. Barueri: Manole, 2018.

VEGA GARCIA, Balmes. *Contrafação de patentes.* São Paulo: LTr, 2005.

LXXXIII. Propriedade intelectual

Silmara J. A. Chinellato

A denominada propriedade intelectual – cuja melhor terminologia é direitos intelectuais – tem duas vertentes: direito de autor e propriedade industrial. O primeiro é regido pela Lei 9.610, de 19.02.1998 (LDA) e assim como a propriedade industrial, por diplomas internacionais diversos – Convenções e Tratados internacionais – sendo o mais importante a Convenção de Berna, de 1886, revista em Paris em 24.7.1971. A propriedade industrial rege-se pela lei 9.279, de 14.5.1996 (LPI), como a principal, e pela Convenção da União de Paris revista em Estocolmo em 14.7.1967. Mencione-se, ainda, o TRIPS ou ADIPIC- Aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio.

Tanto para o direito de autor como para a propriedade industrial a tutela jurídica se compõe de várias outras leis ordinárias como, por exemplo, Lei 9.609, de 19.02.1998 que regula propriedade intelectual sobre programas de computador; Lei 9.456, de 25.4.1997 que tutela os cultivares e a Lei 10.973 que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. Merece registro a Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011 que estrutura o sistema de defesa da concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. A descrição de condutas é bastante ampla tanto no artigo 36 *caput* como no parágrafo 3.º.

A repressão à concorrência desleal tem fundamento administrativo, civil e penal, com forte carga ética. No campo do direito autoral, apesar do elenco não taxativo de obras, do artigo 7.º da LDA, se uma espécie de obra não tiver os requisitos necessários para a tutela pela lei, poderá ser protegida pela sanção ao aproveitamento parasitário de obra alheia.

O direito de autor protege as criações literárias, artísticas e científicas, sem cunho utilitário. Abrangem, ainda, os denominados direitos conexos, isto é, os de artistas, intérpretes e executantes. Destinam-se a fins estéticos, transmissão de sensibilidade e conhecimentos, não sendo próprio aludir-se a "beleza", de conceito lato e equívoco de que tratou com

maestria Umberto Ecco. Dispensa-se o registro (art. 115 da LDA que faz remissão ao art. 17 e seus §§ 1.º e 2º da Lei 5988, de 14.12.1973, revogada exceto quanto a esse artigo) e a proteção da lei é vitalícia para o autor e reduzida para sucessores (art.41 da LDA).

A tutela – que não protege a ideia, mas a forma pela qual ela se materializa em suporte tangível ou intangível, como o digital – exige alguma originalidade e individualidade da obra, o que a torna diferenciada quanto às demais. Segundo nosso conceito, direito de autor é o ramo do direito privado, com autonomia científica, que tutela as criações intelectuais, dotadas de certa originalidade e individualidade, exteriorizadas em suporte tangível ou intangível, compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências, abrangendo direitos morais, ligados à personalidade do autor, e direitos patrimoniais relativos à exploração econômica da obra.[1]

Compõe-se o direito de autor de direitos morais – direitos de personalidade do autor, enquanto tal – e direitos patrimoniais. Estes são objeto dos negócios jurídicos, uma vez que direitos morais são inalienáveis e irrenunciáveis (art. 27 da LDA) e também intransmissíveis e irrenunciáveis, conforme art. 11 do Código Civil.

Quanto a direito de autor, são inúmeros os negócios que envolvem os diversos tipos de obras por meio dos contratos específicos, às vezes especiais, como o contrato de edição (arts 53 a 67 da Lei 9.610/98) ou por meio de contratos genéricos como os de concessão ou licença, sendo mais raro o de cessão de direitos autorais, sobre o qual incidem muitas restrições, ao se considerar sua larga abrangência.

Aos contratos que envolvem direitos autorais aplicam-se, ainda, subsidiariamente as normas do Código Civil. Acresça-se que o rol de obras protegidas do artigo 7. º da Lei é meramente exemplificativo, considerando-se o alcance infinito da criatividade humana, exigindo-se apenas certa originalidade e individualidade. No rol das obras expressamente protegidas citem-se: a literária, a fotográfica,a audiovisual,a escultura, a pintura. Entre as criações que mais recentemente se incluem entre as obras tuteladas citem-se os grafites, obras feitas com auxílio de computador e as criações de moda.

[1] Requisitos fundamentais para a proteção autoral de obras literárias, artísticas e científicas. Peculiaridades da obra de artes plásticas. In Direito da Arte. Gladston Mamede, Marcílio Toscano Franca Filho, Otávio Luiz Rodrigues Junior, org. São Paulo, Atlas, 2015. P. 295-319.

Os bancos de dados poderão ser protegidos pelo direito autoral, mas apenas quando houver criatividade na forma pela qual os dados são apresentados, a ser analisada em cada caso concreto. É o que defui da interpretação do § 2.º do art. 7º da LDA combinado com art. 87, anotando-se que se não puder obter tutela pelo direito autoral poderá sê-lo pelo princípio que veda o enriquecimento sem causa inspirador da rejeição ao aproveitamento parasitário.

Tema que ainda se encontra sob estudo é o relativo à obra criada por inteligência artificial que, no nosso modo de ver, sempre terá uma pessoa para fazer escolha dos inúmeros dados apresentados pela máquina.

No campo da propriedade industrial há proteção de obras cujo requisito principal é a novidade, considerada de modo objetivo como um novo conhecimento para a coletividade. A tutela se opera por meio de concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade, de concessão de registro de desenho industrial e de registro de marca, além da repressão às falsas indicações geográficas e à concorrência desleal (artigo 2.º da Lei 9279 de 1996). A Lei exclui expressamente o que não pode ser patenteado, no art. 18. O registro é obrigatório e,em regra, é feito perante o INPI- Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

Conforme leciona Newton Silveira, uma vez observados os requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, o Estado concede patente ao inventor com prazo de monopólio. Para o autor, define-se e invenção como "a solução de um problema técnico não encontrável na natureza", ao passo que os modelos de utilidade se referem a modificações de forma em produtos já inventados.[2] A Lei 9.279, de 1976 confere diferentes prazos de monopólio para patentes de invenção – 20 anos – e prazo menor, de 15 anos para modelos de utilidade, conforme artigo 40.

Por haver nítido interesse público, social e consideração ao desenvolvimento tecnológico nas criações regidas pela propriedade industrial (art. 2.º da LPI), por existir cunho utilitário e, por isso, a rápida obsolescência, a proteção é bastante reduzida em confronto com a das obras tuteladas pelo direito de autor (art. 41 da LDA).[3]

---

[2] Propriedade intelectual. Propriedade industrial. Direito de autor. Software. Cultivares. Nome empresarial. 4. Ed. São Paulo: Manole. 2011.

[3] Anote-se, ainda, que a proteção de desenhos industriais se dá pelo prazo de dez anos contados do depósito, prorrogável por três períodos sucessivos de cinco anos cada, conforme artigo 108

A terceira modalidade de criação no âmbito dessa lei é o desenho industrial cujo conceito é bem explícito nos artigos 95 e 96. Trata-se de forma plástica ornamental de objeto ou conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto com resultado visual novo e original e hábil a servir de tipo de fabricação industrial. Ressalva o artigo 96 que a novidade é aferida na consideração do estado da técnica.

Questão que depende de interpretação doutrinária é a que se refere a obra de arte aplicada (como o desenho em azulejo) que, na lei anterior (Lei 5988/73, art. 6.º, XI), era prevista expressamente mas não o foi na atual. Incluo-me entre os que admitem, mesmo na omissão da lei, a dupla proteção – pelo direito de autor e pela propriedade industrial- com respeitosa discordância de Denis Borges Barbosa.[4]

No mesmo sentido de acolher a dupla proteção, invoco Carlos Alberto Bittar que enfatiza o requisito imposto pela lei anterior " desde que seu valor artístico possa dissociar-se do caráter industrial do objeto a que estiverem sobrepostas".[5]

Entre os sinais distintivos de produtos e serviços têm grande importância as marcas reguladas pelos artigos 122 e seguintes da Lei 9.279. São usadas para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa.

Conforme anota Gama Cequeira, nem sempre a marca traz a indicação do produtor, distinguindo-se o produto por ela própria. Quanto à função, anota que é secundária quanto ao consumidor,pois sua função principal é "assegurar os direitos e interesses de seu titular, evitando a confusão entre os produtos postos no comércio.[6]

Anote-se, ainda, a marca de certificação e a marca coletiva (incisos I, II e II do art. 123). Há proteção especial e mais ampla a marcas notórias. O titular de registro de marca não notória não poderá impedir o uso por

---

da LPI. O registro de marcas vigorará pelo prazo de dez anos contados da data da concessão, prorrogável por períodos iguais e sucessivos, conforme art. 133 da LPI..

[4] Tratado da Propriedade Intelectual. Desenho industriais.Cultivares. Segredo industrial. Contratos de Propriedade industrial e de transferência de tecnologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2015. Tomo IV.

[5] Carlos Alberto Bittar. Direito de de Autor. 7. Ed. atualizada por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Gen-Forense, 2019. P.47-48.

[6] Tratado da Propriedade Industrial. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. Volume. P. 254

terceiro em ramo diverso de atividade que não comporte confusão entre os produtos ou serviços. Há muitas restrições quanto às palavras, nomes, sinais, expressões que não podem ser registradas como marcas em rol do art. 124.

No âmbito das criações moda, discute-se se uma determinada cor pode ser registrada acoplada a um produto, como o vermelho em sola de verniz, de certa marca de sapatos, questão ainda não decidida com segurança em tribunais internacionais. A Lei 9.279 não autoriza o registro de cores e suas denominações, exceto se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo (inciso VIII do art. 124). Ainda no campo das criações de moda, há várias questões envolvendo a cessão de marca nominativa (art. 124, XV) pelo estilista, e a possibilidade de ele trabalhar utilizando seu próprio nome a identificar a coleção, direito de personalidade, o que não se confunde com uso de marca.

Conforme conceituado no Manual do INPI, "Marca tridimensional é o sinal constituído pela forma plástica distintiva em si, capaz de individualizar os produtos ou serviços a que se aplica. Para ser registrável, a forma tridimensional distintiva de produto ou serviço deverá estar dissociada de efeito técnico."[7] Bastante utilizada, torna-se muito comum nos frascos de perfume, contribuindo como atração extra estética ao consumidor.

Indicações geográficas são reguladas nos art. 176 a 182 da LPI que as conceitua como "indicação de procedência ou a denominação de origem" e são registráveis perante o INPI, constituindo mais uma forma de proteção à propriedade intelectual.

Quanto à concorrência desleal, Gama Cerqueira, sempre frisando seu fundamento ético que informa o jurídico – o que encontra respaldo no artigo 10 bis da Convenção da União de Paris – distingue-a em específica e genérica. A específica se relaciona a atos particularmente graves que a lei considera crimes, ao considerar a teoria geral da concorrência desleal.

Com referência à concorrência desleal genérica, lembra o autor que ela incide quanto a fatos não previstos nas leis especiais, sendo regido pelo direito comum.

Em relação à tutela específica da concorrência desleal invocamos a Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, especialmente o artigo 36, o artigo 195 da LPI complementado pelo artigo 202 que prevê outras dili-

[7] manualdemarcas.inpi.gov.br/projetos/manual/wiki02-o-que -é-marca (acesso em 4.10.2019).

gências além das preliminares de busca e apreensão. Nessas incluem-se a apreensão e destruição de produtos com marcas falsificadas.

Quanto à tutela genérica, é de se invocar o Código Civil nos diversos artigos que tutelam a responsabilidade civil entre os quais avulta o 186 e 927 caput, que regulam a responsabilidade fundada na culpa, bem como o parágrafo único do artigo 927 que consagra cláusula geral de responsabilidade civil, se presentes os requisitos ali elencados.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Desenho industriais. Cultivares. Segredo industrial. Contratos de Propriedade industrial e de transferência de tecnologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2015. Tomo IV.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de de Autor*. 7. ed. atualizada por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Gen-Forense, 2019.

GAMA CERQUEIRA, João. *Tratado da Propriedade Industrial*. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (org.). *Direito da Arte*. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual. Propriedade industrial. Direito de autor. Software. Cultivares. Nome empresarial*. 4. ed. São Paulo: Manole. 2011.

LXXXIV. Um panorama da arbitragem tributária no Brasil: vantagens e desafios

Renato de Toledo Piza Ferraz

A utilização da arbitragem como método de solução de disputas teve de passar por provações para se sedimentar no Brasil. Contudo, hoje não há dúvidas de que a arbitragem se consolidou como método de solução de conflitos largamente utilizado no país, sendo que as estatísticas a seu respeito corroboram isso[1].

O entusiasmo pelo instituto decorre, principalmente, das vantagens mais frequentemente apontadas à arbitragem, como celeridade, especialidade dos árbitros, flexibilidade do procedimento para melhor atender às expectativas das partes, sigilo, dentre outras.

Foi nesse contexto que o Poder Público, antes resiliente à ideia, começou a enxergar na arbitragem uma via adequada para solução de seus conflitos em contratos mantidos com particulares que tivessem como objeto, evidentemente, direito patrimonial disponível.

Mas o caminho percorrido nem sempre foi fácil.

Conforme se sabe, nem todas as questões decorrentes de um contrato comercial poderão ser arbitradas. De igual modo, nem todas as pessoas poderão contratar arbitragem. A esses limites a doutrina convencionou tratar de arbitrabilidade objetiva e subjetiva.

De fato, a lei atualmente vigente prescreve, logo em seu artigo inaugural, que *As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*[2].

[1] Em pesquisa denominada "Arbitragem em Números e Valores", no período entre 2010 e 2016 o número de procedimentos administrados pelas seis principais Câmaras passou de 128 novos casos somente no primeiro ano da pesquisa para 249, em 2016. O número total de arbitragens nesse período atingiu patamar de 1.292 casos entrantes. A propósito dos valores envolvidos, a crescente também se mostrou exponencial. Em 2010, somavam R$ 2,8 bilhões, enquanto que em 2016 atingiram R$ 24,27 bilhões, o que representa crescimento na ordem de aproximadamente 900%.

[2] Lei 9.307.1996

Ou seja, o limite da arbitrabilidade – que responderá se dada questão poderá ou não ser submetida ao procedimento arbitral – passa por dois critérios balizadores: o objetivo e o subjetivo. O primeiro diz com o objeto da matéria a ser submetida ao procedimento arbitral, e que deverá se referir, necessariamente, a direitos patrimoniais disponíveis; já o segundo refere-se à capacidade para poder se submeter à arbitragem (sujeitos).

A conjugação desses dois vetores ganha em complexidade se uma das partes é a Administração Pública, cuja atuação deve mirar a realização do interesse público – via de regra, indisponível.

Desde o vetusto precedente *caso Lage*, ficou assentado que quando atua como verdadeiro player do mercado econômico, a Administração pode ter seus litígios solucionados via arbitragem. Mais recentemente e para espancar qualquer dúvida que ainda pudesse haver, a L.A. foi reformada para dispor que *A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis" (art.1º, §1º) desde que com base em regras de direito e respeitado o princípio da publicidade (art.2º, §3º).*

Não remanescendo dúvidas de que a Administração pode valer-se da arbitragem (vetor da arbitrabilidade subjetiva), talvez seja hora de questionar se esse método de solução de conflitos seria também viável à causas tributárias (vetor da arbitrabilidade objetiva).

É com fundamento na suposta indisponibilidade do crédito tributário (ou da receita tributária dele decorrente) que muitos doutrinadores advogam a impossibilidade de se resolver litígios tributários por arbitragem. Além desse obstáculo, a doutrina costuma mencionar o (*i*) monopólio estatal da jurisdição e (*ii*) a indisponibilidade como pressuposto da arbitrabilidade objetiva.

A falar do primeiro obstáculo, é preciso lembrar que não há regramento de ordem constitucional avocando jurisdição exclusiva ao Estado. O fenômeno da jurisdicionalidade pode ser defendido como extra estatal, sendo prova disso a coexistência de diversas jurisdições independentes no mesmo espaço territorial ao longo da história. Como exemplos, a jurisdição real, eclesiástica, baronal, de tribunais municipais, jurisdição indígena, internacional e arbitral – todas convi-

vendo ao lado da estatal. Portanto, parece não haver monopólio do *ius dicere* do Estado.

Quanto ao segundo, é comum que a disponibilidade do direito esteja relacionada com seu correspondente atributo da patrimonialidade e mesmo da transigibilidade. Mas, inexistindo norma constitucional determinando ou exigindo que a disponibilidade do direito seja pressuposto indispensável à solução arbitral, em princípio nada obsta que a arbitragem tributária seja criada via edição de lei, desde que tome o cuidado de moldar a situação, isto é, não falar em disponibilidade do direito em disputa mas apenas a possibilidade de se transferir do Judiciário para a arbitragem a palavra final sobre determinado impasse em matéria tributária.

Mas o crédito tributário – precisamente o núcleo do objeto da demanda deslocada para arbitragem – é ou não disponível?

Pensa-se que há bons argumentos para defender que sim. Primeiro, a arbitragem tributária não resulta na realização (ou possibilidade) de se conferir concessões relacionadas ao crédito tributário. Apenas se faz o juízo de legalidade de um dado lançamento ou da cobrança de um tributo, do que resulta equivocado se falar, tecnicamente, em renúncia de receita. Segundo, chama-se a atenção para a seguinte distinção: direito indisponível é o interesse público primário, relacionado ao uso da tributação para persecução dos fins do Estado, e não interesse meramente arrecadatório, que é específico da Administração Tributária e classificado como secundário.

Por isso a *indisponibilidade* é em verdade quanto à competência tributária (aí incluída a atividade de cobrança), e não do crédito fiscal em si.

Derradeiramente, a indisponibilidade do crédito tributário em si não parece ser absoluta, sendo prova disso a autorização, conferida pelo Código Tributário Nacional, para se conceder anistia, remissão e mesmo prevendo a possibilidade de transação.

É bem verdade que tais benefícios dependem de lei para serem conferidos. Mas a própria existência de leis nesse sentido demonstra que o crédito tributária não é intocável, podendo ser de alguma forma renunciado em prol de uma política pública mais eficiente e racional – até pensando no incremento de arrecadação e como incentivo à uma maior formalidade das atividades econômicas.

Mas, considerados transponíveis os obstáculos à realização da arbitragem tributária, quais matérias tributárias teriam a aptidão para serem solucionadas através desse mecanismo de solução de conflitos?

A primeira dessas questões são as técnicas, que digam respeito a questões complexas e que normalmente são elucidadas por perícia, tanto em âmbito administrativo como judicial (ex: elaboração de laudos contábeis e laudos de engenharia). Ainda, a análise sobre a essencialidade de dada despesa para justificar crédito de PIS segundo as atividades exercidas por determinada pessoa jurídica ou mesmo o enquadramento fiscal de produtos para fins de IPI ou de exações aduaneiras, e mesmo a quantificação ou cálculo do crédito para fins de compensação seria outro campo fértil à arbitragem.

Em sentido oposto e forte na regra da tipicidade cerrada que rege o direito tributário, ficariam de fora da solução por arbitragem declarações sobre ilegalidade ou inconstitucionalidade de determinada exigência fiscal como consequência de interpretação legal – competência constitucionalmente reservada ao STJ e STF, respectivamente.

Em conclusão, os desafios à instituição da arbitragem em matéria fiscal são diversos mas, pensa-se, transponíveis, ao passo que as vantagens no emprego do instituto, incontáveis. É dada a hora de se evoluir com o debate desprovido das velhas amarras que limitam a evolução do direito tributário.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

ÁVILA, Humberto. *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 04, 23-24, out./dez, 2005

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011.

BARBI, Marcelo. *Arbitragem tributária:* desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

BARBOZA, Heloísa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. *In*: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O direito e o tempo:* embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: u*m comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paula: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. *Revista de Processo*. v. 58, abr./jun. 1998, p. 33-40. Disponível em: <http://migre.me/smwvx>. Acesso em: 02 dez. 2019.

ESCOBAR, Marcelo Ricardo. *Arbitragem tributária:* desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018

FERREIRA, Thiago José Millet Cavalcanti. *Arbitragem tributária*: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 32. 2000.

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas. 2009.

LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coords.). *Arbitragem*: *estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. (Atualiz. Ricardo Negrão). Vol. I. Livro I. Campinas: Bookseller, 2000.

MENDONÇA, Priscila Farinelli de. *In Arbitragem tributária:* / desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

NOLASCO, Rita Dias; LIMA, Osvaldo Antonio de. *Arbitragem tributária:* desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PISCITELLI, Thatiane. *Arbitragem tributária:* desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

TORRES, Heleno. Princípios da segurança jurídica e transação em matérias tributária. Os limites da revisão administrativas dos acordos tributários. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco (org.) *Transação e arbitragem no âmbito tributário:* homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Bela Horizonte: Fórum, 2008.

TORRES, Heleno. Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes — simplifica-

ção e eficiência administrativa. *Revista Fórum de Direito Tributário*, ano 1, n. 2, p. 12-13, mar./abr. 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo. *In:* SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco (org.) *Transação e arbitragem no âmbito tributário*: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Bela Horizonte: Fórum, 2008.

LXXXV. Consórcios públicos

João Antonio da Silva Filho

Filippe Soares Lizardo

1 Conceito e natureza jurídica

Num modelo de federalismo de cooperação, como o brasileiro, ganha relevo a titularidade da execução dos serviços públicos a partir das competências constitucionais delineadas para cada ente federativo, não sendo incomum a necessidade de que determinados serviços atribuídos ao Poder Público sejam executados conjuntamente por diversos entes. Trata-se da conjugação de esforços para, de modo coordenado, buscar o equilíbrio do desenvolvimento e do bem–estar em âmbito nacional, conforme expressa previsão do art. 23, parágrafo único, da Constituição Federal.

Essa atuação conjunta para o desenvolvimento de políticas públicas, por meio da cooperação interfederativa, traduzida na gestão associada de serviços públicos com o compartilhamento de esforços, bens, pessoal e recursos financeiros, encontra nos consórcios públicos um dos mecanismos mais importantes para sua instrumentalização.

Os consórcios públicos estão previstos no artigo 241 da Constituição Federal, segundo o qual os entes da federação (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios) disciplinarão, por meio de lei, a constituição de consórcios e convênios de cooperação entre si, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Ao prever os consórcios públicos como regra constitucional, o constituinte derivado – a atual redação do artigo 241 foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98–, objetivou consolidar a gestão associada dos entes federativos, por meio da conjugação de esforços para a consecução de interesses públicos comuns, para os quais os entes isoladamente teriam dificuldades para sua execução, ou porque a ação conjunta se mostra mais eficiente.

Coube à Lei nº 11.107/2005 disciplinar a constituição dos consórcios públicos, definindo-os como pessoas jurídicas formadas exclusivamente por entes da federação, que podem ser constituídas como associação pública (com personalidade jurídica de direito público) ou como pessoa jurídica de direito privado.

A solução encontrada pelo legislador, ao conferir personalidade jurídica aos consórcios, é criticada por grande parte da doutrina. Até a edição da Lei 11.107/2005 havia certo consenso no sentido de que os consórcios administrativos, a exemplo daqueles havidos entre empresas privadas, não adquiriam personalidade jurídica, tratando-se de mero acordo de vontade.

A lei facultou a constituição dos consórcios a duas formas: (i) por meio de associação pública, com personalidade jurídica de direito público, integrando a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados (art. 6º, inc. I e §1º da Lei 11.107/2005) e (ii) através de pessoa jurídica de direito privado, por exemplo, uma associação civil (art. 6º, inciso II da Lei nº 11.107/2005).

Caso a opção seja a constituição na forma de pessoa jurídica de direito privado, o consórcio deverá observar os requisitos estabelecidos na legislação civil para sua criação; entretanto, se sujeitará às normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (art. 6º, § 2° da Lei nº 11.107/2005).

Constituindo-se como associação pública, o consórcio passa a integrar a Administração Indireta de todos os entes federativos consorciados, possuindo as mesmas prerrogativas e privilégios das pessoas jurídicas de direito público. Em que pese a Lei 11.107 registrar essa regra apenas em relação aos consórcios constituídos sob o regime de direito público, é natural que o mesmo ocorra com aqueles que possuem personalidade de direito privado, tendo em vista que não há como a União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituírem pessoa jurídica para o desempenho de atividades próprias do ente instituidor e deixá-la de fora do âmbito de atuação do Estado, como se tivesse sido criada por um ente privado.

Os consórcios com personalidade jurídica de direito privado têm a natureza de associações civis, disciplinadas pelo Código Civil, salvo as der-

rogações decorrentes da Lei nº 11.107/05. Na realidade, trata-se de um regime jurídico híbrido, eis que ao lado de normas do direito privado, incidem outras, próprias do direito público, relativas a licitações, contratos, prestação de contas e admissão de pessoal. Por sua vez, os consórcios com personalidade de direito público têm natureza de associações públicas, enquadrando-se no gênero autarquia e regendo-se, dessa forma, pelo regime jurídico de direito público e não pelo Código Civil.

Na relação que surge por meio do consórcio, os entes conveniados situam-se numa posição de horizontalidade e no mesmo lado da relação jurídica. Isso quer dizer que os entes públicos participantes do ajuste – embora tenham direitos e obrigações–, não estão em posições opostas, mas sim colaterais, em que todos buscam atingir os mesmos objetivos.

2 Objeto dos consórcios públicos, formalidades para sua constituição e o seu controle

Os consórcios públicos têm por objeto a realização de atividades e metas comuns às pessoas federativas consorciadas, que dificilmente seriam implementadas de forma individualizada, ou então, cuja atuação conjunta se mostra mais eficiente para se atingir os resultados pretendidos.

Os consórcios podem contemplar uma extensa gama de atuação, abrangendo temas como: assistência social, educação, desenvolvimento econômico, energia, habitação, infraestrutura, meio ambiente, planejamento urbano, saneamento básico, saúde, segurança pública, transporte e mobilidade, turismo, dentre outros.

Sua atuação pode se dar exclusivamente em relação a um objeto específico, como também agregar diversos objetos em uma única estrutura, permitindo-se que sejam realizados o planejamento, implementação e gestão compartilhada de diversas políticas públicas.

A Lei Federal nº 11.107 estabelece dois requisitos formais prévios à formação dos consórcios públicos: primeiro é necessária a prévia subscrição de um protocolo de intenções, o qual deverá estabelecer todo o regramento do consórcio, versando sobre questões como: a finalidade, o prazo de duração, a sede do consórcio, o tipo de pessoa jurídica que será constituída, os serviços a serem executados, o disciplinamento de matérias envolvendo o quadro de pessoal necessário, o número de votos que cada ente consorciado tem direito de exercer na assembleia geral etc. O

segundo requisito é a ratificação do protocolo de intenções por cada um dos partícipes, que deverá ser realizada por meio da edição de uma lei específica de cada um dos entes consorciados.

Uma vez constituído, o consórcio terá como representante legal, necessariamente, o Chefe do Poder Executivo de algum dos entes consorciados, cuja forma de eleição e período do mandato deverão ser estabelecidos no protocolo de intenções ratificado.

Independente da natureza do consórcio criado (associação pública ou pessoa jurídica de direito público), a lei lhe confere alguns privilégios para o cumprimento de seus objetivos, dentre os quais se destacam o poder para promover desapropriações e instituir servidões, bem como ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes consorciados, mediante dispensa de licitação (art. 2º, § 1º da Lei nº 11.107/05).

Os consórcios também poderão exercer atividades de arrecadação, mediante cobrança de tarifa e outros preços públicos em razão da prestação de serviços ou decorrentes de outorga de uso de bens públicos por eles administrados, podendo ainda outorgar concessão, permissão ou autorização de obras e serviços públicos estabelecidos no ato constitutivo do consórcio (art. 2º, §§ 2º e 3º da Lei nº 11.107/05).

No que toca à fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial dos consórcios públicos, estes estão sujeitos ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio. Entretanto, entendemos que se o consórcio implicar na transferência de recursos por parte dos entes consorciados, não pode a lei retirar dos órgãos de contas das demais pessoas federativas o poder de controle outorgado pela Constituição Federal para controlar a aplicação dos recursos que transferiu a outra pessoa estatal.

Caberia, inclusive, a possibilidade de celebração de convênios entre as diversas Cortes de Contas envolvidas para organizar métodos e disciplinar as atribuições de cada uma delas em face das fiscalizações a serem levadas a efeito sobre o consórcio público.

Referências e sugestões de leitura para aprofundamento

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios públicos*: Lei nº 11.107 de 06/04/2005 e Decreto nº 6.017 de 17/01/2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

JUSTEIN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Autores

Adalberto Simão Filho

Mestre e Doutor em direito das relações sociais pela PUC/SP. Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal. Professor Titular dos programas de Mestrado e de Doutorado da Universidade de Ribeirão Preto-UNAERP/SP. Acadêmico. Membro de número da Inter American Academy of International and Comparative Law. Árbitro designado pelo CAESP- Conselho de Arbitragem do Estado de São Paulo e sócio diretor de Simão Filho- Advogados Associados.

Adriana Lucena

Especialização em Direito Empresarial pela Escola Paulista da Magistratura. Administradora Judicial. Advogada.

Adriana Pugliesi

Mestre e Doutora em Direito Comercial pela FADUSP – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora de Direito Empresarial da FGV-Direito São Paulo. Árbitra na CCBC e CAM-B3. Advogada.

André Guilherme Lemos Jorge

Diretor e professor do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da UNINOVE. Advogado com Graduação pela PUC/SP. Juiz Titular do TRE/SP (2014/2016). Conselheiro CTC CAPES-MEC (2005/2008). Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Pós-Graduado em Direito Penal pela Escola Superior do MP/SP. Cursando Pós Doc em Salamanca-Espanha.

Antônio Augusto de Souza Coelho

Mestre e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), graduado em direito pela Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie/SP. Vice-Presidente da Comissão

Especial de Direito Agrário e do Agronegócio do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), Presidente da Comissão de Direito Agrário da OAB/SP; membro do Conselho Editorial da Revista Justiça & Cidadania; advogado militante desde 1988.

Antonio Carlos Cedenho

Doutor (2017) e Mestre em Direito Constitucional (2011) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1972). Atualmente Desembargador Federal no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Coordenador do Gabinete da Conciliação do Tribuna Regional Federal da 3ª Região (2007-2012). Diretor da Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (2012-2014). Membro efetivo do Conselho de Justiça Federal da 3ª Região (2014-2016). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Comercial.

Armando Luiz Rovai

Doutor em Direito pela PUC/SP, professor de Direito Comercial da Puc/SP e do Mackenzie. Ex-Presidente da Junta Comercial do Estado de São Paulo por 4 mandatos. Foi Secretário Nacional do Consumidor – SENACON/MJ.

Andreia Maria Santiago

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Bolsista de produtividade em pesquisa pela Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FUNCAP. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa CNPQ de Relações Econômicas, Políticas, Jurídicas e Ambientais na América Latina – REPJAAL. Fortaleza, Brasil.

E-mail: andreiasantiago@edu.unifor.br

Antônio Pedro Machado

Graduado em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (2016). Atualmente é advogado – Silveira e Unes Advogados Associados.

Balmes Vega Garcia

Bacharelado (1990), Mestrado (2003) e Doutorado (2007) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Graduado em Engenharia Química pela EPUSP e em Farmácia pela FCF-USP. Pós-graduação em Propriedade Industrial (1982) pela Faculdade de Direito da Universidade Robert Schuman (Estrasburgo/França). Especialização em Direito Ambiental (Faculdade de Saúde Pública e Faculdade de Direito, ambas da USP), Gestão Ambiental (Faculdade de Saúde Pública e Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, ambas da USP) e Direito do Trabalho (Curso de Aperfeiçoamento ministrado pelo Ministério do Trabalho). Ênfase em Direito Empresarial, Intelectual, Ambiental e Trabalhista, atuando no Brasil e no exterior, desde 1981, nomeadamente, nas áreas de patentes, desenhos industriais, marcas, programas de computador, cultivares, contrafação de direitos, inovações tecnológicas, invenção, proteção das criações técnicas relativas à biotecnologia e tutela das criações estéticas. Advocacia, Consultoria, Assessoria e Docência.

Bruno Dantas

Pós-Doutor (UERJ), Doutor e Mestre (PUC-SP) em Direito. Visiting Researcher Fellow na Benjamin N. Cardozo School of Law (Nova York, EUA), no Max Planck Institute for Regulatory Procedural Law (Luxemburgo) e na Université Paris 1 Panthéon Sorbonne. Professor da UERJ e dos programas de mestrado em Direito da UNINOVE e da FGV Direito-Rio. Ministro do TCU.

Bruno Oliveira Castro

Advogado, atua no Direito Empresarial com especialidade em Constituição de Holding´s Familiares, Direito Societário, Falência e Recuperação de Empresas, Professor, Palestrante e Parecerista, especialista em Direito Empresarial pela UFMT, Doutorando em Direito pela UMSA, com curso de extensão em Insolvência pelo Bankruptcy Program da California Western School of Law, San Diego, USA. Curso de Insolvência em Direito Comparado pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Professor Convidado de Direito Empresarial em Curso de Extensão e Pós Graduação de Falência e Recuperação de Empresas da PUC/SP e FADISP/SP, Professor Convidado da

Especialização de Direito Empresarial e Tributário do MACKENZIE/SP, da AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, da Escola da Magistratura do Mato Grosso, Paraná, Bahia e Ceará, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial – IBRADEMP, Membro Associado do Turnaround Management Association do Brasil – TMA Brasil, Membro Associado do International Association of Restructuring, Insolvency & amp; Bankruptcy Professionals (INSOL). Autor da Lei de Recuperação de Empresas e Falências interpretada artigo por artigo editora Booklaw e co autor do livro Temas De Direito da Insolvência – Estudos Em Homenagem Ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho, com o tema "Recuperação Judicial do Produtor rural e a garantia da ordem econômica".

Bruno Droghetti Magalhães Santos

Chefe de assessoria do CADE. Graduação em Direito pela Fundação Armando Álvares Penteado FAAP. Pós-Graduando em Direito Econômico pela Escola de Direito de São Paulo Fundação Getúlio Vargas GVLaw (2012) e Master of Laws, LL.M University of California - Berkeley 2017-2018. Membro da Comissão de Estudos de Concorrência e Regulação Econômica (CECORE/OAB/SP) e da Comissão de Direito da Concorrência na Câmara de Comércio Internacional ICC. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico, atuando principalmente nos seguintes temas: direito concorrencial/antitruste, defesa comercial, administrativo, e penal econômico.

Camila Yano Sato

Bacharel e Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Advogada e pesquisadora em direito cooperativo.

Carolina Mansur da Cunha de Grandis

Bacharel e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo –USP. Advogada com atuação na área de reestruturação de empresas e falência.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo

Titular da Cadeira Sylvio Marcondes da Academia Paulista de Direito é o primeiro professor Livre-Docente em Direito Ambiental do Brasil sendo também Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais. Professor do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Director Académico do Congresso de Derecho Ambiental Contemporáneo España/Brasil-Universidade de Salamanca (ESPANHA) e Miembro del Grupo de Estudios Procesales de la Universidad de Salamanca-Grupo de Investigación Reconocido IUDICIUM(ESPANHA).Professor convidado visitante da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar(PORTUGAL) e Professor Visitante/Pesquisador da Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università Degli Studi di Napoli(ITALIA). Assessor científico da FAPESP, parecerista ad hoc do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, professor efetivo da Escola de Magistratura do TRF da 1ª e da 3ª Região e professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados-Enfam. .Líder do Grupo de Pesquisa do CNPq Tutela Jurídica das Empresas em face do Direito Ambiental Constitucional-UNINOVE-SP (BRASIL).

Cíntia Rosa Pereira de Lima

Livre-Docência em Direito Civil Existencial e Patrimonial pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP). Pós Doutora em Direito Civil na Università degli Studi di Camerino (Itália) com fomento CAPES (2014 – 2015). Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP (2004 – 2009) com estágio na Universidade de Ottawa (Canadá) com bolsa CAPES – PDEE – Doutorado Sanduíche. Graduada pela Faculdade de Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP (2002). Advogada, Secretária e Conselheira da Comissão de Bioética, Biodireito e Biotecnologia da OAB/SP-Secção São Paulo. Foi professora e orientadora na pós-graduação da Faculdade de Direito da USP – Largo São Francisco (2010 – 2018). Atualmente é Professora Associada de Direito Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Proteção de Dados Pessoais, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Eletrônico, Biodireito e Direito Internacional Privado, tendo lecionado estas matérias em diversas ocasiões. É autora de diversos livros, artigos publicados em periódicos e capítulos em obras coletivas. Líder do Grupo de Pesquisa: Tutela jurídica dos dados pes-

soais na internet (http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/4485179444454399) e do Grupo de Pesquisa: Observatório do Marco Civil da Internet no Brasil (http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2215582162179038). Presidente do Instituto Avançado de Proteção de Dados – IAPD. Associada Titular do IBERC – Instituto Brasileiro de Responsabilidade Civil e membro fundador do IBDCONT – Instituto Brasileiro de Direito Contratual.

Eduardo Azuma Nishi

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, desde junho de 2015, integrando a Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial; Anteriormente atuou como advogado na área societária em escritórios de advocacia, executivo de empresas e consultor na área fiscal. Mestrando em Direito Comercial pela Pontifícia da Universidade Católica de São Paulo. MBA Executivo pela BSP- Business School São Paulo; Graduado em Administração de Empresas, pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EAESP/FGV) – 1984; Graduado em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – 1983, com especialização em Direito Empresarial.

Emanuelle Urbano Maffioletti

Professora Doutora de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo. Mestre e Doutora em Direito Comercial pela USP. Pós-Doutora em Direito Comercial no Instituto Suíço de Direito Comparado. Consultora e autora de diversos artigos e livros.

Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França

Livre-docência em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2012). Doutorado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (1998). Mestrado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (1992). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (1973). Atualmente é professor associado e chefe do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Comercial, atuando principalmente no campo do Direito Societário.

Érico Andrade

Professor de Direito Processual Civil da UFMG; Doutor em Direito Processual Civil pela UFMG/Università degli Studi di Milano; Mestre em Direito pela UFMG; Procurador do Estado de Minas Gerais – AGE/MG; Advogado.

Ernesto Tzirulnik

Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da PUC-SP. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Fundador e Presidente do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS. Coordenador da comissão de juristas que elaborou a série de projetos da primeira lei especial brasileira de contrato de seguro (PLC 29/2019). Fundador do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC.

Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos

Promotor de Justiça do Estado de São Paulo. Professor de Direito Empresarial. Palestrante. Autor de obras e artigos jurídicos.

Eros Roberto Grau

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP [de 1990 a 2009]. Professor Visitante da Université Paris 1 [Panthéon-Sorbonne] [2003-2004], da Université de Montpellier I [1996-1998), da Université du Havre (2009) e da Université de Cergy-Pontoise [2013]. Doutor Honoris Causa da Université Cergy-Pontoise (França), da Université du Havre (França), da Universidad de la República del Uruguay e da Universidad Siglo 21 (Córdoba, Argentina). Ministro do Supremo Tribunal Federal [de junho de 2004 a julho de 2010].

Fabiano Augusto Martins Silveira

Professor do Programa de Mestrado da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, desde 2017. Em 1998 graduou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), onde concluiu os cursos de Mestrado (2003) e Doutorado (2008) em Direito. Foi pesquisador convidado da Seção de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Roma – La Sapienza (2006-2007). É

Consultor Legislativo do Senado Federal desde 2002, atualmente licenciado. Exerceu o mandato de Conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) no biênio 2011-2013 e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no intervalo 2013-2016. No CNJ, ocupou a função de Ouvidor-Geral da Justiça em 2015. Advogado.

Fábio Ulhoa Coelho

Professor Titular da PUC-SP e Diretor do UCEJ – Ulhoa Coelho Estudos Jurídicos.

Felipe Chiarello de Souza Pinto

Possui Doutorado e Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006 / 2000). Atualmente é Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Professor Titular da Faculdade de Direito e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico e Membro da Academia Mackenzista de Letras. Coordenador Adjunto de Programas Acadêmicos da Área de Direito da CAPES-MEC. Membro Pesquisador 2 do CNPq. Membro do Comitê da Área do Direito no Programa SciELO/ FAPESP, Membro do Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central e Membro Titular da Academia Paulista de Letras Jurídicas, Parecerista na Área do Direito da CAPES-MEC, Professor colaborador do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF).

Fernando Netto Boiteux

Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho e Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Especialização em Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal e em Direito de Empresa. Foi Procurador da Fazenda Nacional. Advogado.

Filippe Soares Lizardo

Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, atualmente cedido ao Tribunal de Contas do Município de São Paulo, onde ocupa o cargo de Assessor Jurídico. Mestre em Direito pela Universidade

Nove de Julho (UNINOVE). Pós-Graduado em Direito Público. Professor convidado nos Cursos de Pós-Graduação em Direito do Curso Damásio de Jesus e da Escola Brasileira de Direito – EBRADI. Coautor dos livros: Direito Eleitoral e Processo Eleitoral: Temas Fundamentais – Editora Revista dos Tribunais (2010); Tratado de Direito Eleitoral – Editora Fórum (2018) e Guia de Prestação de Contas de Campanha – Editora Arraes (2018).

Francisco Satiro de Souza Júnior

Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Professor doutor da Faculdade de Direito da USP (Largo São Francisco), onde leciona em nível de graduação e pós graduação.

Gabriel Benedito Issaac Chalita

Advogado e escritor. Tem dois doutorados – em Comunicação e Semiótica e em Direito; e dois mestrados – em Sociologia Política e em Filosofia do Direito. Professor do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE), na PUC-SP, na Universidade Presbiteriana Mackenzie e no IBMEC. Membro da Academia Brasileira de Educação e da Academia Paulista de Letras.

Gabriel Buschinelli

Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Professor convidado de cursos de extensão e de pós-graduação. Advogado em São Paulo.

Gilberto Bercovici

Doutor em Direito do Estado e Livre Docente em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado.

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo

Procurador Federal. Diretor de Serviços e Suporte Jurídico da Infraero. Foi Presidente Interino, Conselheiro e Procurador Geral do CADE. Doutorando em Direito pela Universidade de Paris II (*Université Panthéon Assas*).

Gina Vidal Marcílio Pompeu

Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa, Portugal. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Advogada inscrita na OAB-CE sob o n. 6101. Coordenadora e Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Mestrado e Doutorado. Analista Legislativo – Advogada NSP 23 da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Coordenadora do grupo de pesquisas REPJAAL, Relações econômicas, Políticas, Jurídicas e Ambientais da América Latina cadastrado no CNPQ, bem como é líder do CELA, Centro de Estudos Latino-Americano da Universidade de Fortaleza. E-mail: ginapompeu@unifor.br

Giuseppe Giamundo Neto

Doutorando e mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado em São Paulo. Sócio do Giamundo Neto Advogados.

Guilherme Amorim Campos da Silva

Doutor em Direito Constitucional (2010) e Mestre em Direito do Estado (2002) pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo (PUC/SP). Professor permanente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Tem experiência na área do Direito Público, orientando na linha de pesquisa "Justiça e o Paradigma da Eficiência." Estuda o direito constitucional, a validade e interpretação do direito, a teoria do desenvolvimento na Constituição, o acesso à justiça, o uso de precedentes estrangeiros pela Corte Constitucional e as relações entre as empresas e o Poder Público na realização do desenvolvimento econômico nacional. Membro fundador e diretor do IBEC – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais é, ainda, membro do

Conselho Curador da Fundação Padre Anchieta – Centro Paulista de Rádio e TV Educativas e da Fundação Gol de Letra. Editor Chefe das Revistas Científicas da UNINOVE Thesis Juris e Prisma Jurídico (B1). Advogado, sócio de Rubens Naves, Santos Jr. Advogados.

Gustavo Saad Diniz

Professor de Direito Comercial da USP-FDRP. Doutor e Livre-Docente em Direito Comercial pela USP. Advogado.

Ilene Patrícia de Noronha Najjarian

Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Professora Universitária de Direito Empresarial e em Pós-Graduação. Procuradora Federal lotada na C.V.M.

Ivan Vitale Junior

Doutor em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012) com a tese *Recuperação judicial da microempresa e empresa de pequeno porte*; Mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005) com a dissertação Órgãos societários na sociedade limitada; Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998); Coordenador do Curso de Pós-Graduação "Lato Sensu" em Direito Empresarial da Escola Paulista de Direito – EPD. Professor de Direito Comercial da Universidade São Judas Tadeu.

Ivo Waisberg

Livre Docente em Direito Comercial. Doutor em Direito das Relações Econômicas Internacionais e Mestre em Direito Comercial pela PUC/SP. LLM em Direito da Regulação pela New York University School of Law. Professor de Direito Comercial da PUC/SP, na graduação e pós-graduação. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Advogado, sócio no Thomaz Bastos, Waisberg, Kurzweil Advogados.

Jarbas Andrade Machioni

Advogado Especialista em Direito Empresarial. Foi Presidente da Comissão de Direito Empresarial da OAB/SP 2015-2018. Mestrando na PUC.

João Antonio da Silva Filho

Presidente do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, mestre em Filosofia do Direito pela PUC-SP, autor das obras "A Democracia e a Democracia em Norberto Bobbio", "A Era do Direito Positivo" e "O Sujeito Oculto do Crime – Considerações Sobre a Teoria do Domínio do Fato".

João Maurício Adeodato

Professor da Universidade Nove de Julho e da Faculdade de Direito de Vitória. Ex-Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife. Mestre, Doutor e Livre Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-Doutorado, Professor Convidado e Pesquisador em diversas Universidades alemãs pela Fundação Alexander von Humboldt. Professor convidado em vários outros países. Advogado.

João Pedro Scalzilli

Professor da Faculdade de Direito da PUCRS. Doutor em Direito Comercial pela USP. Mestre em Direito Privado e Especialista em Direito Empresarial pela UFRGS. Advogado.

Joice Ruiz Bernier

Advogada e administradora judicial. Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo FDUSP (2011). Bacharel em Direito da Universidade de São Paulo FDUSP, com ênfase em direito empresarial (1993). Possui especializações em Direito Tributário pelo CEU – Centro de Extensão Universitária e em Direito Autoral pela Universidade de Lisboa-Portugal. Foi membro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (2004 – 2006) e vice presidente do IBAJUD – Instituto Brasileiro de Administração Judicial (2016-2017). Atualmente, é membro e conselheira do TMA Brasil – Turnaround

Management Association do Brasil; membro do IBR – Instituto Brasileiro de Estudos de Recuperação de Empresas, do do INSOL – International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals; e da Comissão Permanente de Direito Falimentar e Recuperacional do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP. É professora e coordenadora do curso Administrador Judicial do TMA Brasil. É professora convidada pelo Insper onde leciona no curso de curta duração Recuperação Judicial de Empresas. Joice Ruiz Bernier é autora do livro Administrador Judicial na Recuperação Judicial e na Falência e palestrante em diversos eventos sobre a área de insolvência.

José Fernando Vidal de Souza

Professor da Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Pós-Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina (2013). Pós-Doutor na área de Ética Ambiental, junto ao Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra (2007), sob a supervisão do Doutor Boaventura de Sousa Santos. Graduação em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2011). Especialista em Ciências Ambientais pela Universidade São Francisco (2000). Mestrado (1997) e Doutorado (2003) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduação (1986) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Professor adjunto da Universidade São Francisco (afastado) e promotor de justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Tem experiência na área de Direito e Filosofia, com ênfase em Direito Ambiental atuando principalmente com os seguintes temas: direitos individuais, coletivos e difusos, meio ambiente, direito penal, processo penal, filosofia do direito e filosofia.

José Marcelo Martins Proença

Graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1989), Mestrado (1999) e Doutorado (2004) em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Atualmente é Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo de São Francisco), Professor do Curso de Direito Societário, Concorrencial e Compliance da FGV Law e Diretor Global

de Compliance em empresa multinacional. Autor de livros, capítulos de livros e artigos em direito comercial. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/7390518137282071

José Renato Nalini

Mestre-Doutor em Direito Constitucional pela USP. Professor do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Integrou o Ministério Público e a Magistratura Paulista, foi Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi Secretário da Educação do Estado de São Paulo. Autor de inúmeras obras voltadas à Ética, à Filosofia e à Educação.

Karim Regina Nascimento Possato

Advogada. Possui graduação em Redação Normativa e Técnicas Legislativas e graduação em Direito pela Universidade Nove de Julho. Possui Especialização lato sensu em Direito Processual Civil pela Universidade Nove de Julho, além de diversos cursos na área de conciliação e mediação, com especial referência aos conflitos em família e sucessões. É mestranda na linha de pesquisa "Justiça e o paradigma da eficiência" do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE), atuando como pesquisadora bolsista com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES).

Kelvin Peroli

Pesquisador bolsista USP em Iniciação Científica da Faculdade de Direito da USP Ribeirão Preto – FDRP. Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da USP Ribeirão Preto – FDRP. Estagiário no Curso de Especialização "LLM Direito Civil" da Faculdade de Direito da USP Ribeirão Preto – FDRP. Membro permanente do Grupo de Pesquisa: Tutela jurídica dos dados pessoais na internet (http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/4485179444454399) e do Grupo de Pesquisa: Observatório do Marco Civil da Internet no Brasil (http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2215582162179038). Associado Fundador do Instituto Avançado de Proteção de Dados – IAPD. Associado (desde a fundação) do IBDCONT – Instituto Brasileiro de Direito Contratual.

Leonardo Adriano Ribeiro Dias

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo, com experiência nas áreas de Direito Societário, Mercado de Capitais, Governança Corporativa, Contratos Empresariais, Falências e Recuperações Judiciais e Extrajudiciais, Contencioso Empresarial, Agronegócio, Direito Tributário, Direito Administrativo e Finanças Corporativas, atuando primordialmente na recuperação litigiosa ou amigável de créditos, em processos de recuperação judicial, extrajudicial, falência e reestruturação de empresas. Professor convidado de cursos de pós-graduação, palestrante em congressos sobre Direito Empresarial e autor do Livro "Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência". Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos de Recuperação de Empresas (IBR), da INSOL International e do TMA Brasil.

Leonardo Miessa De Micheli

Mestre e Doutorando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.

Leonardo Neto Parentoni

Professor de Direito Empresarial da UFMG e do IBMEC/MG; Doutor em Direito Comercial pela USP; Mestre em Direito Empresarial pela UFMG; Procurador Federal – AGU; Pesquisador Visitante na Universidade do Texas em Austin/USA.

Luciana Temer

Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela PUC-SP. Formada em Direito pela Faculdade da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada. Diretora Presidente do Instituto Liberta (dedicado ao enfrentamento da exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil) – desde 2017, quando foi criado. Professora da Graduação e Pós Graduação lato sensu em Direito na PUC-SP – desde 1993.

Luís Felipe Bedendi

Juiz auxiliar da 1ª e 2ª Varas Empresariais de São Paulo do Tribunal de Justiça de São Paulo; membro da Coordenação do Curso de Formação de

Juízes da Escola Paulista da Magistratura de São Paulo; professor convidado da Escola Paulista da Magistratura de São Paulo; ex-Procurador Federal da Advocacia Geral da União.

Luis Felipe Spinelli

Professor de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Estágio Pós-Doutoral no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Privado e Especialista em Direito Empresarial pela UFRGS. Advogado.

Luis Inácio Adams

Advogado. Ex-procurador da Fazenda Nacional. Advogado-Geral da União de 2009 a 2016.

Maitê Cecilia Fabbri Moro

Mestra e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduação em Direito Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora de Direito Empresarial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Visiting Scholar na área de Propriedade Intelectual na Fordham University – 2007– Nova Iorque, Estados Unidos da América. Advogada. Consultora Jurídica e Perita Judicial na área de Propriedade intelectual.

Manoel de Queiroz Pereira Calças

Professor do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no biênio 2018/2019. Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Manoel Justino Bezerra Filho

Doutor e Mestre em Direito Comercial e Especialista em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Escola Paulista da Magistratura, Desembargador aposentado do TJSP, Consultor na área de Direito Empresarial.

Marcelo Andrade Féres

Professor Associado de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da UFMG; Doutor e Mestre em Direito pela mesma instituição; e Procurador Federal.

Marcelo Barbosa Sacramone

Doutor e Mestre em direito comercial pela USP. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo em exercício na 2ª Vara de Recuperações e Falências da Capital. Professor de direito empresarial no curso de graduação em direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), nos cursos de pós-gradução da Escola Paulista da Magistratura (EPM) e do IBMEC. Autor de livros e artigos jurídicos.

Marcelo Benacchio

É professor permanente do Mestrado em Direito e da Graduação da Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Professor Convidado da Pós-Graduação lato sensu da PUC/COGEAE e da Escola Paulista da Magistratura. Prof. Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: desenvolvimento econômico, ordem jurídica da economia, direitos humanos e responsabilidade civil.

Marcelo Guedes Nunes

Professor doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. É coordenador do Observatório da Insolvência, do Observatório Societário e do Observatório CVM da PUC-SP. É também diretor-presidente e associado fundador da Associação Brasileira de Jurimetria – ABJ, entidade pio-

neira na América Latina na aplicação de métodos empíricos quantitativos no estudo do Direito. Membro e Presidente da Comissão Permanente de Jurimetria, além de Diretor de Pesquisas do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP. Conselheiro do Instituto Victor Nunes Leal – IVNL. Membro da Society of Empirical Legal Studies – SELS e representante da ABJ na reunião de fundação da Global Society of Empirical Legal Studies – SELS Global.

Márcio Ferro Catapani

Mestre e Doutor em Direito Comercial. Professor de Direito Empresarial da Universidade Federal de São Paulo – Unifesp. Foi pesquisador bolsista no Instituto para a Unificação do Direito Privado – Unidroit (Roma) e no Instituto Suíço de Direito Comparado – ISDC (Lausanne). Juiz Federal na Seção Judiciária de São Paulo.

Márcio Souza Guimarães

Árbitro independente e Parecerista. Professor da Escola de Direito RIO da Fundação Getúlio Vargas. Professor visitante da Université Paris II – Panthéon Assas. Max Schmidheiny Professor da Universidade de Saint Gallen (Suíça). Doutor pela Université Toulouse 1 Capitole. Visiting Scholar da Harvard Law School. Ex-Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Vice-presidente da Comissão de Arbitragem da Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro do Fórum Permanente de Arbitragem da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Marcos Andrey de Sousa

Doutor em Direito Comercial pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009). Mestre em Direito Comercial pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Especialista em Direito Comercial pela FURB (1996). Graduado pela UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina (1994). – Advogado Empresarial desde 1994. Sócio titular do escritório Cavallazzi, Andrey, Restanho & Araujo Advogados S/S (*to date*); Membro associado do IDSA – Instituto de Direito Societário Aplicado (São Paulo); Membro fundador do IDRE – Instituto de Direito de Recuperação de Empresas;

Professor de Mestrado em Direito Empresarial pela Escola Paulista de Direito (São Paulo); Professor palestrante do Curso de Mestrado da FMU – Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (São Paulo); Professor de Graduação em Direito Empresarial no CESUSC (Florianópolis); Professor Coordenador do Curso de Pós Graduação em Direito Societário e Empresarial no CESUSC (Florianópolis); Professor de Pós-Graduação em Direito Empresarial da PUC/SP (São Paulo), da FECAP (Salvador), da FCJ (Joinville), da UNESC (Criciúma), da UNIPLAC (Lages), da B,B & G (Londrina), da UNIDAVI (Rio do Sul), da UNIARP (Caçador); Professor de Direito Empresarial da ESMESC – Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina, da ESMAFESC – Escola da Magistratura Federal de Santa Catarina, da Escola Superior do Ministério Público de Santa Catarina, da Escola Superior da Advocacia de São Paulo e da ESA – Escola Superior da Advocacia de Santa Catarina.

Maria Rita Rebello Pinto Dias

Juiza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mestre pela PUC/SP. Doutoranda pela USP.

Newton De Lucca

Professor do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Desembargador Federal Presidente do TRF da 3ª Região / biênio 2012/2014. Membro da Academia Paulista de Magistrados. Membro da Academia Paulista de Direito. Vice-Presidente do Instituto Latino-americano de Derecho Privado.

Márcio Ferro Catapani

Mestre e Doutor em Direito Comercial. Professor de Direito Empresarial da Universidade Federal de São Paulo – Unifesp. Foi pesquisador bolsista no Instituto para a Unificação do Direito Privado – Unidroit (Roma) e no Instituto Suíço de Direito Comparado – ISDC (Lausanne). Juiz Federal na Seção Judiciária de São Paulo.

Marcus Elidius Michelli de Almeida

Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP – Coordenador do Curso de Especialização em Direito Empresarial da COGEAE – PUC/SP – Professor Doutor da Faculdade de Direito da PUC/SP e FAAP – Especialista em Direito Empresarial Europeu pela European University – Juiz Efetivo do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo TRE/SP – Advogado.

Marcus Vinicius Furtado Coêlho

Advogado. Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca. Presidente Nacional da OAB de 2013 a 2016 e Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da Entidade.

Maria Isabel Vergueiro de Almeida Fontana

Mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) em 2016. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) em 2008. LL.M. em Direito Comercial e Arbitragem pela Queen Mary University of London, na Inglaterra, em 2012. Desde 2015, auxilia o Professor Manoel de Queiroz Pereira Calças na cadeira de Direito. Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogada em Contencioso Cível, Arbitragem e Reestruturação de Empresas.

Miguel Pestana de Vasconcelos

Licenciado pela Universidade Católica, Porto. Mestre em Ciências Jurídicos-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Agregado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Professor da Porto Business School (PBS). Vice-Presidente do Conselho de Representantes da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Antigo Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Membro do Conselho de Ética da Universidade do Porto. Membro do Conselho Consultivo do Tribunal da Comarca do Porto. Autor de múltiplas obras sobre direito bancário, direito das garantias, direito da insolvên-

cia, recuperação de empresas, direito comercial e direito das obrigações, em português, inglês, espanhol, italiano e alemão. Realizou conferências e lecionou em diversas Universidades europeias, do Brasil, de África e da China. Bolsista e pesquisador do Max Planck Institut, Hamburgo, bolseiro do governo alemão. Membro do European Law Institute (ELI), Society of European Contract Law (SECOLA), Deutsch-Lusitanische Juristenvereinigung e. V. (DLJV) e da Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa (CJLP). Jurisconsulto e árbitro.

Newton De Lucca

Mestre, Doutor, Livre-Docente, Adjunto e Professor Titular pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde leciona nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação. Professor do Corpo Permanente da Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Desembargador Federal Presidente do TRF da 3ª Região – biênio 2012/2014. Membro da Academia Paulista de Magistrados. Membro da Academia Paulista de Direito. Presidente da Comissão de Proteção ao Consumidor no âmbito do comércio eletrônico do Ministério da Justiça. Vice-Presidente do Instituto Latino-americano de Derecho Privado.

Paula A. Forgioni

Professora Titular de Direito Comercial da Universidade de São Paulo, lecionando nos cursos de graduação e de pós-graduação. Foi Chefe e atualmente é vice-chefe do Departamento de Direito Comercial. Doutora em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo. Pós-graduada em Direito Comercial pela Universidade de Bologna e em Direito Comercial Internacional pelo Instituto Universitário Europeu de Turim. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Autora dos livros "Os Fundamentos do Antitruste" [10. ed.], "Contratos Empresariais. Teoria Geral e Aplicação" [4a ed.], "Contrato de Distribuição" [3. ed. – esgotado], "O Direito Comercial Brasileiro: da Mercancia ao Mercado [4. ed.], entre outros. Advogada na área empresarial por mais de trinta anos, hoje atua quase que exclusivamente como parecerista em suas áreas de expertise e como árbitra no Brasil e no exterior.

Paula Farani de Azevedo Silveira

Conselheira do CADE. Formada em Direito em 2006 pela Uniceub. Mestre em Direito Internacional pela Georgetown University Law Center. Atuou em escritórios particulares de advocacia, com trabalho relacionado ao comércio exterior e à defesa da concorrência.

Paulo de Tarso da Cruz Domingues

Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto), em 1987; Mestre em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na área de Ciências Jurídico-Empresariais, com a tese "Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções", em 1997; Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em Ciências Jurídico-Civilísticas (na área de Direito Comercial), com a tese "Variações sobre o Capital Social", em 2009. Professor associado na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, onde leciona a disciplina de Direito Comercial, desde 1998; Diretor e Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, desde fevereiro de 2019; Professor convidado/visitante em diversas universidades portuguesas e estrangeiras. Árbitro e Jurisconsulto.

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo

Professor de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Desembargador, aposentado, do Tribunal de Justiça de São Paulo. Advogado, árbitro, parecerista e consultor jurídico de empresas.

Paulo Furtado de Oliveira Filho

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (1994), Juiz Titular da 2ª. Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Capital/SP. Professor da Escola Paulista da Magistratura, docente convidado pela Escola Superior de Advocacia e Palestrante. Autor de obras e artigos jurídicos.

Paulo Sérgio Nogueira Salles Júnior

Advogado, mestrando em direito empresarial internacional na PUC/SP.

Reinaldo Velloso dos Santos

Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2012). Coordenador do Grupo Tabelionato de Protesto da Escola Nacional de Notários e Registradores – ENNOR. Exerce a delegação de 3º Tabelião de Protesto de Letras e Títulos de Campinas, no Estado de São Paulo.

Renata Mota Maciel

Professor do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Doutora em Direito Comercial da USP. Juíza Titular da 2a Vara Empresarial e de Conflitos de Arbitragem da Capital do Estado de São Paulo.

Renata Weingrill Lancellotti

Advogada em São Paulo, com MBA Executivo e LLM em Direito Societário, ambos pelo Ibmec SP (atual Insper). Autora do livro "Governança Corporativa na Recuperação Judicial: Lei 11.101/2005 e artigos na área de direito societário, mercado de capitais e recuperação judicial.

Renato de Toledo Piza Ferraz

Doutorando em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Projeto de Qualificação: a desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem. Mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Dissertação de mestrado: O emprego dos usos e costumes na solução de conflitos por arbitragem em matéria comercial. Master of Laws (LL.M.) em Direito Tributário pelo INSPER. Instituto de Ensino e Pesquisa; Especializado em Arbitragem pela Escola de Direito de São Paulo (GVlaw); Especialista em Direito Societário Aplicado pelo Centro de Extensão Universitária. Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006) Membro: Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo; Associação dos Advogados de São Paulo; Integrou a Comissão de Contencioso Administrativo Tributário da OAB/SP, biênio 2011/2012. Sócio de Ward & Toledo Piza Sociedade de Advogados. Advogado atuante em São Paulo com experiência na área de contencioso empresarial.

Ricardo Villas Bôas Cueva

Ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Atuou como conselheiro do CADE, no período de 2004 a 2008, e também é ex-Procurador do Estado de São Paulo. É Bacharel em Direito pela USP, Mestre em Direito Tributário pela Harvard Law School e Doutor em Direito Tributário Ambiental pela Johann Wolfgang Goethe Universität, Alemanha.

Rodrigo Octávio Broglia Mendes

Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito pela Universidade de Frankfurt am Main. Professor Doutor da Faculdade de Direito da USP.

Rodrigo Tellechea

Doutor em Direito Comercial pela USP. Especialista em Direito Empresarial pela UFRGS. Advogado.

Rosemarie Adalardo Filardis

Mestre e Doutora em Direito Pela Pontifícia Universidade Católica De São Paulo. Professora Assistente Doutor da Pontifícia Universidade Católica De São Paulo.

Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira e Silva

Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Visiting Academic na Université Panthéon-Assas – Paris II. Professora de Direito Comercial da Graduação e da Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Bauru. Advogada. E-mail: ruthpereira@uol.com.br

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques

Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogada. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE).

Sérgio Antônio Ferreira Victor

Pós-Doutorando em Teoria do Direito pela Goethe Universitat em Frankfurt Am Main. Doutor em Direito do Estado – área de concentração Direito Constitucional (USP) (2013). Mestre em Direito e Políticas Públicas (UniCeub) (2011). Pós-graduado em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP (2004). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub) (2003). Membro do Conselho Editorial do Observatório da Jurisdição Constitucional e assessor de ministro do Supremo Tribunal Federal.

Sheila C. Neder Cerezetti

Professora de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Bacharel e Doutora pela mesma instituição. Pós-doutora pelo European University Institute e pesquisadora bolsista pós-doutoral da Alexander von Humboldt-Stiftung. Diretora Executiva do Instituto Brasileiro de Estudos de Recuperação de Empresas (IBR). Presidente da Comissão de Direito Empresarial da OAB/SP. Advogada.

Silmara Juny de Abreu Chinellato

Professora Titular do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na qual atua na Pós-Graduação e na Graduação. Possui os seguintes títulos acadêmicos obtidos na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: Doutora, livre-docente e titular. Publicou trabalhos na França, Itália e Portugal. Coordenadora brasileira do Groupe de Recherche de Droit des Obligations entre Faculté de Droit de Lyon III – Jean Moulin e Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Conselheira e Presidente da Comissão de Propriedade Intelectual do IASP-Instituto dos Advogados de São Paulo e membro da Comissão Especial de Direitos Autorais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro do Conselho da ABDA- Associação Brasileira de direito autoral. Membro da APDI- Associação Portuguesa de Direito Intelectual.

Thomas Law

Advogado. Membro efetivo do IASP. Autor do Livro: "O Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras no Brasil." Mestre

em Direito Internacional e Doutorando em Direito Comercial pela PUC-SP; Presidente do Instituto Sócio -Cultural Brasil e China – IBRACHINA, Conselheiro Diretivo da APECC – Associação Paulista dos Empreendedores do Circuito das Compras; atua nas seguintes áreas: Empresarial, Imobiliário e Direito Internacional.

Vinicius Marques de Carvalho

Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (2001), doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (2007) e doutorado em Direito Comparado – Université Paris Pantheon-Sorbonne (2007). Foi especialista em políticas públicas e gestão governamental (EPPGG) do Governo federal de 2006 a 2016, Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) de 2012 a 2016 e Yale Greenberg World Fellow em 2016. Atualmente, é Professor Doutor do Departamento de Direito Comercial da Universidade de São Paulo e sócio do escritório VMCA. Tem experiência na área de direito concorrencial, atuando principalmente nos seguintes temas: antitruste, politicas publicas, regulação econômica e compliance.

Wilges Bruscato

Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Metodista de Piracicaba (2000) e doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004). É professora adjunta da Universidade Federal de Alfenas, UNIFAL-MG, nas disciplinas de direito ambiental, direito empresarial e ética profissional. Autora dos livros Monografia Jurídica: Manual Técnico de Elaboração e Títulos de Crédito, pela Editora Juarez de Oliveira e Empresário Individual de Responsabilidade Limitada, pela editora Quartier Latin, Execução da Tutela Jurisdicional Coletiva, Quem Tem Medo da Monografia? e Manual de Direito Empresarial Brasileiro, pela Editora Saraiva, e Empresa Individual de Responsabilidade Limitada-EIRELI: Comentários à Lei nº 12.441/2011, Malheiros Editores.

Wilson Levy

Advogado. Doutor em Direito pela PUC-SP, com pós-doutoramento em Urbanismo pelo Mackenzie. Diretor do programa de pós-graduação em Cidades Inteligentes e Sustentáveis da Universidade Nove de Julho (UNINOVE).

O título dado a esta obra: "Coletânea da Atividade Negocial" é, indubitavelmente, uma justa homenagem à memória do saudoso professor Sylvio Marcondes. Fora ele quem, na Exposição de Motivos do então Projeto de Código Civil, que se converteu na Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (atual Código Civil brasileiro, em vigor desde 11 de janeiro de 2003), haveria de esclarecer, de forma lapidar: "Do corpo do Direito das Obrigações se desdobra, sem solução de continuidade, a disciplina da Atividade Negocial. Naquele se regram os negócios jurídicos; nesta se ordena a atividade enquanto se estrutura para exercício habitual de negócios. Uma das formas dessa organização é representada pela empresa, quando tem por escopo a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Apesar, porém, da relevância reconhecida à atividade empresarial, esta não abrange outras formas habituais de atividade negocial, cujas peculiaridades o Anteprojeto teve o cuidado de preservar. A partir dos verbetes, escolhidos com o objetivo de tratar de questões atuais sobre a empresa, os agentes econômicos e a atividade negocial, buscou-se apresentar os principais temas do direito empresarial contemporâneo.

Organizadores

9 788589 852913

UNINOVE