

# **DIREITO COMERCIAL**

## **Apontamentos - Modificações introduzidas pela Lei n. 10.406/02**

### **1) INTRODUÇÃO:**

Com a entrada em vigor do Código Civil (Lei 10.406, de 11 de janeiro de 2002) restaram revogadas as disposições da primeira parte do código Comercial, vigorando este apenas quanto ao comércio marítimo.

Dispõem sobre tal matéria os artigos 966 a 1.195 do novo Código Civil. Tais artigos foram inseridos no Livro II, intitulado “Do Direito de Empresa”.

Referido livro encontra-se dividido em quatro títulos assim nominados:

- Título I - Teoria da empresa
- Título II - Sociedades
- Título III - Estabelecimento
- Título IV- Institutos Complementares – registro, nome, prepostos e escrituração

### **2) TÍTULO I**

Por força dos artigos contidos neste, houve a revogação da primeira parte do Código Comercial, ou seja, o Código Comercial passar a ser aplicável somente ao comércio marítimo.

A característica marcante do Direito de Empresa foi a adoção da Teoria da Empresa, abandonando, de uma vez, a já decadente Teoria dos Atos de Comércio.

Para Carvalho de Mendonça, “empresa é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade”.

Consta da exposição de motivos que acompanha o projeto do Código Civil que a idéia básica era criar-se um “Código de Direito Privado”, uma vez que a linha unificadora do direito obrigacional já estava estabelecida no artigo 121 do Código Comercial de 1850, quando dispôs que “as regras e disposições do Direito Civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos mercantis”.

Com o advento do Código Civil de 1916, dava-se prosseguimento à mesma linha unificadora, pela aplicação de seus preceitos às atividades negociais, sempre que não houvesse normas de natureza específica.

Assim, no corpo do Direito das Obrigações se desdobra a disciplina da ATIVIDADE NEGOCIAL, por meio do Direito de Empresa. Enquanto que no Direito das Obrigações encontram-se regrados os negócios jurídicos, no Direito de Empresa se ordena a atividade em sua estrutura para o exercício habitual de negócios.

A empresa é uma das formas dessa organização. Não descuidou, contudo, o novo ordenamento jurídico das outras formas de atividades negociais, tais como aquelas de natureza não empresarial, tratando-as nas denominadas “sociedades simples”.

Segundo o novo direito, a empresa reúne três fatores indecomponíveis: a habitualidade no exercício dos negócios, visando a produção ou a circulação de bens ou serviços, o escopo de lucro ou resultado econômico e uma estrutura estável – uma organização.

Na sistemática do Novo Código Civil, empresa e estabelecimento são dois conceitos diversos, embora essencialmente vinculados, distinguindo-se ambos do empresário (pessoa física) e da sociedade empresária (pessoa jurídica), que são os “titulares da empresa”.

Em linhas gerais, pode-se dizer que a empresa é, consoante aceção dominante na doutrina, “a unidade econômica de produção”, ou “a atividade econômica unitariamente estruturada para a produção ou a circulação de bens ou 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.

Assim, o “ato de comércio” é substituído pelo de empresa, e a categoria do “fundo de comércio” cede lugar à de “estabelecimento”, que segundo René Savatier é “todo o conjunto patrimonial organicamente agrupado para a produção” ( *La Théorie des Obligations*, Paris, 1967, pág.124).

O artigo 966, do Código Civil/2002 traz o conceito de empresário, segundo o qual: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços”.

O parágrafo único, por sua vez, determina aquele que não é considerado empresário: “Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Podemos ter, então, pessoa física empresária bem como sociedade empresária.

Determina ainda o artigo 2.037 do Código Civil (disposições finais e transitórias) que, “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”, ou seja, a legislação anteriormente destinada ao comerciante agora é destinada ao empresário individual ou social.

A teor do disposto no artigo 967, do diploma civil, o registro do empresário continua obrigatória, antes do início de sua atividade, mediante requerimento que deve conter os requisitos do artigo 968, devendo se dar no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva ou respectivas sedes.

Quanto à capacidade, de conformidade com o que se verifica no artigo 972 do Código Civil, é necessário que o empresário pessoa física tenha capacidade civil e não seja legalmente impedido. Entretanto, caso exerça atividade própria de empresário enquanto legalmente impedido, responderá pelas obrigações contraídas, como se verifica no artigo 973.

O incapaz, por meio do seu representante ou assistente, poderá continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, após análise e autorização judicial. Caso o representante ou assistente também seja pessoa proibida de exercer a atividade empresarial, deverá ele, com a aprovação do juiz, nomear um ou mais gerentes.

Quanto aos cônjuges, estes podem constituir sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não sejam casados pelo regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória, nos exatos termos do artigo 977, do Código Civil, podendo ainda o empresário casado, sem necessidade de outorga do cônjuge, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real.

Ainda com o objetivo de dar publicidade aos atos que tenham relevância na vida empresarial e para proteger terceiros, prevê a lei 10.406/02 (Código Civil) que deverão também ser registrados no Registro Público de Empresas Mercantis os pactos e declarações antenupciais do empresário, o título de doação, herança e legado de bens clausulados de incomunicabilidade ou inalienabilidade, sendo que 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, conforme se verifica nos artigos 979 e 980, ambos do Código Civil.

### 3) TÍTULO II

O conceito de sociedade está previsto no artigo 981 do novo Código Civil, nos seguintes termos: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”, podendo a atividade se restringir a um ou mais negócios determinados (parágrafo único).

O marco inicial da personalidade da sociedade continua sendo a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (art. 985). As sociedades podem classificadas em:

- *não personificadas* (sociedade em comum – art. 986 ao 990 ou sociedade em conta de participação – art. 991 ao 996);
- *personificadas* (sociedades empresária – exercício de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços; ou sociedade simples para a produção intelectual, de natureza científica, literária ou artística).

#### 3.1) SOCIEDADES NÃO PERSONIFICADAS:

##### 3.1.1) Sociedade em comum – artigo 986 ao 990

- aquelas que atuam empresarialmente sem terem os atos constitutivos sido registrados no Registro Público das Empresas Mercantis;
- são reguladas pelos artigos 986 ao 990 e subsidiariamente pelas disposições acerca da sociedade simples;
- os sócios dependem de prova escrita para comprovação da existência da sociedade, mas terceiros podem prová-la por qualquer modo;
- os bens sociais é que respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, salvo pacto expresso limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra o terceiro que o conheça ou deva conhecer;
- todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no artigo 1024, aquele que contratou pela sociedade, ou seja, nesse caso, não há a regra da subsidiariedade.

##### 3.1.2) sociedade em conta de participação – artigo 991 ao 996

- a atividade é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual
- o sócio ostensivo obriga-se perante terceiros, exclusivamente e os sócios ocultos (ou participantes, como são chamados no NCC) obrigam-se perante o sócio ostensivo;
- a constituição da sociedade independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito;
- o contrato social produz efeitos tão somente entre os sócios, e o seu eventual registro não confere personalidade jurídica à sociedade;

- o sócio participante não tem poderes de gerência, sob pena de se tornar solidariamente com ele responsável pelas obrigações em que intervier;
- as participações dos sócios representam patrimônio especial, sendo que somente produz efeitos em relação aos sócios;
- a falência do sócio ostensivo acarreta a dissolução da sociedade ficando o crédito com natureza quirografária; falindo o sócio participante, o contrato social fica sujeito às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido;
- salvo estipulação em contrário, o sócio ostensivo não pode admitir novos sócios sem o consentimento expresso dos demais;
- é regulada subsidiariamente pelas disposições da sociedade simples e sua liquidação rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual.

### **3.2) SOCIEDADES PERSONIFICADAS:**

#### **3.2.1) Sociedade Empresária – artigo 982**

- tem por escopo o exercício da atividade própria do empresário, ou seja, atividade econômica organizada para a produção de bens ou serviços.
- toda S/A, independentemente do objeto, é sociedade empresária
- registro nas Juntas Comerciais

Formas obrigatórias para as sociedades empresárias – artigo 983:

- sociedade em nome coletivo – art. 1039 ao 1044
- sociedade em comandita simples – art. 1045 ao 1051
- sociedade limitada – art. 1052 ao 1087
- sociedade anônima – art. 1088 e 1089
- sociedade em comandita por ações – art. 1090 ao 1092

##### ***a) sociedade em nome coletivo – art. 1039 ao 1044***

- somente pessoas físicas podem ser sócias;
- todos os sócios têm responsabilidade solidária e ilimitada, podendo, entre si, os sócios, limitar a responsabilidade de cada um (essa é a grande novidade);
- aplicação subsidiária da regulamentação das sociedades simples;
- o contrato social deve prever todas as matérias do artigo 997, além da firma social;
- a administração compete exclusivamente aos sócios;

- não pode o credor particular do sócio, antes de dissolver-se a sociedade, pretender a liquidação da quota do devedor, podendo fazê-la, entretanto, se ela prorrogar-se tacitamente ou for acolhida judicialmente a oposição do credor;
- dissolve-se de pleno direito por qualquer das causas do artigo 1033 e, se empresária, também pela falência.

### ***b) sociedade em comandita simples – art. 1045 ao 1051***

- sociedade de organização mista, com dois tipos de sócios;
- sócios comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais;
- sócios comanditados, obrigados somente pelo valor da sua cota e, não obstante poderem deliberar nos assuntos da sociedade e de fiscalizar as operações, não podem praticar qualquer ato de gestão, nem ter o nome na firma social, sob pena de ficarem sujeitos às responsabilidades de sócio comanditado;
- o sócio comanditário pode ser constituído procurador da sociedade para negócio determinado e com poderes especiais;
- a modificação do contrato social que disser respeito à diminuição da quota do comanditário, em consequência de ter sido reduzido o capital social, somente produz efeitos perante terceiros após averbada, sempre sem prejuízo dos credores preexistentes;
- no que forem compatíveis, aplicam-se as normas da sociedade em nome coletivo;
- não é obrigado o sócio comanditário obrigado à reposição de lucros recebidos de boa-fé de acordo com o balanço, mas, diminuído o capital por perdas supervenientes, não pode o comanditário receber quaisquer lucros, antes de reintegrado o capital social;
- a sociedade se dissolve por todos os casos do artigo 1044 ou quando por mais de 180 dias perdurar a falta de uma das categorias de sócio;
- no caso de morte de sócio comanditário, a sociedade, salvo disposição em contrário, continuará com os seus sucessores, que designarão quem os represente;
- na falta de sócio comanditado, os comanditários nomearão administrador provisório para a prática, por no máximo 180 dias, e sem assumir a condição de sócio, os atos de administração.

### ***c) sociedade limitada – art. 1052 ao 1087***

#### ***1. Considerações iniciais:***

Segundo levantamentos feitos junto aos registros de comércio, pode-se dizer que a grande maioria das sociedades registradas regularmente são por quotas de responsabilidade limitada, motivo pelo qual todas essas sociedades serão afetadas pelas inovações trazidas pelo Novo Código Civil, pois, conforme dispõe o seu artigo

2.031, todas as associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, terão o prazo de 1(um) ano para se adaptarem às novas disposições deste Código, sendo que as modificações de seus atos constitutivos, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, a partir de janeiro de 2003, já devem ser realizadas sob as novas regras do Código Civil.

A exceção se dá para as dissoluções e liquidações iniciadas em 2002 que permanecem sob a observância das regras da lei anterior.

## *2. O Decreto 3.708/1919*

As sociedades por quotas de responsabilidade limitada foram introduzidas em nosso ordenamento jurídico no ano de 1919 por meio do Decreto 3.708.

Estas sociedades surgiram para atender aos interesses dos empresários da época, que necessitavam de maiores garantias ao seu patrimônio pessoal.

Até então, os modelos societários mais comuns previam responsabilidade ilimitada dos sócios frente as obrigações sociais, ou seja, o patrimônio pessoal do sócio poderia ser utilizado para honrar as dívidas do seu empreendimento.

Com base nas “privates companies” inglesas, o legislador alemão, em 1892, criou um tipo societário intermediário entre a sociedade de capital e de pessoas, que foi seguido por Portugal, em 1901, que sancionou lei semelhante.

No Brasil, o Decreto 3708, de 1919 está pautado nesse modelo português, que prevê:

- capital e valor mínimo de cada quota;
- responsabilidade de cada sócio pelo valor da quota subscrita;
- responsabilidade subsidiária e solidária de todos pelo pagamento da quota não integralizada, e
- “plus” valia dada aos bens formadores do capital social.

Assim, com a criação da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, surgiu o modelo societário no qual somente o que foi investido pelos sócios na composição do capital social responde pelos eventuais prejuízos advindos da atividade empresarial, tendo representado, assim, um estímulo para novos negócios.

Apesar de ter somente 18 artigos, o que tornava a sua regulamentação muito flexível, o Decreto 3.708 foi duramente criticado por Waldemar Ferreira, que o entendia lacunoso e deficiente. Contudo, por mais de 80 anos esse Decreto tem sido bastante útil, exatamente por ser flexível.

Deste modo, considerado ultrapassado o Decreto 3.708, o Novo Código Civil acabou suprimindo muitas das lacunas existentes, que acabavam sendo resolvidas pela jurisprudência, como também apresenta inovações tal como a possibilidade de arbitragem para a solução de conflitos entre sócios.

Se há ganho de um lado, há perda de outro, especialmente na agilidade de adaptações das sociedades às mudanças sociais. É claro ser muito mais fácil realizar-se uma alteração contratual, do que uma alteração legislativa, autorizando as sociedades às adaptações necessárias e correspondentes às mudanças sociais.

Pelas conveniências que apresenta (garante a responsabilização limitada dos sócios e apresenta menos complicações burocráticas para sua constituição e operacionalização se comparadas às S.A.s) o tipo societário das sociedades limitadas acaba sendo utilizado para a estruturação societária de empresas de indústrias diversas, respondendo a propósitos vários.

Assim, por ser difícil estabelecer uma forma padrão que atenda uniformemente a todos os interesses relacionados à sua utilização, já que algumas sociedades limitadas apresentam estrutura familiar e outras são formadas por vários investidores de peso e possuem porte considerável, as novas regras das sociedades limitadas permitem que as partes contratantes possam determinar, no contrato de constituição, quais serão as estruturas e mecanismos utilizados na empresa para melhor atender seus interesses.

Nessa esteira, os sócios passam a ter maior liberdade nas estipulações que regem suas relações recíprocas no âmbito da sociedade. Assim sendo, assuntos controversos pela aplicação do Decreto 3.708 poderão ser livremente estipulados pelos sócios no contrato social como, por exemplo, a possibilidade de penhor de quotas, usufruto e alienação fiduciária em garantia das quotas, direitos especiais de voto e veto, exclusão de sócios entre outros.

### *3. as Limitadas no Novo Código Civil*

Apesar de as Limitadas encontrarem previsão nos artigos 1.052 a 1.087 do Novo Código, por diversas vezes há remissão a outros artigos, principalmente aqueles que regem as sociedades simples.

O estudo das limitadas, comparando as previsões do Decreto 3.708 e do Código Civil, será dividido em diversos tópicos, quais sejam:

- *disposições preliminares;*
- *quotas e capital social;*
- *administração da sociedade limitada;*
- *conselho fiscal na sociedade limitada*
- *deliberações dos sócios;*
- *aumento e redução do capital social;*
- *resolução da sociedade em relação aos sócios minoritários;*
- *dissolução.*

Vejamos cada um deles:



· **Disposições Preliminares:**

*Revogação do Decreto n. 3.708/1919:*

O novo Código Civil (Lei 10.406/02) regulou totalmente as *sociedades limitadas*, devendo ser considerada tacitamente revogada a Lei das Limitadas (Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919), apesar da ressalva feita no artigo 2.037, que dispõe:

*“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”.*

*Nova denominação dos tipos societários:*

A primeira alteração que se observa pela análise do novo texto legal diz respeito à própria denominação das sociedades. No Decreto nº 3.708/19 utilizava-se a expressão *sociedade por quotas de responsabilidade limitada*; no Código Civil esta sociedade passa a ser denominada, simplesmente, de *sociedade limitada*.

*Dec. 3708/19 – art. 1º: Além das sociedades a que se referem os arts. 295, 311, 315 e 317 do Código Comercial, poderão constituir-se sociedades por quotas de responsabilidade limitada)*

*Responsabilidade dos sócios:*

Na sociedade limitada, os sócios não respondem por dívidas da sociedade, como regra geral, não tendo havido, portanto, nenhuma modificação acerca da questão.

*“art. 1052 – Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”*

*Dec. 3708/19. art.2: O título constitutivo regular-se-á pelas disposições dos arts. 300 a 302 e seus números do Código Comercial, devendo estipular ser limitada a responsabilidade dos sócios à importância total do capital social )*

A doutrina, interpretando o Decreto nº 3.708/19, entendia que os sócios poderiam responder por dívidas da sociedade se o capital social não tivesse sido totalmente integralizado, até o limite do montante a integralizar, sendo que essa responsabilidade dos sócios era solidária, inclusive entre si. Disso decorria que um sócio que tivesse integralizado totalmente suas quotas poderia vir a responder em solidariedade com a sociedade ou com outros sócios se algum sócio não tivesse integralizado suas quotas.

Esse entendimento foi acolhido pelo novo Código Civil, conforme visto. Assim, em termos gerais, a garantia de terceiros está no patrimônio da sociedade. É certo que, como a praxe vem exigindo, esta responsabilidade pessoal dos sócios acaba sendo suprida pelos avais e fianças que dão ao negócio que estão entabulando.

Contudo, não há de se deslembrar que o artigo 50 do mesmo estatuto civil, inserido no Capítulo que trata das pessoas jurídicas, estabeleceu o que também já está consagrado na jurisprudência pátria como sendo a desconsideração da personalidade jurídica:

*“art. 50: Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”*

*A responsabilidade ilimitada dos sócios:*

Especificamente às sociedades limitadas, no artigo 1.080 está disposto:

*“As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram”.*

*Dec. 3.708/19 : art. 16 – As deliberações dos sócios, quando infringentes do contrato social ou da lei, dão responsabilidade ilimitada àqueles que expressamente hajam ajustado tais deliberações contra os preceitos contratuais ou legais.”*

Deste modo, a responsabilidade dos sócios tornar-se-á ilimitada e pessoal nos casos de abuso da personalidade jurídica da sociedade, com o desvio de seus fins sociais.

### *Aplicação subsidiária da lei das S/A:*

A aplicação subsidiária da Lei nº 6.404/76 às sociedades limitadas era matéria controvertida na época em que as sociedades limitadas eram regidas pelo Decreto nº 3.708/19.

*Dec.3.708/19 – art. 18: Serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da Lei das Sociedades Anônimas.)*

Com o novo Código Civil, isso mudou. O art. 1.053 dispõe que aplicam-se subsidiariamente à sociedade limitada as regras da sociedade simples, devendo ser aplicadas (supletivamente), se o contrato social assim dispuser, as regras da sociedade anônima .

*“art. 1053: A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.*

*§ único : O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.”*

A regência subsidiária das limitadas pelas regras das sociedades simples não parece ser a mais adequada. O melhor seria o contrário, estar a lei das S/A regendo subsidiariamente e as sociedades simples, supletivamente, se o contrato assim o previsse expressamente, face a proximidade das Limitadas às S/A quando aquelas pretendem ter um perfil mais capitalista do que de sociedade de pessoas.

### *Requisitos do Contrato Social:*

O contrato social da sociedade limitada deverá conter, obrigatoriamente, além de outras estipuladas pelas partes:

- Nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas físicas, ou firma ou denominação, nacionalidade e sede, se pessoas jurídicas;
- nome empresarial (firma ou denominação), objeto, sede e prazo da sociedade;

- capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;
- quota de cada sócio e o modo de integralização;
- pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições;
- participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;

Referida matéria encontra-se regulada pelos artigos 1054 e 997 do NCC.

*“art. 1054 – O contrato mencionará, no que couber, as indicações do artigo 977, e, se for o caso, a firma social.”*

#### *Responsabilidade subsidiária dos sócios:*

A responsabilidade subsidiária dos sócios, prevista no inciso VIII do artigo 997, é inaplicável às limitadas, face à regra de limitação da responsabilidade que as caracteriza, uma vez que, tendo havido a integralização do capital social e sendo o patrimônio social insuficiente para o pagamento dos débitos, os sócios não mais responderão, nem mesmo subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

Entendemos, por isso, que deve constar do contrato social das sociedades limitadas, apesar de não mais obrigatória, a cláusula limitadora da responsabilidade dos sócios à importância do capital social e a cláusula dispondo acerca da necessidade de prestação de caução pelos administradores (sócios ou não) da sociedade.

*Dec.3.708/19: art. 12 – Os sócios–gerentes poderão ser dispensados de caução pelo contrato social.)*

#### *Nome social*

No nome empresarial das limitadas, que pode adotar firma ou denominação, deve constar a palavra final LIMITADA ou sua abreviatura, sob pena de, na hipótese de sua omissão, restar determinada a responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores que assim empregarem a firma ou a denominação da sociedade.

*“art. 1158 – Pode a sociedade limitada adotar firma ou denominação, integradas pela palavra final “limitada” ou a sua abreviatura.*

*§ 1º. – A firma será composta com o nome de um ou mais sócios, desde que pessoas físicas, de modo indicativo da relação social.*

*§2º. – A denominação deve designar o objeto da sociedade, sendo permitido nela figurar o nome de um ou mais sócios.*

*§3: A omissão da palavra “limitada” determina a responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores que assim empregarem a firma ou a denominação da sociedade.”*

*Dec. 3.708/19: art. 3º: As sociedades por quotas , de responsabilidade limitada, adotarão uma firma ou denominação particular*

*§ 1º: A firma, quando não individualiza todos os sócios, deve conter o nome ou firma de um deles, devendo a denominação, quando possível, dar a conhecer o objetivo da sociedade.*

*§ 2º. A firma ou denominação social deve ser sempre seguida da palavra – limitada. Omitida esta declaração, serão havidos como solidária e ilimitadamente responsáveis os sócios-gerentes e os que fizerem uso da firma social)*

A razão social é composta pelo patronímico de todos ou de qualquer dos sócios, com é o caso de J.Silva & Souza Ltda.

O nome do sócio que vier a falecer, for excluído ou se retirar da sociedade não poderá ser conservado na firma social:

*“art. 1.165 : O nome de sócio que vier a falecer, for excluído ou se retirar, não pode ser conservado na firma social.”*

A denominação pode ser composta por uma expressão fantasia, sem qualquer vinculação com os nomes dos sócios, ou mesmo prevendo-os; em qualquer dos casos,

deverá designar o objeto da sociedade, como Padaria Boulevard - Comércio de Pães Ltda.

*“art.1158, § 2º: A denominação deve designar o objeto da sociedade, sendo permitido nela figurar o nome de um ou mais sócios”.*

### *Contrato social*

O contrato social pode ser elaborado por instrumento público ou particular, inclusive quando houver integralização de capital com conferência de bens imóveis. Se feito por instrumento público, nada impede que suas futuras alterações sejam realizadas por instrumentos particulares.

Deve-se despender muita atenção à confecção do ajuste social, pois é nele que se abreviam uma série de futuras discussões que, eventualmente, poderão gerar dissabores entre os sócios.

A existência legal da sociedade começa com o registro de seu ato constitutivo na Junta Comercial e todas as alterações por que passar deverão ser averbadas no mesmo órgão. O documento deve ser apresentado ao registro no prazo de 30 dias, contado da data de sua lavratura, e, caso requerido além desse prazo, o registro somente produzirá efeitos a partir da data da sua concessão, podendo as pessoas obrigadas a requerer o registro vir a responder por perdas e danos, em caso de omissão ou demora. (artigo 1.151 do Código Civil).

#### *· Quotas e capital social:*

O capital social das limitadas é dividido em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio.

O capital social é o dinheiro ou os bens que os sócios se obrigam a transferir para a sociedade para, com ele, formar o patrimônio societário e gerir as suas atividades.

Toda sociedade deve iniciar-se com um capital social que poderá, no decorrer do tempo, ser aumentado ou reduzido, em conformidade com os novos ingressos ou

retiradas. Quanto às retiradas, será tratado mais adiante que os artigos 1.059, 1082 a 1084 prevêm salvaguardas.

Em verdade, o capital social representa o referencial que os sócios reputaram dever a sociedade possuir para dar conta dos objetivos ajustados no pacto social. Não é o próprio patrimônio social, já que este é representado pelo conjunto de bens e direitos da sociedade e, em verdade, é este quem garante os credores da sociedade.

Quando conferido pelo sócio em bens, estes não precisam, necessariamente, ser avaliados. Porém, como disposto no § 1º. do artigo 1055: *“Pela exata estimação de bens conferidos ao capital social respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de 5 (cinco) anos da data do registro da sociedade.”*

Para o sócio que discordar da avaliação, ao que parece, somente restou o caminho do recesso.

Não há, também, capital mínimo exigido por lei. O capital mínimo é adotado por várias legislações, dentre elas a italiana, a alemã, a francesa e a portuguesa, e o capital máximo pela legislação espanhola e suíça.

No Brasil, o capital mínimo somente é exigido para a constituição de sociedades que se dediquem a determinadas atividades, como as bancárias, securitárias e algumas outras.

Não há sócios de indústria na sociedade limitada, haja vista que o artigo 1.055, § 2º, do novo Código Civil, veda a contribuição do sócio em prestação de serviços.

*§2: “É vedada contribuição que consista em prestação de serviços”.*

*Dec. 3708/19: art. 4º: Na sociedade por quotas de responsabilidade limitada não haverá sócios de indústria*

Pelas regras atuais, os sócios estão livres, inclusive, para estabelecer a forma e as condições para a integralização das quotas, não tendo sido previsto sequer pagamento mínimo inicial.

A quota é indivisível em relação à sociedade, porém divisível em caso de transferência, de modo a permitir a sua cessão total ou parcial a sócio ou estranho, caso não esteja a hipótese vedada pelo ajuste social e não haja oposição de sócios que representem a quarta parte do capital social:

*“art. 1057: Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de 1/4(um quarto) do capital social.*

Nessas hipóteses, como visto, a assinatura dos sócios anuentes no instrumento de cessão é necessária, sendo produzidos efeitos perante a sociedade e perante terceiros a partir da sua averbação na Junta Comercial (parágrafo único do artigo 1.057 do Código Civil).

As regras do Novo Código Civil prevêm, portanto, a ampla liberdade de o assunto “transferência de quotas” ser regulado pelo contrato social. Somente em sua omissão é que incide a regra do artigo 1.057.

A cláusula de transferência de quotas, especialmente em razão de morte de sócio, é de extrema relevância para a continuidade dos negócios sociais. A falta de sua previsão poderá acarretar o ingresso de herdeiros que não tenham real interesse, acarretando em prejuízo ao negócio. Portanto, o ideal é o ajuste da situação no contrato. Isto porque, como se sabe, os herdeiros somente sucedem o sócio falecido nos direitos patrimoniais das quotas e não nos direitos pessoais. Estes somente são suscetíveis de transmissão hereditária se assim estiver estabelecido no contrato social.

No caso de não ter sido a quota integralizada, o sócio remisso poderá ser excluído da sociedade, sendo-lhe devolvido o que houver pago, deduzidos os juros da mora, as prestações estabelecidas no contrato mais as despesas. Os sócios, contudo, poderão optar por executar os danos emergentes da mora junto ao remisso ou reduzir sua quota ao montante realizado, conforme dispõe o art.1004 e seu parágrafo único, ao qual o artigo 1.058 faz remissão:

*“art. 1004 : Os sócios são obrigados, na forma e prazo previstos, às contribuições estabelecidas no contrato social, e aquele que deixar de fazê-lo, nos 30 (trinta) dias seguintes ao da notificação pela sociedade, responderá perante esta pelo dano emergente da mora.*

*§ único: Verificada a mora, poderá a maioria dos demais sócios preferir, à indenização, a exclusão do sócio remisso, ou reduzir-lhe a quota ao montante já realizado, aplicando-se, em ambos os casos, o disposto no § 1º. do art. 1.031.”*



*Dec. 3708/19 : art. 7º.: Em qualquer caso do art. 289 do Código Comercial poderão os outros sócios preferir a exclusão do sócio remisso. Sendo impossível cobrar amigavelmente do sócio, seus herdeiros ou sucessores a soma devida pelas suas quotas ou preferindo a sua exclusão, poderão os outros sócios tomar a si as quotas anuladas ou transferi-las a estranhos, pagando ao proprietário primitivo as entradas por ele realizadas, deduzindo os juros da mora e mais prestações estabelecidas no contrato e as despesas”.*

O artigo 1.031 prevê a apuração dos haveres por valores contábeis e não por balanço de verificação.

A penhora de quotas é assunto também superado quer pela jurisprudência, que já a admitia com relação aos direitos patrimoniais, quer pela nova legislação, que a prevê no artigo 1026, mediante a penhora dos lucros sociais decorrentes:

*“art. 1026: O credor particular de sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação.*

*§ único: Se a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor, apurado na forma do art. 1.031, será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até noventa dias após aquela liquidação”.*

Os sócios serão obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou quantia se distribuírem com prejuízo do capital, nos termos do artigo 1059 do novo Código Civil.

#### *· Administração da Sociedade Limitada*

O contrato social deve designar quem tem poderes para representar a sociedade, bem como os limites de seus poderes, conforme dispõe o artigo 1060 do Código Civil.

*(Dec. 3.708/19: art. 13 : O uso da firma cabe aos sócios-gerentes; se, porém, for omissa o contrato, todos os sócios dela poderão usar. É lícito aos gerentes delegar o uso da firma somente quando o contrato não contiver cláusula que se oponha a essa delegação. Tal delegação, contra disposição do contrato, dá ao sócio que a fizer pessoalmente a responsabilidade das obrigações contraídas pelo substituto, sem que possa reclamar da sociedade mais do que a sua parte das vantagens auferidas no negócio.)*

Pode o contrato social designar que todos os sócios tem poderes para representar a sociedade. Disso não decorre, porém, que os sócios que ingressarem após a criação da sociedade, isto é, na condição de *cessionários* ou *sucessores* de sócios originais terão a condição de representantes da sociedade. Muito ao revés, deverá existir disposição expressa, na alteração contratual ou em instrumento apartado, da condição de representantes para os novos sócios.

*“§ único: A administração atribuída no contrato a todos os sócios não se estende de pleno direito aos que posteriormente adquiram essa qualidade.”*

Importante, pois, que o contrato distribua as funções e atribua os poderes de gerência, evitando-se, assim, a prática de atos em excesso pelos mesmos por falta de discriminação explícita das funções.

Inovação relevante nas limitadas é a possibilidade de terceiros serem administradores da sociedade. Tal permissivo somente ocorria para as sociedades anônimas.

Agora, poderão ser administradores da sociedade limitada pessoas que não sejam sócios se o contrato social assim o permitir. A designação dessas pessoas, porém, depende de aprovação unânime dos sócios, se o capital social não estiver totalmente integralizado, ou de dois terços, caso integralizado (art. 1061).

O administrador que não for sócio pode ser destituído a qualquer tempo, no curso do prazo estabelecido ou, vencido este, não houver a sua recondução.

*“art. 1063: O exercício do cargo de administrador cessa pela destituição , em qualquer tempo, do titular, ou pelo término do prazo se, fixado no contrato ou em ato separado, não houver recondução.”*

O administrador não sócio, designado em ato em separado, deverá firmar termo de posse no livro de atas da administração, no prazo de até 30 dias da data de sua designação, sob pena da nomeação perder validade.

Já o administrador que for sócio somente perderá essa condição por aprovação de sócios com, no mínimo, 2/3 (dois terços) das quotas sociais, salvo disposição contratual em sentido diverso.

Tanto a nomeação quanto a destituição ou renúncia do administrador devem ser averbadas no prazo de 10 dias seguintes a cada ato, no registro dos atos de comércio.

*“art.1.063: § 3º: A renúncia de administrador torna-se eficaz, em relação à sociedade, desde o momento em que esta toma conhecimento da comunicação escrita do renunciante; e, em relação a terceiros, após a averbação e publicação”.*

Cabe ao administrador, ao término de cada exercício social, proceder à elaboração do inventário, do balanço patrimonial e do balanço de resultado econômico, com observância das regras contidas nos artigos 1.186, 1.187, 1.188, 1.189 do novo diploma civil.

Não há mais, portanto, o sistema de delegação de gerência. A sociedade é gerida por administradores sócios ou não sócios, facultando-lhes, porém, *“nos limites de seus poderes, constituir mandatários da sociedade, especificados no instrumento os atos e operações que poderão praticar (artigo 1.018 c/c 1.053)”*.

O quorum de eleição e destituição de administradores será estabelecido no contrato social e variará em função de o administrador ser ou não sócio.

Contudo, de acordo com as regras constantes do novo Código Civil, alguns quoruns mínimos devem ser observados:

Administrador não sócio nomeado no contrato:

- 2/3 – para eleição de administrador não sócio, se o capital estiver integralizado; e
- unanimidade , no caso de capital não integralizado

Administrador não sócio nomeado em ato em separado:

- nomeação e destituição pela metade do capital social (artigo 1.076, II, III)

Administrador sócio nomeado no contrato:

- 2/3 dos votos para destituição (salvo estipulação em contrário) – artigo 1.063, parágrafo 1º.

Administrador sócio nomeado mediante alteração contratual:

- aprovação de ¾ do capital social ( art. 1076, I)

### · *Conselho Fiscal na Sociedade Limitada*

A sociedade limitada poderá instituir um conselho fiscal composto por três ou mais membros e respectivos suplentes, sócios ou não, eleitos em assembléia anual. Os conselheiros deverão ser residentes no Brasil.

Não podem fazer parte do conselho fiscal:

- os condenados a pena que vede acesso a cargos públicos, por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, 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 durarem os efeitos da condenação;
- os membros de outros órgãos da sociedade (ex. administradores da sociedade) ou de sociedade por ela controlada;
- os empregados da sociedade ou dos administradores da sociedade ou de sociedade por ela controlada;
- o cônjuge ou os parentes em até terceiro grau dos administradores da sociedade

Os sócios minoritários que representarem um quinto do capital social poderão indicar um dos membros do conselho fiscal e respectivo suplente, devendo essa indicação ser feita mediante votação separada.

O exercício do cargo é de um ano. Em cada assembléia anual deverão ser escolhidos os membros do Conselho Fiscal e fixados seus honorários.

São deveres legais dos membros do Conselho Fiscal, que deverão ser exercidos em conjunto ou isoladamente:

- examinar, no mínimo 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 nos documentos citados;
- examinar no mesmo livro e apresentar à assembléia anual o seu parecer sobre os negócios e as operações sociais do exercício, 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 assembléia dos sócios se a diretoria retardar por mais de 30 dias a sua convocação anual, prevista no artigo 1078 (similar à AGO das S/A) ou a qualquer momento, por motivos graves e relevantes;
- praticar, durante o período da liquidação da sociedade, os deveres aqui estabelecidos.

Os membros do Conselho Fiscal respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções. Para auditar os livros e documentos sociais, examinar as demonstrações financeiras e o balanço patrimonial, o Conselho Fiscal poderá ser assistido de contabilista habilitado, com remuneração aprovada pelos sócios.

Tendo em vista que o artigo 1.066 faz a ressalva de “sem prejuízo dos poderes da assembléia dos sócios”, entendemos que poderá haver a instalação de conselho fiscal independente da previsão contratual, bastando a assembléia anual solicitar sua instalação. Contudo, para a proteção dos minoritários o interessante é fazer constar do ajuste social, desde logo, a previsão de sua instalação, por quorum pré-estabelecido e que no Conselho tenha assento representantes da minoria, sob pena de torná-lo inócuo.

## · *Das Deliberações dos Sócios*

Na vigência do Decreto 3708/19 prevalecia o princípio da maioria nas deliberações sociais. O sócio que divergisse da maioria poderia, desde logo, retirar-se da sociedade:

**Dec. 3.708/19:** “*art.15: Assiste aos sócios que divergirem da alteração do contrato social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado. Ficam, porém, obrigados às prestações correspondentes às quotas respectivas, na parte em que essas prestações forem necessárias para pagamento das obrigações contraídas, até a data do registro definitivo da modificação do estatuto social*”

A exceção ao quorum da maioria, a lei previa a unanimidade para as seguintes deliberações: transformação de um tipo societário para outro; vedação de exercício de direito essencial de sócio (dividendos, alienação de quotas).

Podia ser ajustado contratualmente, também, quorum especial para determinadas deliberações.

O novo Código Civil estabelece maioria qualificada para aprovação de diversas matérias e deliberação colegiada em reunião ou assembléia (unânime, portanto). São elas:

Exigindo unanimidade dos sócios:

- designação de administrador que não seja sócio, se o capital social não estiver integralizado (art. 1.061);

Exigindo votos referentes a pelo menos três quartos do capital social as seguintes matérias (exceto no tocante a designação de administradores):

- modificação do contrato social;
- incorporação, fusão ou dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação;

Exigindo dois terços do capital social as seguintes matérias:

- designação de administradores não sócios, se o capital social estiver integralizado (art. 1.061);
- destituição de administrador que seja sócio, salvo disposição contratual em sentido diverso (art. 1.063, § 1º)

Exigindo mais da metade do capital social as seguintes matérias:

- modo de remuneração dos administradores, quando não estabelecido no contrato (se estiver estabelecido no contrato, será necessário alterar o contrato, hipótese em que serão exigíveis três quartos do capital social);
- o pedido de concordata.

Também, poderá o contrato social dispor que certas matérias exigem quorum qualificado pré-estabelecido. Fora dessas hipóteses, porém, as deliberações são tomadas por maioria simples, computando-se apenas os votos dos presentes na reunião ou assembléia (artigo 1.076, inciso III do Código Civil).

Nos casos de impetração de concordata preventiva, os administradores poderão, com autorização dos titulares de mais da metade do capital social, requerê-la.

A alteração do contrato social, a fusão da sociedade, a incorporação da sociedade em outra (ou vice-versa), enseja o *direito de recesso* do sócio que tiver dissentido, com prazo decadencial de trinta dias, contado a partir da data da reunião (artigo 1.077). Pelo direito de recesso, o sócio receberá da sociedade os seus haveres, que serão apurados em balanço especial, tomando-se como base a data da saída do sócio (artigo 1.077 c.c. artigo 1.031).

Todas as deliberações societárias devem ser tomadas em reunião ou assembléia de sócios, conforme esteja previsto no contrato social. Serão sempre em assembléia, contudo, se o número de sócios for superior a 10 (dez). Poderão ser dispensadas as assembléias e reuniões caso os sócios decidam, por escrito, sobre as matérias da pauta.

No tocante à convocação para as reuniões e assembléias, o artigo 1.073 dispõe que:

*“art. 1.073: A reunião ou a assembléia podem também ser convocadas:*

*I - por sócio, quando os administradores retardarem a convocação, por mais de 60(sessenta) dias, nos casos previstos em lei ou no contrato, ou por titulares de mais de 1/5 (um quinto) do capital, quando não atendido, no prazo de 8 (oito) dias, pedido de convocação fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas;*

*II - pelo conselho fiscal, se houver, nos casos a que se referem o inciso V do art. 1069 (retardamento por mais de 30 dias da convocação da assembléia anual, ou por motivos graves e urgentes)”.*

Ficam dispensadas as formalidades de convocação, inclusive com publicação em jornais, se todos os sócios comparecerem ou se declararem cientes, por escrito, do local, data, hora e ordem do dia.

Assim não sendo, a assembléia deve ser convocada mediante anúncio publicado por 3 vezes, ao menos, com antecedência de 8 dias, no mínimo, entre a data da primeira inserção e a da realização da assembléia, para a primeira convocação, e de 5 dias para as posteriores ( art. 1.152, § 3º).

Cumprе ressaltar que ainda restam dúvidas se às reuniões deverão ser observadas todas as regras pertinentes às assembléias, isto porque a possibilidade de tomada de decisões em reuniões foi colocada posteriormente e, ao que parece, não foram feitos os ajustes necessários no texto aprovado. Porém, o artigo 1079 faz a ressalva de as regras das assembléias se aplicarem às reuniões dos sócios, nos casos omissos no contrato.

A assembléia se instala com a presença de  $\frac{3}{4}$  do capital social, em primeira convocação, e com qualquer número em segunda.

Os sócios podem estar representados por outro sócio ou advogado com mandato específico, devendo o instrumento ser levado a registro, juntamente com a ata.

Será lavrada ata dos trabalhos e deliberações em livro de atas (novidade em limitadas), assinada pelos membros da mesa e pelos sócios participantes da reunião e encaminhada à registro nos 20 dias subseqüentes.



· ***Aumento e Redução do Capital Social:***

Os aumentos de capital social serão tomados em oportunidades distintas: primeiro se delibera sobre o aumento; na seqüência dá-se prazo de 30 dias para os sócios exercerem a preferência, na proporção de suas quotas. Nesse período pode haver a cessão do direito de preferência a outro sócio. Decorrido o prazo de preferência, haverá reunião ou assembléia para aprovação da modificação do contrato, a teor do disposto no artigo 1.081 do novo diploma civil.

O capital poderá ser reduzido se houver “perdas irreparáveis” ou se for excessivo em relação ao objeto da sociedade.

No primeiro caso, haverá diminuição proporcional do valor nominal das quotas e no segundo haverá restituição de parte do valor das quotas aos sócios.

No caso de redução, o credor quirografário poderá opor-se dentro do prazo de 90 dias, contado da data da publicação da ata que aprovar a redução. Se impugnada a redução, esta somente prevalecerá se a sociedade provar o pagamento da dívida ou o seu depósito judicial para discussão.

· ***Resolução da Sociedade em Relação a Sócios Minoritários***

O sócio *minoritário* pode ser expulso da sociedade, sem necessidade da maioria absoluta do capital social recorrer ao Judiciário, nas seguintes hipóteses, desde que preenchidos cumulativamente (art. 1085):

- a maioria entender que o sócio minoritário está pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade;
- exista no contrato social a possibilidade de exclusão por justa causa; e
- a exclusão ocorra em reunião ou assembléia designada especialmente para esse fim, sendo dela cientificado o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.

Caso contrário, a expulsão do sócio minoritário deverá ser feita judicialmente.

Qualquer sócio pode ser expulso da sociedade, mediante ação judicial, aforada por iniciativa da maioria dos demais sócios, nas hipóteses de falta grave no cumprimento de suas obrigações ou por incapacidade superveniente, conforme consta do artigo 1.030.

O contrato social pode estipular a forma de apuração de haveres e a forma de pagamento do sócio excluído. No silêncio, o pagamento será feito em 90 dias, em dinheiro, em conformidade com apuração feita em balanço especial, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, a teor do disposto no artigo 1086 c/c/ artigo 1.031, do Código Civil.

O sócio que se retirar da sociedade ou for excluído, além dos herdeiros do sócio falecido, não fica eximido da responsabilidade das obrigações da sociedade até 2 anos após averbada a resolução da sociedade. Portanto é que a lei dá ao sócio retirante ou excluído o dever de requerer a averbação de sua saída junto ao registro de comércio, já que o prazo dos dois anos somente começa a correr a contar da averbação.

O exercício da retirada também é admitido na sociedade limitada de dois sócios, devendo o contrato social regular o assunto especialmente para facultar a manutenção da mesma com um único sócio por prazo de até 180 dias, conforme prevê o artigo 1.033, inciso IV do novo Código Civil.

#### · *Dissolução:*

O novo Código Civil apenas remete aos artigos referentes a outras sociedades onde são previstas as causas de dissolução. São elas (artigo 1087 c/c 1.044 e 1.033, do Código Civil):

- falência;
- término do prazo;
- consenso unânime dos sócios;
- deliberação por maioria na sociedade por tempo indeterminado;
- falta de pluralidade de sócios não recomposta em 180 dias; e
- extinção de autorização para funcionar.

#### *d) sociedade anônima – art. 1088 e 1089*

Prevê o novo Código Civil que esta modalidade societária continua sendo regulada por lei especial, frisando que seu capital social é dividido em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir.

### ***e) sociedade em comandita por ações – art. 1090 ao 1092***

- têm o capital social dividido em ações
- regem-se pelas normas relativas às sociedades anônimas, sem prejuízo das modificações constantes no NCC
- utilizam-se de firma ou denominação
- somente os acionistas podem ser administradores, assumindo obrigação subsidiária e ilimitada pelas obrigações da sociedade
- os diretores são nomeados no ato constitutivo, sem limitação de tempo, e somente poderão ser destituídos por deliberação de acionistas que representem no mínimo 2/3 do capital social
- o diretor destituído ou exonerado continua, durante 2 anos, responsável pelas obrigações sociais contraídas sob sua administração.

### **3.2.2) Sociedade Simples – art 997 ao 1038**

A denominação refere-se tanto ao tipo societário quanto à forma de organização. Esta pode ser constituída por:

- qualquer dos tipos da sociedade empresária (em nome coletivo, em comandita simples e limitada),
- cooperativa
- sociedade de capital e indústria
- simples

No artigo 997 são encontrados os requisitos do contrato social. Além destes, necessária é a observância das seguintes disposições:

- o seu registro deve-se dar no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas no prazo de 30 dias
- as modificações do contrato social que tenham sido arroladas no artigo 997 somente podem se dar por unanimidade – art. 999
- a cessão total ou parcial de cota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios não terá eficácia quanto a estes e à sociedade – art. 1003
- o sócio, cuja contribuição consista em serviços (sociedade de capital e indústria), não poderá, salvo convenção em contrário, empregar-se em atividade estranha à sociedade, sob pena de ser privado de seus lucros e dela excluído
- salvo disposição em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas cotas, mas aquele, cuja contribuição consiste em

- serviços, somente participa dos lucros na proporção da média do valor das cotas
- a denominação social equipara-se ao nome empresarial para efeitos de proteção.
  - responsabilidade ilimitada dos sócios: firma
  - responsabilidade limitada: deve conter a palavra limitada
  - na administração, a decisão será tomada por maioria de votos, contados segundo o valor das cotas de cada um. Prevalece a decisão sufragada por maior número de sócios, no caso de empate e, se este persistir, decidirá o juiz, podendo, para evitar a instauração da jurisdição, prever o contrato social que o desempate dar-se-á pela arbitragem – art. 1010
  - a administração se dá por pessoas naturais, admitindo ampla regulação no contrato social – o administrador nomeado no contrato social tem poderes irrevogáveis, somente podendo ser revogável por justa causa, reconhecida judicialmente, a pedido de qualquer dos sócios. - - se o administrador tiver sido nomeado por ato separado ou for não sócio, poderão os poderes serem revogados a qualquer tempo – art. 1019
  - não havendo regra de administração expressa, competirá a todos os sócios
  - a limitação da responsabilidade dos sócios deve ser definida no contrato social, pois a regra geral é a do art. 1023. A responsabilidade subsidiária, na proporção da participação no capital social, salvo se houver cláusula de responsabilidade solidária. No entanto, é possível estabelecer a exclusão de responsabilidade pessoal (art 997, VIII), inclusive perante terceiros, mas é imperiosa a manifestação expressa nesse sentido.
  - caso haja a admissão de um novo sócio na sociedade já existente, ele não se exime das dívidas assumidas anteriormente à sua admissão – art. 1025.

### ***3.3) COOPERATIVAS – ART. 1093 AO 1096***

### ***3.4) SOCIEDADES COLIGADAS – ART. 1097 AO 1101***

### ***3.5) LIQUIDAÇÃO DA SOCIEDADE – ART 1102 AO 1112***

### ***3.6) TRANSFORMAÇÃO, INCORPORAÇÃO, FUSÃO E CISÃO DA SOCIEDADE – ART 1113 AO 1122***

### ***3.7) SOCIEDADE DEPENDENTE DE AUTORIZAÇÃO – ART. 1123 AO 1141***

## **TÍTULO III**

### 16. Estabelecimento – art. 1142 ao 1149

- conceito – artigo 1142
- não há modificação importante, exceto no caso de alienação – artigo 1147
- não pode o alienante fazer concorrência com o adquirente nos 5 anos subsequentes à transferência.

## **4) TÍTULO IV**

### **4.1) INSTITUTOS COMPLEMENTARES**

#### **4.1.1) Registro – art. 1150 ao 1154**

É obrigatória aos empresários e sociedades empresárias a vinculação ao Registro Público de Empresas Mercantis, por meio do registro.

#### **4.1.2) Nome – art. 1155 ao 1168**

- também trata de firma e denominação, estendendo a proteção às denominações das sociedades simples, associações e fundações
- nenhuma regra diferente do que já havia, no tocante ao tipo de nome e forma de constituição – art. 1157 ao 1162
- obrigatoriedade de constar indicativo da atividade que desempenha
- proteção nos limites do respectivo Estado – art. 1166
- proteção nacional depende de regulamentação
- não pode ser objeto de alienação – art. 1164
- o nome do sócio que vier a falecer, for excluído ou se retirar, não pode ser conservado na firma social – art 1165

#### **4.1.3) Prepostos e Gerentes – artigos 1169 ao 1178**

*a) prepostos– art. 1.169 ao 1.171*

*b) gerentes – art. 1.172 ao 1.176*

- preposto permanente no exercício da empresa;
- limitações de poderes somente se efetivam perante terceiros se arquivadas no Registro Público de Empresas Mercantis;

*c) contabilistas/outros auxiliares – art. 1177 ao 1178*

- responsáveis pela escrituração da empresa

Não podem, sem autorização (regras gerais) – art. 1169 ao 1171

- fazer substituir-se no desempenho da preposição;
- negociar por conta própria ou de terceiro
- participar, ainda que indiretamente, de operação de mesmo gênero da que lhe foi cometida

*d) escrituração – art. 1179 ao 1195*

- regras de escrituração passaram a ser obrigatórias para todos os empresários/sociedades empresárias (não mais só para “antigos comerciantes”).
- Mantém o livro diário como obrigatório comum – art. 1180 diário

### **5) DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS:**

#### **5.1) ARTIGO 2.031:**

Segundo o dispositivo legal, associações, sociedades e fundações têm um prazo de 1 (um) ano para se adaptarem às disposições da Lei 10.406/02 (Novo Código Civil), a partir da sua vigência. Assim, até 11 de janeiro de 2004 estas deverão estar adaptadas às novas disposições.

## 5.2) ARTIGO 2.033:

Determina que as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas bem como sua transformação, incorporação, cisão ou fusão serão regidas, desde logo, pelo novo Código Civil.

## **Empresário Individual e Sociedade Empresária**

### **1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

O Direito Comercial, que junto ao Direito Civil forma o que se denomina Direito Privado, assim dividido sistemático e unicamente para fins didáticos (uma vez que o Direito, verdadeiramente uno, se inter-relaciona em todos os seus ramos), surge como sistema de resolução e organização de atos relativos ao comércio muito depois da adoção do conceito de comércio, que é praticado pela sociedade desde os seus mais remotos tempos.

Assim, o Direito Comercial surge como sistema na Idade Média, por meio do desenvolvimento das “corporações de ofício”, formadas pela burguesia que vivia do comércio junto aos feudos, e que estipulava regras jurídicas mais dinâmicas e próprias de suas atividades, diferente das regras do Direito Romano e Canônico.

Cumprindo ainda observar que o Direito Comercial, em sua evolução, passa por três fases, a seguir sucintamente descritas:

- *período subjetivista*: as regras eram formuladas com acentuado caráter corporativo e havia primazia na observância dos costumes locais;
- *período objetivista*: iniciado com o liberalismo econômico preconizado pela burguesia, consolida-se com o Código Comercial francês, que influencia a criação do Código Comercial brasileiro;
- *período correspondente ao Direito Empresarial*: Em evolução e abraçado pelo Código Civil ora em vigor, leva em conta a organização e efetivo desenvolvimento de atividade econômica organizada.

#### **1.1. Conceito de Direito Comercial**

Fábio Ulhôa Coelho, em sua obra “Curso de Direito Comercial”, apresenta conceito condizente com as atuais modificações ocorridas nesse ramo do direito brasileiro: “Direito Comercial é a designação tradicional do ramo jurídico que tem por objeto os meios socialmente estruturados de superação dos conflitos de interesse entre os exercentes de atividades econômicas de produção ou circulação de bens ou serviços de que necessitamos todos para viver.”

## **1.2. Importância da Definição e Proteção de Empresários Individuais e Sociedades Empresárias**

Os empresários individuais e as sociedades empresárias são considerados agentes econômicos fundamentais, pois geram empregos, tributos, além da produção e circulação de certos bens essenciais à sociedade e, por isso, a legislação garante a estes uma série de vantagens. Assim é que a eles são deferidos institutos que dão efetividade ao princípio da preservação da empresa, de origem eminentemente neoliberal em razão da necessidade de proteção ao mercado, relevante para o desenvolvimento da sociedade em inúmeras searas, a exemplo da falência, da concordata, da possibilidade de produção de provas em seu favor por meio de livros comerciais regularmente escriturados e demais medidas protetivas.

## **1.3. O Empresário, as Sociedades Empresárias e o Regime Jurídico de Direito Comercial**

Todos os institutos acima referidos, oferecidos aos empresários individuais (pessoas físicas) e às sociedades empresárias (pessoas jurídicas), ante a necessidade da dita proteção destes, são instrumentos do que se denomina regime jurídico de Direito Comercial. Com efeito, apesar de formar junto ao Direito Civil o que se denominou “direito privado”, e por emprestar o Direito Civil inúmeros conceitos, é diverso em razão de sua maior amplitude, a que se denomina “cosmopolitismo”; é “menos formal”, e por assim dizer, é mais simples sem ser, contudo, simplista; e por fim, é mais “elástico”, uma vez que exige maior dinâmica ante as inovações que diuturnamente se operam na atividade empresarial, seu objeto.

## **2. TEORIAS**

Há pouco tempo em nosso ordenamento jurídico duas teorias se complementavam, buscando o mais exato conceito de comerciante: a teoria dos atos do comércio e a teoria da empresa. Atualmente, em decorrência da entrada em vigor da Lei n. 10.406/02, houve a efetiva adoção da teoria da empresa. Entretanto, não é de somenos importância que conheçamos a primeira teoria, que vigeu até 10 de janeiro de 2002:



## 2.1. Teoria dos Atos de Comércio

Adotada pelo Código Comercial de 1850, vinha regulamentada pelo Decreto n. 737/1850, anteriormente revogado, e levava em conta a *atividade desenvolvida*, exigindo a prática de “atos de comércio” como critério identificador do comerciante.

O Decreto n. 737 de 1850, em seu artigo 19, enuncia os atos de comércio. Apesar de revogado, vinha sendo utilizado como parâmetro para a identificação da pessoa como comerciante e sua conseqüente sujeição à Lei de Falências.

Com intuito de melhor explicitar a Teoria recentemente abandonada, passamos a tratar dos denominados “atos de comércio”:

### 2.1.1. Dos atos de comércio

Por atos de comércio tinham-se aqueles enumerados na própria lei, bem como aqueles que decorriam de sua interpretação fornecida pela doutrina e jurisprudência. Via de regra, consideravam-se atos de comércio:

- *Compra, venda ou troca de bens móveis ou semoventes em atacado ou varejo, industrializados ou não, para revenda ou locação.*

A compra dos produtos dos comerciantes para consumo como destinatário final, pelos clientes, necessitava gerar lucro, senão tal atividade era tida como compra de natureza civil. Atividades bancárias, de transporte de mercadorias, de seguro, entre outras, também eram consideradas atos comerciais, segundo a teoria ora estudada. A compra e venda de bens imóveis encontrava-se excluída do rol de atividades comerciais, por expressa disposição do Código Comercial, em seu artigo 191, ora revogado.

- *Atos de comércio por determinação legal, de acordo com a Lei n. 6.404/76, artigo 2.º, § 1.º (Lei das Sociedades por Ações).*

Certos atos eram tidos por comerciais em decorrência de previsão expressa da lei. Cite-se o exemplo das sociedades anônimas, as quais subordinavam-se ao regime jurídico mercantil, independentemente do seu objeto social. Nesse passo, ainda que se dedicassem à compra e venda de bens imóveis, as sociedades anônimas eram comerciais.

- *Empresas de Construção e Incorporação, nos termos da Lei n. 4.068/62.*

As empresas de construção também eram consideradas “comerciais por determinação legal” desde a edição dessa Lei, posteriormente revogada pela Lei das Duplicatas, em 1968.

## 2.2. Teoria da Empresa

Recentemente adotada em sua efetividade pelo ordenamento jurídico pátrio, esta teoria já vinha sendo utilizada pela doutrina e jurisprudência a fim de flexibilizar a aplicação da teoria dos atos do comércio. Isto ocorria em razão da evolução operada no comércio mundial, notadamente com a difusão e aquisição de importância da prestação de serviços.

Assim, antes da vigência do atual diploma civil, a doutrina e a jurisprudência, com o fim de proteger determinadas empresas que não se enquadravam nos atos de comércio, e conseqüentemente sujeitá-las aos benefícios do regime jurídico de Direito Comercial, passaram a fazer amplas interpretações das regras existentes. Nessa esteira, empresas antes não sujeitas ao processo falimentar, menos gravoso que a insolvência civil, passaram a ser objeto de falência por força de interpretação jurisprudencial, como no caso de agência prestadora de serviços de publicidade que, em que pese a oferecer primordialmente serviços, tinha possibilitada sua falência pelos tribunais, por entenderem estes que, em muitos de seus serviços, havia compra e revenda de espaços publicitários, bens móveis incorpóreos.

Para que se tornasse desnecessária tais interpretações amplas, verdadeiras ginásticas legislativas, foi criada a “Teoria da Empresa”, que nasceu na Itália e desenvolveu-se para corrigir falhas da teoria dos atos de comércio, vindo, atualmente, a nortear a legislação pátria.

Segundo a teoria em estudo, para identificar o empresário, desconsidera-se a espécie de atividade praticada (atos de comércio ou não), passando a considerar a estrutura organizacional, relevância social e a “atividade econômica organizada para o fim de colocar em circulação mercadorias e serviços”.

A adoção dessa teoria vem positivar o que já era feito costumeiramente, acabando com a dicotomia comerciante/não-comerciante anteriormente determinada pela teoria dos atos do comércio.

Com efeito, à exceção da Lei de Falências, a teoria da empresa já era aplicada no Brasil, pois a extinta teoria dos atos do comércio prestava-se apenas a prever se determinadas empresas sujeitavam-se ou não ao regime falimentar comercial. A título de exemplo, temos a venda de imóveis que, mesmo que praticada com habitualidade e visando a aferir lucros, não era tida como atividade comercial com base na teoria norteadora do Código Comercial de 1850 (em decorrência de determinação legal neste sentido). Atualmente, adotada a teoria da empresa, caso haja venda, exercida profissionalmente, visando lucros, será considerado esse indivíduo empresário.

### **2.2.1. Empresa**

Para Carvalho de Mendonça, “empresa é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade”.

Modernamente conceitua-se empresa como uma *atividade econômica organizada, para a produção ou circulação de bens ou serviços, exercida profissionalmente pelo empresário, por meio de um estabelecimento empresarial*.

O referido conceito tem origem nas lições do autor italiano Alberto Asquini, formulador de quatro critérios para a conceituação de empresa. Assim, ante o critério multi-facetário desenvolvido por Asquini, temos:

#### **a) Perfil objetivo**

De acordo com o perfil objetivo, empresa é um *estabelecimento*, um conjunto de bens corpóreos e incorpóreos reunidos pelo empresário, para o desenvolvimento de uma atividade econômica.

#### **b) Perfil subjetivo**

Adotado o critério subjetivo para conceituarmos empresa, temos que esta é o próprio sujeito de direitos, o *empresário*, que organiza o estabelecimento para o desenvolvimento de uma atividade econômica.

#### **c) Perfil Corporativo**

De acordo com o perfil corporativo, empresa é o conjunto formado pelo *estabelecimento empresarial*, o qual compreende bens corpóreos e incorpóreos; e os *trabalhadores*, recursos humanos utilizados na execução da atividade econômica a que a empresa se propõe.

#### **d) Perfil funcional**

Caracteriza-se por uma *atividade econômica organizada, para a produção e circulação de bens ou serviços*, que se faz por meio de um estabelecimento e por vontade do empresário. É o critério adotado pela doutrina brasileira para a conceituação de empresa e, destarte, serve de parâmetro para todos os atos normativos que regem a atividade empresarial, notadamente o novo Código Civil.

### 2.2.2. *Empresário*

A teor do que dispõe o artigo 966 do Código Civil de 2002: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços”.

Já o parágrafo único do referido artigo determina aquele que não é considerado empresário: “Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Neste último caso, excepcionalmente serão admitidos como empresários caso adotem estrutura empresarial, organizando força de trabalho alheia que constitua elemento da empresa. Assim, a título de exemplo, um médico que contrata outros médicos, enfermeiras, secretária, formando assim uma clínica com estrutura empresarial, e não um singelo consultório, será caracterizado como empresário.

É possível que o empresário seja pessoa física ou pessoa jurídica. No primeiro caso, estaremos diante de um *empresário individual*, que recebia a denominação de *comerciante individual*, de acordo com o diploma comercial anterior. Caso seja pessoa jurídica, estaremos diante da antiga *sociedade comercial*, que recebe a atual denominação de *sociedade empresária*.

## 2.3. Das Capacidades e Impedimentos para o Exercício de Atividade Empresarial

Para o regular exercício da atividade empresarial, impõe-se a análise da capacidade do exercente bem como a inexistência de impedimentos para seu exercício, a teor do disposto no artigo 972 do diploma civil.

Incapazes para o exercício de atividade empresarial são aqueles incapazes para a vida civil, arrolados nos artigos 3.º e 4.º do Código Civil.

O menor que se estabelece com economia própria, adquire capacidade para o exercício do comércio, nos termos da lei. Divergia a doutrina apenas quanto à idade mínima para que o menor seja considerado capaz de comerciar. Há corrente majoritária no sentido de que a idade mínima para o menor exercer tal direito é 16 (dezesseis) anos de idade. Com o advento do novo Código Civil, esta corrente tende a pacificar-se em decorrência da diminuição da idade mínima para aquisição de capacidade.

Já para a verificação dos impedidos ao exercício desta atividade, cumpre salientar que, em tese, seriam capazes de praticar atos empresariais, uma vez que proibição não se confunde com falta de capacidade para exercer a atividade comercial. As pessoas proibidas de comerciar possuem capacidade plena para a

prática de atos empresariais. No entanto, a ordem jurídica vigente decidiu por vedá-los o seu exercício.

Desse modo, não podem exercer atividade empresarial, dentre outros:

- o falido, enquanto não reabilitado, nos termos da Lei de Falências;
- aqueles que foram condenados pela prática de crime cuja pena vede o acesso à atividade empresarial;
- o agente público (de forma direta) – nada impede, porém, que ele participe de sociedade, como sócio cotista, acionista ou comanditário, desde que não ocupe cargo de administração, de controle, e desde que não seja majoritário;

Cumpra registrar que na expressão agente público, acima utilizada, enquadram-se todos aqueles que se ligam à Administração Pública e encontram-se proibidos de comerciar, como é o caso de membros de Poder, os oficiais militares, entre outros.

## **2.4. Regularidade na Atuação Empresarial**

Para que o empresário encontre-se em situação de regularidade, deve arquivar seus atos constitutivos, após a devida elaboração, com observância dos critérios legais, no órgão oficial de registro das empresas mercantis, denominado Junta Comercial. Este órgão está subordinado em parte ao Estado em que se situa, e em parte ao Departamento Nacional do Registro do Comércio, autarquia federal de regime especial, ligada ao Sistema Nacional de Registro de Empresa (SINREM), responsável pela regulamentação das atividades de registro no país, conforme se verá abaixo.

Para que a atividade comercial se mantenha regular por todo o tempo em que perpetrada, algumas obrigações são impostas aos comerciantes. Assim, podemos vislumbrar, três obrigações principais:

- arquivar atos constitutivos na Junta Comercial (órgão do registro das empresas mercantis);
- escriturar regularmente os livros comerciais obrigatórios, além dos facultativos que porventura façam a opção de utilizar;
- levantar balanço patrimonial periodicamente, entendendo-se como obrigatório o levantamento, no mínimo, anual.

### ***2.4.1. Obrigação de inscrição do empresário no registro público de empresas mercantis, antes do início de sua atividade (artigo 967 do Código Civil)***

A teor do que dispõe os artigos 967, do Código Civil, a inscrição do empresário é obrigatória. Ainda, o requerimento para que se dê tal inscrição, necessita obedecer aos requisitos previstos no artigo 968 do Código Civil.

Salienta-se que as normas de registro das empresas mercantis estão disciplinadas na Lei n. 8.934/94 – Lei do Registro Público das Empresas Mercantis e atividades afins (LRE). Com efeito, a referida lei dispõe sobre os órgãos que compõem o sistema de registros, suas atribuições, as regras para registros de empresas etc.

O registro de empresa é composto de um órgão central, que orienta a atuação de outros dois órgãos de operação. Vejamos:

- *Sistema Nacional dos Registros das Empresas Mercantis (SINREM)*: é o órgão central do registro de empresa, ligado ao Ministério da Indústria, Comércio e Turismo. Tem em sua composição o DNRC (Departamento Nacional do Registro do Comércio), autarquia federal de regime especial e as Juntas Comerciais.
- *Departamento Nacional do Registro do Comércio (DNRC)*: trata-se de autarquia federal de regime especial, conforme dito, e tem como funções principais, nos termos do artigo 4º da Lei de Registro de Empresa:
  - supervisão e coordenação, no plano técnico, dos órgãos de registro. Funciona também como segunda instância administrativa;
  - expedição de normas e diretrizes gerais relativas ao registro;
  - solução de dúvidas e controvérsias oriundas do registro.
- *Juntas Comerciais*: são órgãos de execução do registro das empresas mercantis. Em síntese, pode ser considerada como o local em que os registros são efetivamente realizados. No plano técnico, subordinam-se ao Departamento Nacional do Registro do Comércio (DNRC). Administrativamente, subordinam-se aos Estados a que pertencem, uma vez que, ainda que em parte, recebem verbas e servidores do Estado a que se vinculam.

Ainda de acordo com a Lei n. 8.934/94, os atos destinados ao registro das empresas são os seguintes:

- *Matrícula*: a matrícula se refere aos agentes auxiliares do comércio. Assim, são matriculados nas Juntas Comerciais, sob a supervisão e segundo as normas do Departamento Nacional do Registro do Comércio os leiloeiros, tradutores públicos, administradores de armazéns-gerais, trapicheiros (responsáveis por armazéns gerais de menor porte destinados à importação e exportação), entre outros. A matrícula é uma condição para que eles possam exercer tais atividades paracomerciais.

- *Arquivamento*: o arquivamento é o ato pelo qual os comerciantes, pessoas físicas ou jurídicas, fazem o seu registro nas Juntas Comerciais. Diz respeito ao comerciante individual e à sociedade comercial. Compreende atos de constituição, alteração e dissolução das sociedades, inclusive. O contrato e o estatuto social são arquivados perante a Junta Comercial.
- *Autenticação*: refere-se aos instrumentos de escrituração, ou seja, aos livros comerciais. A autenticação é condição de regularidade dos referidos documentos. Assim, um livro comercial, deve ser levado à Junta Comercial para autenticação, e neste ato terá todos os requisitos que devem ser observados na escrituração, fiscalizados.

O artigo 35, inciso VI, da Lei n. 8.934/94 dispõe que não serão arquivadas alterações contratuais ou estatutárias por deliberação majoritária do capital social, quando houver cláusula restritiva. Para se excluir um sócio minoritário nesta hipótese, deve-se tentar a via judicial, já que a Junta Comercial está proibida de arquivar alterações contratuais quando houver cláusula restritiva.

#### **2.4.2. Obrigação de escriturar regularmente os livros obrigatórios**

##### **a) Livros empresariais**

Os livros empresariais podem ser obrigatórios e facultativos, subdividindo-se em comuns e especiais, conforme abaixo:

- *Obrigatórios*: por livros obrigatórios entendem-se aqueles cuja escrituração deve ser inexoravelmente observada pelos comerciantes. Subdividem-se em comuns e especiais:
  - *Comuns*: a escrituração é imposta a todos os comerciantes, sem qualquer distinção, sendo que sua ausência implica sanção. A nossa legislação prevê apenas uma espécie, o Diário (artigo 5º do Decreto-lei 486/69);
  - *Especiais*: a escrituração é imposta a uma determinada categoria de comerciante, a exemplo do livro de Registro de Duplicatas, que é exigido somente de quem emite duplicatas.
- *Facultativos*: têm por objetivo auxiliar o comerciante no desenvolvimento de suas atividades econômicas. Exemplos: livro-caixa, livro-razão etc. A ausência desses livros não gera qualquer sanção, todavia, se for realizada a opção de escriturá-los, deve a escrituração ser feita nos moldes da Lei n. 9.934/94.

Para que a escrituração mercantil seja regular e produza os efeitos jurídicos determinados pela lei, devem-se observar alguns requisitos intrínsecos e extrínsecos:

- *Intrínsecos*: dizem respeito ao modo como devem ser escriturados os livros empresariais (seu conteúdo mínimo). O Decreto-lei n. 486/69, em seu artigo 2º, define a forma de acordo com a ciência da Contabilidade. Assim, não podem conter rasuras, emendas, deve-se observar a cronologia etc.
- *Extrínsecos*: dizem respeito à segurança que deve ser dada à escrituração mercantil, ou seja, o cumprimento de suas formalidades essenciais (artigo 5º do Decreto-lei n. 486/69). Os livros devem conter termo de abertura, termo de encerramento e estarem autenticados pela Junta Comercial.

### ***2.4.3. Obrigação de levantar balanço patrimonial e resultado econômico a cada ano (artigo 1.179 do Código Civil)***

Em regra, a periodicidade para a elaboração das demonstrações contábeis é anual. Temos duas exceções a considerar: as sociedades anônimas que estabeleçam em seu estatuto a distribuição de dividendos semestrais (artigo 204 da Lei das Sociedades Anônimas) e as instituições financeiras (artigo 31 da Lei n. 4.595/64). O período para elaboração do balanço e demais demonstrativos nesses casos é semestral. O balanço objetiva demonstrar o ativo, o passivo, o circulante das empresas e firmas individuais, dentre outros dados.

As conseqüências decorrentes do descumprimento variam, conforme segue:

- sanção penal, em face do artigo 186, inciso VII, da Lei de Falências (decorrência do artigo 186, inciso VI, da Lei de Falências); constitui crime falimentar não apresentar o balanço à rubrica judicial em 60 dias da data do encerramento. Cumpre observar, no entanto, que, para a jurisprudência majoritária, a falta de balanço caracteriza crime apenas se a escrituração estiver irregular, não constituindo crime autônomo a infração exclusivamente prevista no inciso VII do referido artigo.
- dificuldade de acesso a crédito bancário ou a outros serviços prestados pelos bancos;
- impossibilidade de participação em licitações promovidas pelo Poder Público (artigo 31, inciso I, da Lei n. 8.666/93);
- impossibilidade de impetração de concordata preventiva (artigo 159, § 1º, inciso IV, da Lei de Falências).



## 2.5. Irregularidade na Atuação Empresarial

Atuando de maneira irregular, ou seja, sem cumprimento dos requisitos do item 2.6, implicações recairão sobre a empresa mercantil ou ao empresário individual:

### *a) Inatividade da empresa mercantil*

É considerada inativa a firma individual ou a sociedade comercial que, durante dez anos consecutivos, não arquivar nenhuma alteração contratual ou não comunicar à Junta Comercial que se encontra em atividade. Como efeito, tem-se que, se for considerada inativa pela Junta Comercial, terá seu registro cancelado (artigo 60 da Lei de Registro Público das Empresas Mercantis e atividades afins).

É com o registro na Junta Comercial que o nome empresarial passa a gozar de proteção jurídica. O nome empresarial consiste na firma ou denominação com a qual o comerciante se apresenta, em suas relações comerciais, a ser oportunamente estudado.

O comerciante que não cumprir a primeira obrigação (arquivar atos constitutivos na Junta Comercial) será considerado comerciante irregular ou de fato. O arquivamento não é pressuposto para se desenvolver a atividade comercial, mas sem o preenchimento deste requisito sua atividade será considerada irregular, e conseqüentemente sofrerá sanções, além de restrições quanto aos benefícios que o regime jurídico de direito comercial lhe proporciona.

### *b) Sanções impostas ao comerciante irregular ou de fato*

- *Artigo 9.º, inciso III, alínea “a”, da Lei de Falências:* o comerciante credor que não comprova sua regularidade não tem legitimidade ativa para requerer a falência de outro comerciante, embora possa habilitar o seu crédito. Pode, contudo, ter sua falência decretada a pedido dos seus credores, assim como pedir autofalência.
- *Artigo 140, inciso I, da Lei de Falências:* o comerciante irregular ou de fato não pode requerer concordata, exceto quando o seu passivo quirografário não exceder a cem salários mínimos.
- *Artigo 379 do Código de Processo Civil:* “os livros comerciais, que preencham os requisitos exigidos por lei, provam também a favor do seu autor no litígio entre comerciantes”. O comerciante que não escritura regularmente seus livros, além de os livros irregulares fazerem prova contra ele, não pode se valer da eficácia probatória em seu favor. Também não pode propor ação de verificação de contas para, com base em seus livros, requerer a falência de outro comerciante. Com efeito, esta previsão é importante pois o pedido de falência com base na impontualidade (artigo 1º da Lei de Falências) exige o protesto do título. Mas nem sempre o crédito

está legitimado por títulos, podendo, neste caso, haver a verificação de contas para apuração do crédito.

- *Artigo 186, inciso VI, da Lei de Falências*: considera-se crime falimentar a inexistência dos livros obrigatórios ou sua escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa.

## **Estabelecimento Empresarial ou Fundo de Empresa**

### **1. CONCEITO**

De acordo com a letra do artigo 1.142 do Código Civil, trata-se de conjunto de bens corpóreos e incorpóreos reunidos pelo empresário, ou por sociedade empresária, para o desenvolvimento de sua atividade econômica, de sua empresa. Assim, torna-se forçoso concluir que o estabelecimento empresarial não se refere apenas ao local em si considerado, mas também ao acervo de bens. Segundo a doutrina, o fundo de empresa apresenta natureza jurídica de *universalidade de fato*, o que pode ser confirmado pela redação do artigo 1.143 do diploma civil. Essa universalidade de bens (reunidos, organizados) pode apresentar e, normalmente, apresenta valor econômico superior a de seus bens separados.

O estabelecimento empresarial compõe o patrimônio do comerciante, mas não necessariamente corresponde à totalidade desse patrimônio, pois o comerciante pode possuir bens não utilizados em sua atividade econômica, como, por exemplo, uma casa de praia. Conclui-se, por conseguinte, que o estabelecimento empresarial e o patrimônio do comerciante são institutos jurídicos distintos.

### **2. ALIENAÇÃO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL**

*A alienação do estabelecimento empresarial se faz por meio do trespasse - contrato de alienação de fundo de empresa que permite sua transferência de um comerciante para outro.*

“No trespasse, o estabelecimento empresarial deixa de integrar o patrimônio de um empresário (o alienante) e passa para o de outro (o adquirente). O objeto da venda é o complexo de bens corpóreos e incorpóreos, envolvidos com a exploração de uma atividade empresarial.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*: 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 1. p. 116-117.

Com o advento do novo Código Civil, o artigo 1.147 cessou qualquer pretensão discutida relacionada à cláusula de não-restabelecimento. Assim, só será possível que o alienante faça concorrência com o adquirente antes do prazo de cinco anos contados da data da alienação, se houver previsão contratual nesse sentido. Portanto, tal cláusula encontra-se implícita em qualquer contrato de alienação de estabelecimento empresarial.

A alienação do estabelecimento que não tenha bens suficientes para solvência do passivo, a teor do disposto no artigo 1.145, do Código Civil, depende de prévia anuência dos credores existentes à época, a qual pode ser expressa ou tácita.

A anuência tácita ocorre quando os credores, após serem notificados, deixam de se manifestar em contrário nos 30 (trinta) dias seguintes.

Em apenas uma hipótese está o comerciante dispensado da observância dessa cautela: caso restem em seu patrimônio bens suficientes para a solvência do passivo. *A contrario sensu*, se o comerciante aliena o estabelecimento empresarial sem a anuência dos credores, não possuindo bens suficientes para a solvência do seu passivo, pode ter declarada sua falência, com fundamento no artigo 2.º, inciso V, da Lei de Falências. Decretada a falência nessas circunstâncias, o ato da alienação será considerado ineficaz em relação à massa falida do alienante, cabendo ao síndico arrecadar o fundo de comércio.

Determina o artigo 1.146 do diploma civil que o adquirente só responderá pelos débitos anteriores à realização da transferência que estiverem devidamente contabilizados. Não obstante isso, o alienante continuará solidariamente obrigado: quanto aos *créditos vencidos*, a obrigação perdurará pelo prazo de um ano; já quanto aos *créditos vincendos*, tal obrigação perdurará até a data de seu vencimento.

As regras acima mencionadas comportam exceções:

- *Exceção contratual*: o contrato de alienação dispõe especificamente acerca da transferência, total ou parcial, do passivo, por ato volitivo das partes contratantes.
- *Exceções legais*:
  - *créditos trabalhistas*: artigo 448 da Consolidação das Leis do Trabalho;
  - *créditos fiscais*: artigo 133 do Código Tributário Nacional, em que a responsabilidade do adquirente será subsidiária, se o alienante continuar a exercer atividade econômica; ou integral, se o alienante não mais explorar a empresa.

Cumpra observar que, nas exceções legais supramencionadas, o adquirente do estabelecimento terá direito de regresso em razão dos encargos assumidos junto ao credor trabalhista ou fiscal do antecessor.

### 3. BENS CORPÓREOS

Os bens corpóreos (mercadorias, equipamentos, instalações, veículos etc.) não interessam ao Direito Comercial porque a sua proteção jurídica cabe ao Direito Civil (proteção possessória, responsabilidade civil) e ao Direito Penal (crime de dano, roubo etc.).

### 4. BENS INCORPÓREOS

Os elementos incorpóreos que compõem o estabelecimento empresarial são:

- ponto;
- nome empresarial;
- propriedade industrial.

#### 4.1. Ponto ou “Propriedade Comercial”

“É o local em que se encontra o estabelecimento empresarial. A proteção jurídica do ponto decorre da sua importância para o sucesso da empresa.”<sup>2</sup>

A Lei n. 8.245, de 18.10.1991, (Lei de Locações), protege o ponto, concedendo ao locatário o direito de renovação compulsória do contrato de locação (não-residencial).

As locações prediais urbanas podem ser residenciais ou não residenciais. “Nesta última, encontram-se os contratos em que o locatário é autorizado a explorar, no prédio locado, uma atividade econômica (anote-se também que são não residenciais as locações com outras finalidades, tais as filantrópicas, associativas, culturais, moradia de diretor etc.). Por outro lado, se o locatário, na locação não residencial, é titular de direito de inerência ao ponto e pode pleitear judicialmente a renovação compulsória do contrato, então a locação é empresarial. Nem toda locação, em que o imóvel abriga a exploração de atividade econômica, portanto, dá ao empresário direito à renovação.”<sup>3</sup> Para tanto, é necessário que se atenda aos requisitos do artigo 51 da Lei de Locações.

---

<sup>2</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. p. 103.

<sup>3</sup> *Idem, ibidem*. p. 104

### ***a) Ação renovatória***

É a ação judicial própria que protege o direito de inerência ao ponto.

O prazo decadencial para a propositura da ação renovatória, previsto em lei, é entre 1 ano a 6 meses antes do término do prazo do contrato a renovar. Assim, se o locatário não conseguir acordo com o locador nesse período, deve ingressar com ação renovatória para assegurar o seu direito ao ponto. Como se trata de prazo decadencial, não se suspende nem se interrompe.

### ***b) Requisitos cumulativos para a propositura da ação renovatória (artigo 51 da Lei de Locações)***

- Que o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado (requisito formal).
- Que o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de 5 anos (requisito temporal). Essa soma dos prazos dos contratos anteriormente assinados e ininterruptamente renovados por acordo amigável, admitida pela lei, recebe a denominação *accessio temporis*. Pode ser utilizada pelo sucessor ou cessionário do locatário (Súmula n. 482 do Supremo Tribunal Federal).
- Que a exploração da atividade econômica, no mesmo ramo, ocorra pelo prazo mínimo e ininterrupto de 3 anos (requisito material).

### ***c) Hipóteses em que o locador pode retomar o imóvel em virtude do direito de propriedade constitucionalmente garantido (artigo 5.º, inciso XXII, da Constituição Federal)***

- Insuficiência da proposta apresentada pelo locatário (artigo 72, inciso II, da Lei de Locações).
- Proposta de terceiro em melhores condições (artigo 72, inciso III, da Lei de Locações): nessa hipótese, nada impede que o locatário cubra a oferta do terceiro. A proposta do terceiro deve ser comprovada documentalmente, subscrita por este e por duas testemunhas, com clara indicação do ramo a ser explorado, não podendo ser o mesmo ramo desenvolvido pelo locatário. Havendo a retomada, sob esse fundamento, caberá ao locatário o direito a uma indenização pela perda do ponto, solidariamente devida pelo locador e o proponente (artigo 75 da Lei de Locações).
- Realização de obras no imóvel pelo locador, por determinação do Poder Público ou por iniciativa própria, para valorização do seu patrimônio. Caso a retomada tenha por base estes fundamentos (obras próprias ou determinadas pelo Poder Público), e as obras não se iniciem no prazo de 3

meses, a contar da data da desocupação do imóvel, caberá ao locatário uma indenização pela perda do ponto.

- Uso próprio do locador ou transferência de estabelecimento empresarial de sua titularidade, de titularidade de ascendente, descendente ou cônjuge, ou de sociedade por estes controlada. Esse estabelecimento empresarial deve existir há pelo menos 1 ano. O estabelecimento empresarial não poderá, ainda, dedicar-se à mesma atividade econômica exercida pelo locatário que irá desocupar o imóvel (artigo 52, inciso II, da Lei de Locações).

#### **d) Locação em shopping center**

“O empresário que se dedica ao ramo dos *shoppings centers* exerce uma atividade econômica peculiar, pois não se limita a simplesmente manter um espaço apropriado à concentração de outros empresários atuantes em variados ramos de comércio ou serviço. A sua atividade não se resume à locação de lojas, aleatoriamente reunidas em um mesmo local. Ele, decididamente, não é um empreendedor imobiliário comum”.<sup>4</sup>

Ao empresário de *shoppings centers* cabe manter a organização e planejar a distribuição das lojas existentes no espaço disponível. A este planejamento e distribuição, que caracteriza uma das diferenças desta modalidade de locação das demais, é conferida a denominação *tenant mix*.

##### **d.1. Características peculiares do contrato de locação em shopping center**

- O valor locatício pode ser composto por parcelas fixas e parcelas variáveis (normalmente um percentual sobre o faturamento do locatário).
- Obrigatoriedade do locatário filiar-se à associação de bjtistas, pagando para tanto uma contribuição mensal.
- Obrigatoriedade do pagamento da *res sperata*, que consiste em uma prestação retributiva das vantagens de se estabelecer em um complexo comercial que já possui clientela constituída. Essa espécie de prestação não se encontra regulada em lei, sendo negocial.

##### **d.2. Peculiaridades quanto à ação renovatória e ao direito de retomada**

- Não cabe a retomada para uso do próprio locador, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei de Locações, nos termos do artigo 52, § 2.º, do mesmo estatuto.

---

<sup>4</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 14.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 67.

- O locador pode retomar o imóvel sob o fundamento de melhor organização do empreendimento ou planejamento de distribuição do espaço (*tenant mix*).

## 4.2. Nome Empresarial

### a) Conceito

Nome empresarial é aquele com base no qual o empresário desenvolve as suas atividades, adquirindo direitos e assumindo obrigações. Esse instituto encontra-se regulamentado nos artigos 1.155 a 1.168 do Código Civil.

### b) Espécies

- *Firma ou razão social*: quanto à *estrutura*, a teor do disposto no artigo 1.156 do diploma civil, é constituída com base no nome civil do comerciante individual ou dos sócios de determinadas sociedades comerciais. No tocante à *função* constitui também a assinatura do empresário.
- *Denominação*: quanto à *estrutura*, é composta com base no nome civil dos sócios de determinadas sociedades ou com base em uma expressão lingüística distinta, qual seja, o elemento fantasia. No que se refere à *função*, constitui exclusivamente elemento de identificação do empresário, não se prestando a outra serventia.

Assim, para efetiva distinção entre *firma* e *denominação*, conclui-se necessária a consideração da *função* exercida pelo nome empresarial, uma vez que ambas podem adotar um nome civil para sua formação.

A regra geral é a de que somente as sociedades por ações e as sociedades por quotas de responsabilidade limitada adotam *denominação*. As demais adotam, obrigatoriamente, *firma* (as exceções são a sociedade por cotas de responsabilidade limitada e a sociedade em comandita por ações que podem adotar tanto *firma* quanto *denominação*).

A proteção jurídica ao nome empresarial resulta do registro na Junta Comercial. Essa proteção restringe-se aos limites territoriais de cada Estado, pois a Junta Comercial é um órgão estadual. Nada impede, porém, que o empresário requeira o registro ao Departamento Nacional do Registro do Comércio (DNRC), com validade no âmbito nacional.

### **4.3. Propriedade Industrial**

A vigente Lei de Propriedade Industrial (LPI – Lei n. 9.279/96) aplica-se à proteção das invenções, dos modelos de utilidade, dos desenhos industriais e das marcas.

#### ***a) Invenção e modelo de utilidade***

##### **a.1. Invenção**

É todo produto original da inteligência humana com alguma aplicação na indústria. Deve também ser nova.

##### **a.2. Modelo de utilidade**

É toda inovação introduzida na forma de objetos já conhecidos, de modo a melhorar a sua utilidade ou fabricação. Não há uma novidade absoluta, mas sim uma novidade parcial, agregada a um objeto já conhecido. Exemplo: inventa-se um mecanismo que engarrafa mais líquido do que aqueles existentes no mercado.

Para que a invenção e o modelo de utilidade possam ter proteção jurídica, deve o seu autor/criador requerer a concessão de uma patente perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). A *patente* conferirá ao inventor o direito de exploração exclusiva do invento ou modelo de utilidade. Ela é o único instrumento de prova admissível pelo Direito para a demonstração da concessão do direito de exploração exclusiva da invenção ou do modelo de utilidade.

#### ***b) Requisitos***

Para que o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) possa emitir a patente, deverão ser preenchidos os seguintes requisitos:

##### **b.1. Novidade**

A criação deve ser desconhecida pela comunidade científica, técnica ou industrial. Segundo a lei, para atender ao requisito da novidade, a invenção ou o modelo não poderão estar compreendidos pelo estado da técnica (tudo aquilo que é considerado de domínio público anteriormente à data do depósito do pedido da patente). Não basta que sejam originais (caráter subjetivo, diz respeito ao sujeito criador).



## **b.2. Aplicação industrial**

Deve ter alguma aplicação na indústria (artigo 15 da Lei de Propriedade Industrial). Se apresentar criação puramente artística, o invento ou o modelo serão protegidos pelo direito autoral, e não poderão ser patenteados.

## **b.3. Atividade inventiva**

A invenção ou o modelo são dotados de atividade inventiva sempre que para um técnico no assunto não decorram obviamente do estado da técnica. Devem despertar nos técnicos um sentido de real progresso.<sup>5</sup>

## **b.4. Não impedimento**

Há impedimento legal para a patenteabilidade quando a invenção ou o modelo afrontam a moral, os bons costumes, a segurança, a ordem e saúde pública ou quando houver substâncias resultantes de transformação do núcleo atômico ou se constituir de seres vivos (exceto os transgênicos, que podem ser patenteados, porque possuem caracteres não-alcançáveis pela espécie em condições naturais).

### ***c) Vigência da patente***

- *Modelo de utilidade*: 15 (quinze) anos.
- *Invenção*: 20 (vinte) anos.

Esses prazos contam-se a partir do depósito do pedido de patente (protocolo no Instituto Nacional de Propriedade Industrial). Objetivando garantir ao inventor um tempo mínimo razoável de utilização, o prazo de duração do direito industrial não pode ser inferior a 10 anos para as invenções e a 7 anos para os modelos, contados da expedição da patente (artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial). Assim, respeitadas essas normas, não há prorrogação em nenhuma hipótese do prazo de duração da patente.

Após esse prazo, as invenções passam ao domínio público e ao domínio da técnica (não há mais o direito de exploração exclusivo).

A patente confere o direito de exploração exclusiva (exploração direta), direito esse que pode ser transferido por meio do contrato de licença de uso, artigo 61 da Lei n. 9.279/96 (exploração indireta).

A licença é compulsória (artigos 68 a 74 da Lei n. 9.279/96) se:

---

<sup>5</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. p. 85.

- O titular da patente estiver exercendo os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial. Ocorre abuso quando o ato praticado objetiva domínio de mercado, eliminação de concorrência e aumento arbitrário de lucro.
- O titular da patente não estiver explorando as obrigações dela decorrentes; se a exploração não atender às necessidades do mercado ou houver ausência de exploração (desuso). Concedida a primeira licença compulsória, o licenciado tem 1 ano para iniciar a exploração econômica da invenção ou modelo, sob pena de caducidade da patente, ou seja, o inventor perde o direito, e o modelo ou a invenção caem no domínio público.

***d) Extinção da patente (artigo 78 da Lei n. 9.279/96)***

A patente extingue-se pela:

- Expiração do prazo de vigência.
- Renúncia de seu titular aos direitos industriais, ressalvado o direito de terceiros.
- Caducidade, se, decorridos 2 anos do licenciamento compulsório, ainda persistir o abuso ou o desuso, pode ser declarada pelo Instituto Nacional de Proteção Industrial, de ofício ou a requerimento de interessado no "caimento" da patente em domínio público.
- Falta de pagamento da taxa devida ao Instituto Nacional de Proteção Industrial, denominada "retribuição anual".
- Falta de representante legal, devidamente qualificado e domiciliado no País, com poderes para representá-lo administrativa e judicialmente, inclusive para receber citações, quando o titular é domiciliado no exterior. A maioria dos nossos textos legais prevê a obrigatoriedade de representante legal brasileiro para receber a citação em nome do estrangeiro, objetivando a proteção dos brasileiros que contratam com estrangeiros.

A extinção do direito industrial por qualquer um dos motivos informados enseja a subsunção do objeto ao domínio público.

***e) Surgimento de invenção no curso de um contrato de trabalho***

Quando a invenção surge no curso de um contrato de trabalho, podem ocorrer três hipóteses:

- A patente pertence ao empregador, se a criação decorre de um contrato de trabalho cujo objeto seja a própria atividade inventiva. Exemplo: uma sociedade contrata um cientista para desenvolver um trabalho. Ao empregado cabe o recebimento do salário. Ao empregador, o direito à patente.
- A patente cabe ao empregado, se a criação for desenvolvida de forma desvinculada do contrato de trabalho e sem a utilização dos meios de produção do empregador.
- A patente cabe ao empregador e ao empregado, se a criação for desenvolvida com a contribuição pessoal do empregado que tenha se utilizado dos meios de produção do empregador.

A preferência quanto à exploração da patente é do empregador, cabendo ao empregado a justa remuneração. Caso o empregador não explore ou desenvolva a patente, perderá essa preferência em favor do empregado.

### ***f) Invenções não-patenteáveis***

O artigo 10 da Lei n. 9.276/96 relaciona as criações intelectuais que não são consideradas invenções ou modelos de utilidade, não podendo ser protegidas por patente. Exemplo: teses acadêmicas, obras literárias, projetos arquitetônicos – gozam de proteção como direito autoral, mas não como patente.

Não se podem patentear seres vivos naturais e materiais biológicos. Exceção: microorganismos que atendam aos requisitos de patenteabilidade (novidade, aplicação industrial e atividade inventiva), como, por exemplo, a criação de um microorganismo transgênico.

### ***g) Desenhos industriais***

#### **g.1. Conceito**

Desenhos industriais (*designs*) são formas novas (plano tridimensional) de um produto industrial ou de um conjunto de linhas e cores (plano dimensional) que têm por objetivo aprimorar a sua ornamentação, proporcionando a possibilidade de um visual novo; não visa melhorar a utilidade. Servem, ainda, para distingui-los de outros do mesmo gênero. Exemplo: novo formato de uma garrafa. São passíveis de proteção jurídica a partir do registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial. O registro industrial tem caráter de ato administrativo constitutivo, ou seja, o direito de utilização exclusiva do desenho ou da marca não nasce da anterioridade em sua utilização, mas sim da anterioridade do registro.

O desenho industrial diz respeito à forma dos objetos. A marca é o signo que identifica produtos e serviços.

## **g.2. Requisitos**

O desenho industrial deve atender aos seguintes requisitos:

- *Novidade*: não pode estar compreendido pelo estado da técnica (artigo 96 da Lei n. 9.279/96). O resultado visual deve ser inédito. É uma questão de técnica.
- *Originalidade*: configuração própria, não encontrada em outros objetos, ou combinação com originalidade de elementos já conhecidos (artigo 97 da Lei n. 9.279/96). A originalidade refere-se à estética.
- *Desimpedimento legal*: há situações em que a lei veda o registro de desenho industrial (artigo 100 da Lei n. 9.279/96).

## **g.3. Vigência**

O prazo de vigência do registro de desenho industrial é de 10 anos, contados da data do depósito, prorrogável por três períodos sucessivos de 5 anos cada. Decorridos 25 anos, passa a ser compreendido pelo estado da técnica, caindo em domínio público.

## ***h) Marca***

### **h.1. Conceito**

Corresponde a todo sinal ou expressão que designa produtos e serviços, estabelecendo entre consumidor e fornecedor uma identificação.

### **h.2. Espécies**

Há quatro espécies de marca, tendo as duas últimas sido introduzidas no sistema normativo pátrio pela Lei de Propriedade Industrial de 1996:

- Marca de produto (para a identificação do produto).
- Marca de serviço.
- Marca de certificação: atesta a conformidade de produtos ou serviços em relação a determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, à natureza, ao material utilizado e à metodologia

empregada, fixadas por organismo oficial ou particular. Exemplos: ISO 9000, selo de qualidade da Abrinq.

- Marca coletiva: utilizada para a identificação de produtos ou serviços oriundos de membros de uma determinada entidade ou associação. Exemplo: uma associação dos produtores de leite pode ter uma marca, uma cooperativa etc.

A proteção em favor da marca só ocorre com o registro perante o Instituto Nacional de Proteção Industrial.

### **h.3. Requisitos**

Para a marca ser registrada, devem ser atendidos três requisitos:

- *Novidade relativa*

A expressão ou símbolo que se quer utilizar não precisa ser absolutamente nova, mas nova deve ser a utilização que se dá a esses elementos. As marcas são protegidas dentro de determinados campos de atividade econômica (classes), excetuando-se as marcas de alto renome, que possuem proteção jurídica em todos os ramos de atividade econômica (exemplos: Coca-cola, Nescau, Marlboro, Goodyear etc.). Essas exceções são declaradas pelo próprio Instituto Nacional de Proteção Industrial.

Cumpra observar que alguns defendem que o registro de determinada marca na categoria de alto renome é ato discricionário do Instituto Nacional de Proteção Industrial, insuscetível de revisão pelo Poder Judiciário, senão quanto aos seus aspectos formais.

- *Não-colidência com marca notória*

Determina o artigo 126, *caput*, da Lei n. 9.279/96 que “a marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade nos termos do art. 6.º *bis* (I), da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil”. Assim, o Instituto Nacional de Proteção Industrial poderá indeferir de ofício pedido de registro de marca que reproduza ou imite, no todo ou em parte, marca notoriamente conhecida não pertencente ao solicitante.

Conforme preleciona Fábio Ulhoa Coelho, “O principal objetivo do segundo requisito da registrabilidade é a repressão à contrafação de marcas (a chamada *pirataria*). Essa prática ilícita consiste em requerer o registro de marcas ainda não exploradas pelos seus criadores no Brasil, mas já utilizadas noutros países.(...) Demonstrada a notoriedade da marca, o empresário poderá requerer ao INPI a

nulidade do registro anterior, bem como a concessão do direito industrial em seu nome”.<sup>6</sup>

Deve-se resguardar o direito daquele que investe na propaganda.

Conclui-se, por conseguinte, que a marca *notoriamente* conhecida possui proteção no Brasil dentro de um determinado ramo de atividade econômica, independentemente de registro, desde que assim registrada em outro país signatário da Convenção de Paris.

- *Não impedimento*

O artigo 124 da Lei n. 9.279/96 enumera as expressões e os símbolos que não podem ser registrados como marcas (exemplo: Brasão das Forças Armadas, sinais de programas, número isolado).

O prazo de vigência do registro de uma marca é de 10 anos, prorrogável por igual período, infinitamente (não passa a ser compreendida pelo estado da técnica). Caso a sua utilização não se inicie no prazo de 5 anos, a partir da concessão, ou haja suspensão da utilização pelo mesmo período (5 anos), ocorrerá a caducidade.

Caduca uma patente se, decorridos 2 anos a contar da licença compulsória, esse prazo se mostrar insuficiente para prevenir ou sanar o abuso ou o desuso, salvo motivos justificáveis (artigo 80 da Lei n. 9.279/96).

A Lei n. 9.279/96 traz, ainda, proteção a dois outros bens incorpóreos: sinais ou expressões de propaganda e títulos de estabelecimentos.

- *Sinais ou expressões*: são legendas, anúncios, gravuras etc. que objetivam atrair a atenção do consumidor para determinados produtos ou serviços (visam recomendar determinados produtos ou serviços). Exemplo: *slogans*.

A proteção jurídica dos sinais ou expressões, assim como dos títulos de estabelecimento, não se dá por registro ou patente, mas sim por meio da tipificação de sua utilização indevida como crime (artigo 191 da Lei n. 9.279/96). Segundo a doutrina, a proteção deveria ser feita por meio de registro.

- *Títulos de estabelecimentos*: são expressões ou qualquer outra designação do estabelecimento empresarial. Exemplo: Casas Pernambucanas (local em que se exerce atividade econômica).

*Nome empresarial*: identifica o sujeito de direito (o comerciante, pessoa física ou jurídica). Exemplo: Silva e Pereira.

*Marca*: identifica o produto ou o serviço do comerciante. Exemplo: Marca X.

---

<sup>6</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. p. 161

As expressões que compõem o nome empresarial podem ser as mesmas da marca e do estabelecimento.

O Brasil é unionista, signatário de Convenção Internacional sobre a Propriedade Industrial. Assim, não é admissível a criação de distinção entre nacionais e estrangeiros em matéria de Direito Industrial. O Brasil reconhece o princípio da prioridade, pelo qual é possível a qualquer cidadão de país signatário da União reivindicar prioridade de privilégio ou o registro industrial no Brasil, à vista de igual concessão obtida anteriormente em seu país de origem, desde que no prazo.

## **Introdução ao Estudo das Sociedades Empresárias**

### **1. CONSIDERAÇÕES GERAIS**

O comércio surgiu antes de sua sistematização normativa, ou seja, surgiu antes da criação do Direito Comercial pela burguesia, ainda na Idade Média. Como forma de dinamizar as relações comerciais, notadamente as relações de maior vulto, em que se aplicam recursos de vários comerciantes, e não apenas de um, surgiu não só a necessidade de negociação e prática coletiva de atos de comércio, mas também a de sua proteção, uma vez que como princípio geral do direito surge a “segurança das relações jurídicas”.

Assim, com a criação das pessoas jurídicas foi possível a prática de atos de comércio, de responsabilidade delas, dinamizando efetivamente as relações comerciais, e em sua sistematização foi emprestado, em parte, o conceito e regulamentação das pessoas jurídicas criadas e reguladas pelo ordenamento civil, também formador do direito privado.

Entre as teorias utilizadas para embasamento do instituto das pessoas jurídicas, destacam-se dois grupos: as teorias da realidade e as teorias da ficção. Pelas teorias da ficção as pessoas jurídicas seriam entes fictícios, criados apenas para viabilizar determinadas atividades. Tais teorias não são adotadas, pois, se considerarmos que as pessoas jurídicas são entes fictícios, o direito, que emana de pessoas jurídicas de direito público, também seria, não possuindo, por conseguinte, coercibilidade.

As teorias da realidade, de modo diverso, consideram as pessoas jurídicas como entes reais, criados para a prática de atos emanados de manifestação de vontade da pessoa jurídica. Dentre o grupo das teorias da realidade, prevalece a teoria da

realidade técnica, que determina ser a pessoa jurídica uma criação real que viabiliza atos praticados de acordo com a manifestação complexa da pessoa jurídica, que possui personalidade diversa da pessoa dos sócios (anteriormente prevista no artigo 20 do Código Civil, que pode ser extraída atualmente, de maneira interpretativa, do que determina o artigo 47 da Lei 10.406, de 10. 1.02)

Assim, conclui-se que as sociedades empresárias são formadas de dois institutos jurídicos, a saber: definição de pessoa jurídica e conceito de atividade empresarial. Com efeito, diferem elas das sociedades não empresárias notadamente em razão da sua atividade, conforme oportunamente se verá.

### **1.1. Conceito de Sociedade Empresária**

A sociedade empresária, nos termos do Código Civil, é aquela que desenvolve economicamente uma atividade organizada, seja ela qual for, com o fim de circulação de mercadorias ou prestação de serviços.

Frise-se que, desenvolvendo atividade empresarial, a sociedade recebe a denominação de *sociedade empresarial*. Em contrapartida, caso não desenvolva tais atividades, receberá a denominação de *sociedade simples*.

Assim, o critério que difere as sociedades empresariais das simples é o modo como exploram seu objeto social, isto é, o modo como desenvolvem suas atividades: caso explore seu objeto organizando profissionalmente os fatores de produção, estaremos diante de uma sociedade empresária. Caso a exploração não se dê dessa forma, ou seja, não haja profissionalismo na organização dos fatores de produção, estaremos diante de uma sociedade simples.

Cumpra salientar, ainda, que certas sociedades serão sempre empresariais, não importando o tipo de atividade que exerçam, como é o caso das Sociedades por Ações, segundo o previsto pelo Código Civil, artigo 982, parágrafo único. Por outro lado, prevê também o Código Civil que as cooperativas serão sempre sociedades simples, não importando a atividade que desenvolvam. As primeiras são as *sociedades empresárias por determinação legal*, enquanto as últimas são as *sociedades simples por determinação legal*.

Conforme já aludido, e ante a adoção da teoria da realidade técnica, por ser a sociedade empresarial uma pessoa jurídica, incide sobre ela o quanto determina o artigo 47 do Código Civil, que traz em seu bojo a regra de que a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas dos sócios que a compõem. Assim, como decorrência da sociedade empresarial possuir personalidade jurídica, destacam-se três efeitos principais, a seguir explicitados:

- *Titularidade e capacidade negocial*: determina ser a sociedade, em nome próprio, quem desenvolve a atividade econômica, assumindo obrigações e adquirindo direitos na ordem civil e empresarial, e não os sócios que a compõem.



- *Titularidade e capacidade processual*: por meio desse efeito, é conferida à sociedade empresarial legitimidade para estar em juízo em relação aos assuntos de seu interesse, seja no pólo ativo ou no pólo passivo; não autorizada, ao menos em regra, a presença em juízo dos sócios que a compõem para a defesa de seus interesses.
- *Responsabilidade patrimonial*: a sociedade responde com seu próprio patrimônio pelas obrigações que assumir, patrimônio esse que não se confunde com o patrimônio dos sócios que a compõem. Nesse passo, surge divergência doutrinária, hoje dirimida, a respeito da forma como deve responder a sociedade irregular ou de fato, bem como seus sócios. Prevalece o entendimento de que, mesmo irregular, a sociedade possui patrimônio, finalidades e vontade diversa da vontade dos seus integrantes e, por isso, deve responder em um primeiro momento com o seu patrimônio; e apenas subsidiária, mas ilimitadamente, responderão os sócios pelas obrigações contraídas pela sociedade irregular ou de fato, quando já esgotada a força patrimonial destas.

## **1.2. Formação das Sociedades Empresárias**

A doutrina aponta como requisitos para a formação das sociedades dois elementos de suma importância, quais sejam: pluralidade de sócios e “*affectio societatis*”.

Pelo instituto da “*affectio societatis*” entende-se a necessidade de os sócios manifestarem de modo concreto a intenção de constituir sociedade comercial. A pluralidade de sócios é elemento fundamental de toda sociedade, notadamente no campo empresarial, exceto em sede de sociedades anônimas, que permitem dois modos de sociedade unipessoal, conforme oportunamente se verá.

## **2. INÍCIO DA PERSONALIZAÇÃO DAS SOCIEDADES**

A sociedade empresarial adquire personalidade jurídica com o arquivamento de seus atos constitutivos no registro competente, a teor do que dispõe o artigo 985 do Código Civil. Logo, conclui-se que a sociedade regular tem personalidade jurídica, e a sociedade irregular não, embora lhe confira a lei capacidade processual ativa e passiva.

Entretanto, conforme já aludido, embora uma sociedade irregular tenha titularidade processual, ou seja, poderá figurar no pólo ativo ou no pólo passivo de ações judiciais, ela não poderá figurar no pólo ativo de um pedido de falência, nem poderá pedir sua concordata, exceto quando o seu passivo quirografário for inferior a cem salários mínimos. Tal disposição encontra-se expressa na Lei de Falências.

Existe uma posição doutrinária que entende adquirir a sociedade empresarial personalidade jurídica antes de regularizar seus atos no órgão de registro. Essa posição, no entanto, é minoritária, visto que seria difícil a separação patrimonial entre a sociedade e os sócios, se não houvesse registro.

### **3. EXTINÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

A sociedade empresarial deixa de ter personalidade jurídica quando atravessa um processo denominado “dissolução”, que poderá, nos termos do Código Civil, ser total ou parcial. Ambas as modalidades de dissolução poderão decorrer da vontade das partes (dissolução consensual) ou de determinação judicial (dissolução judicial).

As causas da dissolução total encontram-se arroladas nos artigos 1.033 a 1.035 do Código Civil, enquanto as causas de dissolução parcial, também denominada resolução, são previstas nos artigos 1.028 e 1.029 do mesmo diploma legal.

O processo de dissolução, como um todo, é formado por três etapas, a saber:

- *dissolução (em sentido estrito)*: é o ato formal que desconstitui a sociedade. Poderá, conforme dito, ser judicial ou extrajudicial, a depender da natureza do ato dissolutório;
- *liquidação*: compreende a realização do ativo e o pagamento do passivo, ou seja, durante a fase de liquidação os bens da sociedade são alienados e, com o produto dessa alienação, os credores são pagos;
- *partilha*: corresponde ao momento em que os sócios participam do acervo social, ou seja, vendidos todos os bens e pagos todos os credores, os bens que restarem serão partilhados entre os sócios.

Durante esse processo, a sociedade comercial ainda terá personalidade jurídica, tendo em vista possuir negócios pendentes a serem terminados.

No processo de liquidação, a sociedade comercial deverá agregar ao seu nome comercial a expressão “em liquidação” e, além disso, deverá ser nomeado um liquidante, que será responsável pela liquidação da sociedade, conforme consta no artigo 1.036 do Código Civil, o qual determina, em sua parte final, que a sociedade comercial em liquidação deverá cumprir todos os negócios pendentes, não podendo fazer novos contratos, sob pena de responderem os sócios de maneira solidária e ilimitada, visto que, se fosse permitida a continuação dos negócios usuais a empresa estaria em plena atividade.

## **4. A NOMENCLATURA DAS SOCIEDADES EMPRESARIAIS**

É cediço que não só a responsabilidade dos sócios, mas também a nomenclatura desta se modifica de acordo com o tipo societário utilizado na constituição das sociedades mercantis.

Assim, as sociedades podem se utilizar dos nomes firma (ou razão social) e denominação.

Firma é a utilização do nome de um ou alguns dos sócios componentes da pessoa jurídica, seguida, em determinados casos, da expressão companhia, por extenso ou abreviada, conforme se estudará pormenorizadamente, ao ser analisado cada tipo societário. Nesse passo, cumpre registrar interessante lição de Maximilianus Claudio Américo Führer que determina originar-se a expressão “companhia” da Idade Média, quando as sociedades eram compostas de familiares que sentavam à mesma mesa e comiam do mesmo pão, originando a expressão “et cum pagnis”, fazendo ainda alusão à assinatura que os membros utilizavam, coletiva, induzindo a responsabilidade de todos.

Denominação é o nome empresarial utilizado para caracterização da pessoa jurídica, em que se permite a utilização de “elementos fantasia”, diversos dos nomes dos sócios.

### **Classificação das Sociedades Empresárias**

#### **1. INTRODUÇÃO**

Em nosso ordenamento jurídico, nem todas as sociedades são reguladas pelo novo Código Civil, que apesar de listar todas elas, não regula as sociedades anônimas, que é regida pela Lei n. 6.404/76.

Lembre-se que, em razão da promulgação do novo Código Civil (Lei n. 10.406/02), o Código Comercial foi derogado no tocante à matéria societária. Cabe ao novo diploma civil a competência para reger tal matéria, que, já no artigo 981, trouxe o conceito de sociedade.

Segundo tal dispositivo, “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

#### **2. CLASSIFICAÇÃO**

As sociedades são classificadas segundo vários critérios, a seguir dispostos, para melhor compreensão do tema.

## 2.1. Quanto ao Objeto

Com base nesse critério, as sociedades são classificadas em empresárias e simples.

- *Sociedades empresárias*: a teor do que dispõe o artigo 982 do Código Civil, empresária é a sociedade que tem por escopo o exercício da atividade própria do empresário, ou seja, atividade econômica organizada para a produção de bens ou serviços. Saliente-se que toda Sociedade Anônima, independentemente do objeto, é sociedade empresária.

Ainda, segundo dispõe o artigo 983, deverão se constituir segundo os tipos regulados pelos artigos 1.039 a 1.092, do mesmo diploma legal, devendo ser registradas nas Juntas Comerciais.

- *Sociedades simples*: no mesmo artigo 982, verifica-se que simples são as sociedades não definidas como empresárias, constituindo-se nos termos do artigo 983.

## 2.2. Quanto à Tipologia

Com relação ao critério da tipologia (forma pela qual as sociedades escolhem seu modo de operar as regras de sua responsabilidade e sua nomenclatura), as sociedades classificam-se em:

- sociedade em nome coletivo (N/C) – disposta nos artigos 1.039 ao 1.044 do diploma civil;
- sociedade em comandita simples (C/S) – artigos 1.045 ao 1.051;
- sociedade em conta de participação (C/P) – prevista nos artigos 991 a 996 do diploma civil;
- sociedade limitada (LTDA) – artigos 1.052 ao 1.087;
- sociedade anônima (S/A) – artigos 1.088 e 1.089;
- sociedade em comandita por ações (C/A) – previstos nos artigos 1.090 ao 1.092;
- sociedade simples – previstas nos artigos 997 ao 1.038 do Código Civil;
- sociedade em comum (que se divide em sociedade de fato e sociedade irregular) – previstas nos artigos 986 ao 990;

- sociedade cooperativa – prevista nos artigos 1.093 a 1.096 do diploma civil.

Os tipos societários acima descritos, quando empresariais, serão oportunamente detalhados no estudo em separado.

Saliente-se que a sociedade de capital e indústria (C/I) foi abolida pelo novo Código Civil. Entretanto, continua admitida para sociedade simples, conforme artigos 1.006 e 1.007 do diploma civil.

## **2.3. Quanto à Lei Disciplinadora**

Considerando-se a lei disciplinadora, as sociedades empresárias são as previstas no novo Código Civil e na Lei n. 6.404/76, com as alterações processadas pela Lei n. 10.303/01, citadas a seguir.

### ***2.3.1. Previstas no novo Código Civil***

O diploma civil pátrio prevê e regula em seu texto as seguintes sociedades empresárias:

- sociedade em comum – artigos 986 ao 990;
- sociedade em conta de participação – artigos 991 ao 996;
- sociedade em nome coletivo – artigos 1.039 ao 1.044;
- sociedade em comandita simples – artigos 1.045 ao 1.051;
- sociedade limitada – artigos 1.052 ao 1.087;
- sociedade anônima – artigos 1.088 e 1.089;
- sociedade em comandita por ações – artigos 1.090 ao 1.092.

### ***2.2.3. Previstas na Lei n. 6.404/76 (LSA)***

A Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 6.404/76), por sua vez, prevê duas sociedades comerciais:

- sociedade anônima;
- sociedade em comandita por ações.

Saliente-se que, atualmente, as sociedades em comandita por ações são reguladas conjuntamente pelo novo Código Civil.

## **2.3. Quanto à Forma de Constituição**

Quanto à forma de constituição as sociedades empresárias dividem-se em sociedades regulares e não-regulares, ou, como denominado pelo novo Código Civil, em sociedades personificadas e não personificadas.

### **2.3.1. Regulares ou personificadas**

Sociedades regulares são as que apresentam contrato escrito e registrado na Junta Comercial. Encontram-se previstas a partir do artigo 997 do Código Civil.

### **2.3.2. Não-regulares ou não personificadas**

São sociedades não-regulares aquelas que não possuem contrato escrito, ou registrado na Junta Comercial; encontram-se previstas nos artigos 986 ao 996 do novo Código Civil. A doutrina classifica as sociedades não-regulares em três espécies:

- *sociedades irregulares*: possuem contratos escritos; todavia, não registrados na Junta Comercial competente para registro de seus atos constitutivos;
- *sociedades de fato*: possuem apenas contrato verbal, ou mesmo formal, todavia, sem os requisitos mínimos para que seja considerado como ato constitutivo de sociedade;
- *tácitas*: não resultam de contrato escrito ou ajuste verbal.

Essa classificação é apenas didática, pois as três espécies estão sujeitas ao mesmo regime jurídico, com todas as limitações e prerrogativas que se impõem às sociedades não-regulares.

O novo Código Civil prevê dois tipos de sociedades não personificadas; a sociedade em comum (artigos 986 ao 990) e a sociedade em conta de participação (artigos 991 ao 996).

Dentre as limitações decorrentes da irregularidade das sociedades, ressaltamos que as sociedades não-regulares não têm legitimidade para o pedido de falência e concordata dos seus devedores comerciantes; seus livros comerciais não têm eficácia probatória (salvo contra estas mesmas), bem como todos os seus sócios responderão subsidiária, mas ilimitadamente, pelas dívidas contraídas em nome da sociedade, ainda que o contrato social disponha o contrário.

Interessante questão surge das limitações decorrentes da irregularidade das sociedades. Assim, *pergunta-se*: as sociedades irregulares, de fato ou tácitas, possuem personalidade jurídica?

Com efeito, de acordo com o artigo 985 do Código Civil, as sociedades não possuem personalidade jurídica enquanto não forem registradas. O artigo 8.º, inciso III, da Lei de Falências, entretanto, confere capacidade processual às sociedades não-irregulares para que possam ser sujeitos passivos de procedimentos à referida lei submetidos.

## **2.4. Quanto ao Regime de Constituição e Dissolução da Sociedade**

As sociedades empresárias, quanto aos regimes de constituição e dissolução, classificam-se em sociedades contratuais e sociedades institucionais.

### ***2.4.1. Sociedades contratuais***

Sociedades contratuais são aquelas constituídas a partir de um contrato social, podendo ser dissolvidas nas hipóteses previstas em lei. Os artigos 1.033, 1.044 e 1.087 do novo Código Civil enumeram as hipóteses de dissolução total, que devem existir sempre que não for possível a dissolução parcial, solução priorizada em razão do princípio da preservação da empresa. Registre-se que, se ocorrer substituição dos sócios integrantes da pessoa jurídica, será necessária a alteração do contrato, atualizando o rol de integrantes desta.

Nas sociedades contratuais, os sócios possuem maior grau de liberdade para mudar o conteúdo do contrato social, preenchidos os requisitos legais previstos para cada hipótese (a exemplo do quórum para modificação do objeto social da empresa), diferentemente do que ocorre nas sociedades institucionais, nas quais o sócio se agrega, não podendo, em regra, alterar o estatuto.

Dentro da tipologia das sociedades, caracterizam-se como contratuais as seguintes:

- sociedade em nome coletivo;
- sociedade em comandita simples;
- sociedade limitada.

Aqui, cabe novamente destacar: nas sociedades contratuais, o capital social é dividido em quotas e o titular de cada quota denomina-se sócio.

### ***2.4.2. Sociedades institucionais***

Sociedades institucionais são aquelas constituídas a partir de um estatuto social, podendo ser dissolvidas por deliberação majoritária dos acionistas (assim denominados os integrantes de tais sociedades). A substituição dos acionistas é feita por agregação, operacionalizada por meio da alienação das partes societárias, denominadas ações, não sendo necessário que participem do ato de constituição.

Apresentam-se, na tipologia das sociedades, como institucionais:

- sociedade anônima;
- sociedade em comandita por ações.

Cumprе ressaltar: nas sociedades institucionais, o capital social é dividido em ações e o titular de cada ação denomina-se acionista.

### ***2.4.3. Da sociedade em comum e da sociedade em conta de participação***

Referidas sociedades não se enquadram nessa classificação, pois não possuem personalidade jurídica, inclusive são consideradas pela doutrina como sociedades secretas.

Cumprе salientar que os sócios participantes da sociedade em conta de participação são divididos em duas categorias:

- *Sócio ostensivo*: aquele que mantém relação jurídica direta com terceiros, em nome próprio, assumindo obrigações e adquirindo direitos. Deve obrigatoriamente ser empresário e é o responsável por todas as obrigações dos sócios.
- *Sócio participante (oculto)*: apenas mantém relação jurídica com o sócio ostensivo, participando da sociedade geralmente com a disponibilização de capital e por vezes tomando decisões junto ao sócio ostensivo, mas sem vínculo direto com aqueles que negociam com a sociedade.

Geralmente, a figura da sociedade em conta de participação ocorre na área da construção civil. A construtora (sociedade empresarial) procura o dono de um terreno (sócio oculto) para lhe propor a construção de um prédio.

A teor do que dispõe o artigo 991 e parágrafo único, nas sociedades em conta de participação, a atividade é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual, obrigando-se este perante terceiros exclusivamente; já os sócios participantes (anteriormente denominados “ocultos”) obrigam-se perante o sócio ostensivo.

Segundo o artigo 992, a constituição da sociedade independe de qualquer formalidade, podendo ser provada por todos os meios de direito. Por outro lado, o



contrato social produz efeitos tão somente entre os sócios, e o seu eventual registro não confere personalidade jurídica à sociedade (artigo 993 do Código Civil). Ainda, o sócio participante não tem poderes de gerência, sob pena de se tornar solidariamente com ele responsável pelas obrigações em que intervier (parágrafo único do artigo 993).

Saliente-se que as participações dos sócios representam patrimônio especial, que produz efeitos somente em relação aos mesmos. Outrossim, falido o sócio ostensivo, haverá a dissolução da sociedade, sendo conferida ao crédito natureza quirografária. O artigo 994 finaliza determinando que a falência do sócio participante acarretará ao contrato social a sujeição às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido.

A admissão de novos sócios pelo sócio ostensivo sem o consentimento expresso dos demais sócios é vedada, salvo estipulação expressa em sentido diverso no contrato social.

O artigo 996 determina que as Sociedades em Conta de Participação são reguladas subsidiariamente pelas disposições da sociedade simples e sua liquidação rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual.

Finalmente, cumpre frisar que, nesta modalidade de sociedade, a lei exige uma condição especial: deve o sócio ostensivo manter uma escrituração separada dos negócios da sociedade. A justificativa para necessidade de separação na escrituração decorre de poder a sociedade ser constituída por qualquer forma (escrita, verbal), e seus atos constitutivos não poderem ser arquivados na Junta Comercial (pois, se o fizesse, teria a sociedade personalidade jurídica).

## **2.5. Quanto às Condições para a Alienação da Participação Societária**

Com relação às condições para a alienação da participação societária, as sociedades comerciais subdividem-se em duas modalidades de classificação, quais sejam, sociedades de pessoas e sociedades de capital.

### **2.5.1. Sociedades de pessoas**

Nas sociedades de pessoas, as características pessoais dos sócios têm relevância para a sua constituição, desenvolvimento e sucesso. Assim, as sociedades de pessoas são as constituídas em função da qualidade pessoal dos sócios. Nelas não se admite a alienação da participação societária por um sócio sem anuência dos demais. Nas sociedades de pessoas, os sócios têm direito de vetar o ingresso de estranho no quadro associativo.

São sociedades de pessoas:

- sociedade em nome coletivo;

- sociedade em comandita simples.

### **2.5.2. Sociedades de capital**

Nas sociedades de capital, relevante é a contribuição material dos sócios em favor da sociedade. Esse tipo de sociedade é constituído visando, principalmente, o capital social, ou seja, a pessoa do sócio é irrelevante. Nesta espécie, a participação societária é livremente transferível a terceiros.

São sociedades de capital:

- sociedade em comandita por ações;
- sociedade anônima.

### **2.5.3. Observações**

Na verdade, não há sociedade composta somente por pessoas ou somente por capital, pois em qualquer sociedade estão presentes esses dois elementos. O que faz uma sociedade ser de pessoas ou de capital é a necessidade, nas sociedades de pessoas, de anuência para a transferência da participação societária e de atos de administração.

Outra consequência importante dessa distinção é o fato de que as quotas sociais relativas a uma sociedade de pessoas são impenhoráveis por dívidas particulares do seu titular, pois a penhorabilidade seria incompatível com o direito de veto previsto no dispositivo supracitado para alienação de participações societárias, uma vez que a consequência lógica de qualquer penhora é a posterior alienação das referidas quotas.

A última consequência dessa distinção diz respeito à morte do sócio. Em uma sociedade de pessoas, ocorrerá dissolução parcial se um dos sobreviventes não concordar com o ingresso do sucessor do sócio morto no quadro social. Na sociedade de capital, os sócios não podem opor-se a tal ingresso e, assim, não ocorre dissolução.

Por fim, cumpre mencionar que as sociedades contratuais, em regra, são sociedades de pessoas, ao passo que as sociedades institucionais, em regra, são sociedades de capital.

### **2.5.4. As particularidades da sociedade por quotas de responsabilidade limitada**

A sociedade limitada é modalidade de sociedade empresarial, de natureza híbrida, em que os sócios formam o capital da pessoa jurídica por meio de subscrição e integralização de sua respectiva quota, em dinheiro ou bens, e estipulam, sempre

com base em votos apurados de acordo com a participação social, a gerência e administração da sociedade.

A sociedade limitada poderá, conforme o conteúdo de seu ato constitutivo, reger-se como sociedade de capital ou de pessoas, a depender das denominadas *cláusulas-chave* previstas no respectivo contrato social. As cláusulas-chave, quando expressamente inseridas, destinam-se a vedar ou permitir a alienação livre das partes societárias, a substituição sem oposições do sócio falecido pelos seus sucessores e a penhorabilidade ou não das quotas dos sócios, por dívidas particulares destes. Por isso, parte da doutrina a considera como uma sociedade híbrida ou mista. Nesse sentido, expressivo o artigo 1.057 do novo Código Civil.

## **2.6. Quanto à Responsabilidade dos Sócios ou Acionistas pelas Obrigações da Sociedade**

Os bens particulares dos sócios só podem ser executados por dívidas da sociedade depois de executados todos os bens sociais, pois a sociedade tem personalidade jurídica, ou seja, possui patrimônio, capacidade negocial e processual próprios, diversos do patrimônio e capacidade individuais dos sócios. Pelas dívidas da sociedade inicialmente responderá o patrimônio social e, de maneira subsidiária, o patrimônio individual do comerciante.

O artigo 596 do Código de Processo Civil também prevê a possibilidade de os bens particulares dos sócios responderem subsidiariamente pelas dívidas da sociedade, corroborando assim como o ensinamento da diferença de personalidades entre a pessoa jurídica e seus integrantes.

Note-se que essa regra também vale para a sociedade não-regular, ou seja, o sócio sempre responderá subsidiariamente pelas dívidas por ela contraídas, pois, mesmo não-regular, a sociedade possui patrimônio próprio, sendo este responsabilizado em primeiro lugar, em que pese às divergências doutrinárias ainda existentes.

A sociedade empresarial, segundo o critério de responsabilidade subsidiária dos sócios, pode ser ilimitada, mista ou limitada.

### **2.6.1. Sociedade ilimitada**

Na sociedade ilimitada, todos os sócios respondem com seu patrimônio pessoal, de forma ilimitada, pelas obrigações da sociedade, depois de esgotadas as forças desta. Citamos como exemplo a sociedade em nome coletivo.

A sociedade em nome coletivo é disciplinada pelo novo Código Civil (artigos 1.039 ao 1.044), e adota o nome empresarial *firma*, o qual é composto pelos nomes civis dos sócios, ou de um deles seguido da expressão “e Cia”. São suas características:

- somente pessoas físicas podem ser sócias;
- todos os sócios têm responsabilidade solidária e ilimitada, podendo, entre si, limitar a responsabilidade de cada um (essa é a grande novidade);
- aplicação subsidiária da regulamentação das sociedades simples;
- o contrato social deve prever todas as matérias do artigo 997, além da firma social;
- a administração compete exclusivamente aos sócios;
- não pode o credor particular do sócio, antes de dissolver-se a sociedade, pretender a liquidação da quota do devedor, podendo fazê-la, entretanto, se ela prorrogar-se tacitamente ou for acolhida judicialmente a oposição do credor;
- dissolve-se de pleno direito por qualquer das causas do artigo 1.033 e, se empresária, também pela falência.

### 2.6.2. Sociedade mista

Na sociedade mista, uma parte dos sócios responde de forma ilimitada pelas obrigações da sociedade e outra parte responde de forma limitada ou sequer responde pelas obrigações contraídas pela sociedade. Pertencem a esta espécie as seguintes sociedades:

#### a) Sociedade em comandita simples

A sociedade em comandita simples é disciplinada pelo novo Código Civil. De acordo com as lições da doutrina, tem origem na expansão da navegação comercial, quando pessoas empregavam capital de outrem em seus projetos de navegação (comenda marítima). É constituída por duas categorias de sócios:

- *sócio comanditado*: responde ilimitadamente com seu patrimônio pelas obrigações da sociedade;
- *sócio comanditário*: responde com seu patrimônio de forma limitada pelas obrigações da sociedade.

Adota o nome comercial *firma*, e apenas o sócio comanditado é quem pode emprestar o nome civil para a sua formação. São características desta sociedade:

- sociedade de organização mista, com dois tipos de sócios;

- sócios comanditados , pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (primeira parte do artigo 1.045 do Código Civil);
- sócios comanditários, obrigados somente pelo valor da sua cota e, não obstante poderem deliberar nos assuntos da sociedade e de fiscalizar as operações, não podem praticar qualquer ato de gestão, nem ter o nome na firma social, sob pena de ficarem sujeitos às responsabilidades de sócio comanditário (segunda parte do artigo 1.045 do Código Civil);
- o sócio comanditário não pode praticar atos de gestão, entretanto, pode ser constituído procurador da sociedade para negócio determinado e com poderes especiais, conforme consta do artigo 1.047 do Código Civil;
- a modificação do contrato social que disser respeito à diminuição da quota do comanditário, em consequência de ter sido reduzido o capital social, somente produz efeitos perante terceiros depois de averbada, sempre sem prejuízo dos credores preexistentes;
- no que forem compatíveis, aplicam-se as normas da sociedade em nome coletivo;
- não é o sócio comanditário obrigado à reposição de lucros recebidos de boa-fé de acordo com o balanço, mas, diminuído o capital por perdas supervenientes, não pode o comanditário receber quaisquer lucros, antes de reintegrado o capital social;
- a sociedade se dissolve por todos os casos do artigo 1.044 ou quando por mais de 180 dias perdurar a falta de uma das categorias de sócio;
- no caso de morte de sócio comanditário, a sociedade, salvo disposição em contrário, continuará com os seus sucessores, que designarão quem os represente;
- na falta de sócio comanditado, os comanditários nomearão administrador provisório para a prática, por no máximo 180 dias, e sem assumir a condição de sócio, dos atos de administração.

### ***b) Sociedade em comandita por ações***

A sociedade em comandita por ações está prevista na Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 6.404/76), bem como nos artigos 1.090 ao 1.092 do novo Código Civil.

Os acionistas comuns respondem de forma limitada pelas obrigações sociais, ao passo que os administradores (gerentes ou diretores) respondem de forma ilimitada.

Pode adotar como nome comercial tanto a *firma* (razão social) quanto a denominação.

### ***2.6.3. Sociedade limitada***

Na sociedade limitada, todos os sócios respondem com seu patrimônio pelas obrigações da sociedade de forma limitada. Pertencem a esta categoria a sociedade limitada propriamente dita e a sociedade anônima.

## **2.7. Regras de Limitação de Responsabilidade do Sócio ou Acionista**

### ***2.7.1. Noções gerais***

As regras que determinam o limite de responsabilidade variam de um tipo societário para outro. Essas regras servem para incentivar o particular a investir em atividade econômica. Antigamente, os sócios respondiam de modo ilimitado. Com o passar do tempo, percebeu-se que a empresa é uma fonte de riqueza para o Estado, pois esta gera empregos, paga tributos etc. Os particulares precisam de segurança para investir na atividade econômica e sua conseqüente produção de riquezas. Desta forma, surgiram regras de limitação de responsabilidade dos sócios.

### ***2.7.2. Subscrição de capital***

A subscrição de capital é o ato por meio do qual o sócio se compromete a contribuir para o capital da sociedade, em valor que ele estipula.

### ***2.7.3. Integralização de capital***

A integralização de capital é o ato por meio do qual o sócio efetivamente contribui para a sociedade, ou seja, na medida em que for pagando o valor a que se comprometeu, diz-se que o sócio está integralizando a sua participação societária.

### ***2.7.4. Das Regras***

#### ***a) Aplicáveis às sociedades contratuais***

A responsabilidade dos sócios da sociedade limitada e dos sócios comanditários, pelas obrigações da sociedade, limita-se ao valor do total do capital social subscrito e não-integralizado. Desse modo, os sócios respondem solidariamente pelo total do capital subscrito e que falta integralizar. Exemplo: dois sócios (“A” e “B”) subscrevem R\$ 1.000,00 cada um, resultando um total subscrito de R\$ 2.000,00. “A” integraliza R\$ 1.000,00 e “B” integraliza R\$ 500,00. “A” e “B”

respondem solidariamente pelo total que falta integralizar, ou seja, pelo valor de R\$ 500,00. Se “A” pagar, poderá, posteriormente, em regresso, ressarcir-se de “B”.

### ***b) Aplicáveis às sociedades institucionais***

Os acionistas de sociedade anônima e de sociedade em comandita por ações (com responsabilidade limitada) respondem com seu patrimônio pessoal pelas obrigações da sociedade até o limite do valor das ações *individualmente* subscritas e não-integralizadas. Não há responsabilidade solidária entre os acionistas, ou seja, cada acionista responde individualmente pelo que deixou de integralizar.

*Para fins de entendimento, podemos considerar que, em termos genéricos, as obrigações podem ser simples (um só credor e um só devedor) ou complexas (pluralidade de credores ou devedores). Nas complexas com devedores múltiplos, ou cada um deles responderá por uma quota ou todos responderão solidariamente pela dívida total. Aplicando essa noção geral das obrigações, pode-se afirmar que as sociedades podem ser: solidárias ou não-solidárias, conforme sejam ou não os sócios responsáveis pelo total do capital subscrito e não-integralizado.*

## ***Sociedades do Novo Código Civil***

### **1. INTRODUÇÃO**

#### **2. As sociedades previstas no novo Código Civil são: sociedade em comum;**

- sociedade em conta de participação;
- sociedade simples;
- sociedade em nome coletivo (N/C);
- sociedade em comandita simples (C/S);
- sociedade limitada (Ltda);
- sociedade anônima (S/A);
- sociedade em comandita por ações;
- sociedade cooperativa.

Das sociedades mencionadas acima, podem ser empresárias as sociedades em comum, em conta de participação, em nome coletivo, em comandita simples, limitada, anônima e em comandita por ações.

Além disso, as sociedades em comum e em conta de participação não são sociedades personificadas.

As *sociedades em comum*, previstas nos artigos 986 a 990 e, subsidiariamente, pelas disposições acerca da sociedade simples, caracterizam-se por atuarem empresarialmente sem terem os atos constitutivos sido registrados no Registro Público das Empresas Mercantis.

Nessa modalidade societária, os sócios dependem de prova escrita para comprovação da existência da empresa, regra que não se entende aos terceiros, que podem prová-la por qualquer modo.

No tocante aos bens sociais, estes respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, salvo pacto expresso limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra o terceiro que o conheça ou deva conhecer. Respondem solidária e ilimitadamente todos os sócios pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no artigo 1.024, aquele que contratou pela sociedade, ou seja, nesse caso, não há a regra da subsidiariedade.

As *sociedades em conta de participação*, arroladas nos artigos 991 a 996 e reguladas subsidiariamente pelas disposições da sociedade simples, têm sua atividade exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual, o qual obriga-se perante terceiros, exclusivamente. Já os sócios ocultos (ou participantes, como são chamados no novo diploma civil) obrigam-se perante o sócio ostensivo.

Com relação à constituição da sociedade, esta independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios admitidos em direito. O contrato social produz efeitos tão somente entre os sócios, e o seu eventual registro não confere personalidade jurídica à sociedade.

O sócio participante não tem poderes de gerência, sob pena de se tornar solidariamente responsável com o sócio ostensivo pelas obrigações em que intervier.

No tocante às participações dos sócios, estas representam patrimônio especial, produzindo efeitos somente em relação a estes.

Causa a dissolução da sociedade a falência do sócio ostensivo. Nesse caso, havendo crédito com natureza quirografária; falindo o sócio participante, o contrato social fica sujeito às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido.

Salvo estipulação em contrário, é vedado ao sócio ostensivo a admissão de novos sócios sem o consentimento expresso dos demais.

Com relação à sua liquidação, deverão ser observadas as normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual.

Quanto às *sociedade em nome coletivo*, reguladas pelos artigos 1.039 a 1.044 e, subsidiariamente, pelas disposições relativas à sociedade simples, podem ser formadas somente por pessoas físicas com responsabilidade solidária e ilimitada, podendo os sócios, entre si, limitar a responsabilidade de cada um. O contrato social



destas sociedades deverá prever todas as matérias enumeradas no artigo 997, além da firma social, competindo exclusivamente aos sócios sua administração.

A teor do que dispõe o artigo 1.043, do novo Código Civil, não pode o credor particular do sócio, antes de dissolver-se a sociedade, pretender a liquidação da quota do devedor, enumerando, entretanto, duas exceções: prorrogação tácita ou prorrogação contratual com acolhimento da oposição do credor pela via judicial.

*A dissolução da sociedade em nome coletivo dá-se, de pleno direito, por qualquer das causas do artigo 1.033, ou seja, da mesma forma que se dissolve a sociedade simples e, caso seja ela empresária, também pela falência.*

A morte de sócio, por si só, não autoriza o ingresso de seus sucessores na sociedade, o que será permitido somente se o contrato social trazer previsão expressa neste sentido, caso contrário operar-se-á a liquidação de suas cotas.

No que tange às *sociedade em comandita simples*, prevista nos artigos 1.045 a 1.051, com aplicação, no que for compatível, das normas da sociedade em nome coletivo, trata-se de sociedade de organização mista, com dois tipos de sócios:

- sócios comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais. A eles incumbe a administração da sociedade;
- sócios comanditários, pessoas físicas ou jurídicas, obrigados somente pelo valor da sua cota e, não obstante poderem deliberar nos assuntos da sociedade e de fiscalizar as operações, encontram-se proibidos de praticar qualquer ato de gestão, nem ter o nome na firma social (sob pena de ficarem sujeitos às responsabilidades que cabem aos sócios comanditados);

A única exceção à impossibilidade de prática de atos de gestão pelos comanditários encontra-se elencada no artigo 1.047, no caso de ser constituído procurador da sociedade para negócio determinado e com poderes especiais.

Como garantia aos terceiros de boa-fé, o artigo 1.048 determina que a modificação do contrato social que diga respeito à diminuição da quota do comanditário, em consequência de ter sido reduzido o capital social, somente produz efeitos perante terceiros após averbada, sempre sem prejuízo dos credores preexistentes.

Agindo de boa-fé, o sócio comanditário não é obrigado a repor lucros recebidos de acordo com o balanço. Entretanto, diminuído o capital por perdas supervenientes, este só poderá receber lucros, após a reintegração do capital social.

A dissolução da sociedade é regradada pelo artigo 1.044, ou ainda, quando por mais de 180 dias perdurar a falta de uma das categorias de sócio.

No caso de morte de sócio comanditário, a sociedade, salvo disposição em contrário, continuará com os seus sucessores, que designarão quem os represente,

uma vez que a sociedade em face dos comanditários tem caráter de sociedade de capital. Quanto ao sócio comanditado, havendo sua morte, os comanditários nomearão administrador provisório para a prática dos atos de administração, por no máximo 180 dias. O administrador, nesse caso, não assume a condição de sócio.

Quanto às *sociedade em comandita por ações*, previstas nos artigos 1.090 ao 1.092, não obstante as modificações trazidas pelo novo Código, regem-se pelas normas relativas às sociedades anônimas. Seu capital social é dividido em ações. Podendo, seu nome empresarial, ser firma ou denominação.

Podem ser administradores da sociedade somente os acionistas, os quais respondem com seus bens de maneira subsidiária e ilimitada pelas obrigações da sociedade. Seus diretores são nomeados no ato constitutivo, sem limitação de tempo, e somente poderão ser destituídos por deliberação de acionistas que representem, no mínimo, dois terços do capital social da empresa.

Mesmo destituído ou exonerado, o diretor continuará responsável pelas obrigações sociais contraídas sob sua administração pelo prazo de dois anos, visando-se evitar administrações irresponsáveis.

No tocante às demais sociedades, serão estudadas em módulo específico.

## **2. ASPECTOS COMUNS ÀS SOCIEDADES ESTUDADAS**

### **2.1. Quanto ao Nome Empresarial (artigos 1.155 a 1.168, do Código Civil)**

As sociedades possuem personalidade jurídica, e uma das conseqüências é o fato de ter nome próprio diferente dos sócios. Existe, porém, uma exceção no que tange às sociedades em conta de participação (art. 991): uma vez que não possuem personalidade, conseqüentemente, não têm nome, os registros são feitos em nome do sócio ostensivo.

Existem duas espécies de nome para as sociedades. São elas:

- *firma ou razão social*: é constituída tendo como base o nome civil do comerciante individual ou dos sócios de determinadas sociedades empresariais. No Brasil, as firmas têm de ser constituídas com o princípio da veracidade em vista, podendo entrar o nome de um, dois ou todos os sócios. Ressalta-se que terá responsabilidade ilimitada o sócio que emprestar seu nome à firma ou razão social. O sócio com responsabilidade limitada passará a responder ilimitadamente caso empreste seu nome à sociedade;
- *denominação*: é constituída tendo como base o nome civil do(s) sócio(s) de

determinadas sociedades ou uma expressão lingüística distinta (elemento fantasia).

A proteção jurídica ao nome empresarial decorre do arquivamento dos atos constitutivos na Junta Comercial, o que garante o nome somente no Estado em que o empresário tem sede ou filial, ou seja, a proteção que a Junta Comercial confere ao nome se exaure nos limites do Estado a que ela pertence, a teor do que dispõe o artigo 1.166.

O artigo 1.164 determina a inalienabilidade do nome empresarial, podendo o adquirente suceder o alienante no mesmo ramo e com mesmo nome na forma que determina o parágrafo único do mesmo dispositivo legal.

Considerando-se que a responsabilidade daquele cujo nome figura na *firma* é ilimitada, caso ocorra o falecimento, retirada ou exclusão do sócio deverá seu nome ser excluído da firma, a fim de que se garanta a segurança de terceiros que venham a fazer negócios com a empresa.

As espécies de nomes empresariais não são válidas para as sociedades em conta de participação, uma vez que estas não registram seus atos na Junta Comercial.

### **2.3. Gerência**

Quando o sócio de responsabilidade limitada ocupar cargo de gerência, passará a responder ilimitadamente, uma vez que, nas sociedades, o gerente é sempre sócio de responsabilidade ilimitada. Esta regra não se aplica à sociedade em conta de participação, uma vez que não é personificada e o sócio ostensivo age em seu próprio nome.

### **2.4. Penhora**

Não é possível a penhora de quotas nas sociedades de pessoas, pois o sistema é lógico: se são de pessoas, não pode haver penhora para que terceiro estranho não ingresse na sociedade. Assim, a título de exemplo, uma sociedade com os sócios Cláudio e Daniel e que tivesse penhoradas e levadas a leilão as quotas de Cláudio, qualquer um poderia ser sócio de Daniel, mas como se trata de sociedade de pessoas, este fato não é permitido.

Há divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da questão, no sentido de ser possível a penhora de cotas de sociedades de pessoas, desde que o credor não ingresse na sociedade, servindo ela apenas para que o credor receba a parte do lucro que seria destinado ao seu devedor.

### **2.5. Substituição de Sócios**

Para se analisar a possibilidade de substituição dos sócios, necessária a verificação das características da sociedade. Se sua característica principal é a personalidade, necessária o será o consentimento dos demais sócios para que seja alterada qualquer de suas características. Em contrapartida, se a personalidade não for atributo da sociedade, como nas sociedades em conta de participação, possível será a alteração dos quadros sociais sem que se demande tal consentimento.

## **2.6. Morte do Sócio**

A morte do sócio pode dissolver a sociedade total ou parcialmente.

A dissolução total extingue o vínculo contratual entre os sócios, extinguindo a pessoa jurídica.

A dissolução parcial extingue parcialmente a sociedade, permanecendo a pessoa jurídica, se os sócios remanescentes forem suficientes para o seu funcionamento.

A sociedade pode se dissolver pela morte de um dos sócios, salvo convenção em contrário a respeito dos que sobreviverem.

## **2.7. Abuso de Gerência**

Nas sociedades empresariais a responsabilidade do gerente que age com abuso é subsidiária, independentemente do tipo societário.

Em princípio, quem responde é a sociedade, e, somente subsidiariamente, a responsabilidade será do sócio-gerente.

## **Sociedade Limitada**

### **1. BASE LEGAL**

Previstas nos artigos 1.052 a 1.087, do Código Civil, as sociedades limitadas foram inteiramente reguladas por tal diploma.

Como se pode verificar, o artigo 1.053 determina a aplicação dos dispositivos destinados às sociedades simples naquilo que a lei for omissa. Além disso, determina a aplicação da Lei das Sociedades Anônimas (6.404/76) somente nos casos em que houver expressa previsão contratual.

À regra trazida no artigo 1.053 e seu parágrafo único há crítica, baseada na

maior proximidade existente entre uma sociedade limitada e uma sociedade anônima, do que entre uma sociedade limitada e uma sociedade simples. Enquanto aquelas têm perfil “mais capitalista”, esta última tem características de sociedade de pessoas.

## **2. DO CONTRATO SOCIAL**

O contrato social pode ser elaborado por instrumento público ou particular, inclusive quando houver integralização de capital com conferência de bens imóveis. Se feito por instrumento público, nada impede que suas futuras alterações sejam realizadas por instrumentos particulares.

Deve-se despender muita atenção à confecção do ajuste social, uma vez que este carrega em si as opções feitas pelos contratantes e abreviam uma série de futuras discussões que, eventualmente, poderão gerar dissabores entre os sócios.

### **2.1. Requisitos de Validade do Contrato Social**

Além dos requisitos de todo e qualquer ato jurídico, previstos no artigo 104, do Código Civil (agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei), de acordo com o que determina o artigo 1.054 do diploma civil, o contrato social da sociedade limitada deverá conter, obrigatoriamente, além de eventuais estipulações feitas pelas partes, os requisitos exigidos para a constituição de uma sociedade simples (artigo 997) e, se for o caso, a firma social. Portanto, são requisitos para sua validade:

- Nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas físicas, ou firma ou denominação, nacionalidade e sede, se pessoas jurídicas;
- nome empresarial (firma ou denominação), objeto, sede e prazo da sociedade;
- capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;
- quota de cada sócio e o modo de integralização;
- pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições;
- participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;

## **3. PRESSUPOSTOS DE EXISTÊNCIA DA SOCIEDADE LIMITADA**

Para que uma sociedade limitada exista, no mundo jurídico, necessário o preenchimento dos seguintes requisitos:

### **3.1. Pluralidade de Sócios**

Necessidade de, no mínimo, dois sócios, sem limitação para o máximo. Não se admitem, como regra, sociedades limitadas unipessoais.

Interpretando-se o inciso IV do artigo 1.033, do diploma civil, verifica-se a possibilidade de uma sociedade limitada manter-se com apenas um sócio pelo prazo máximo de 180 dias.

Com efeito, poderá apenas *manter-se* unipessoal por determinado prazo e não *ser criada* com um único sócio.

### **3.2. *Affectio Societatis***

Trata-se da vontade dos sócios de constituírem e manterem uma sociedade. Tem maior relevância na sociedade de pessoas do que na de capital.

## **4. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS**

Via de regra, o patrimônio dos sócios não responde pelas obrigações contraídas pela sociedade. Entretanto, há exceções:

### **4.1. Responsabilidade Pessoal dos Sócios**

Considerando-se que o patrimônio das sociedades limitadas consubstancia-se nas cotas de cada um dos sócios, o qual forma um patrimônio universal (da sociedade), estes sócios podem responder por dívidas da sociedade nos casos em que não tenham sido totalmente integralizadas as cotas societárias.

Entretanto, frise-se, a responsabilidade não é ilimitada: corresponde ao montante a integralizar.

Essa responsabilidade dos sócios é solidária, inclusive entre si. Assim, um sócio que tenha integralizado totalmente suas quotas poderá vir a responder,

solidariamente, com a sociedade ou com outros sócios se algum deles não as integralizou, conforme regra do artigo 1.052 do diploma civil.

A responsabilidade dos sócios é justificável, uma vez que a garantia de terceiros está no patrimônio da sociedade.

É certo que, na prática, esta responsabilidade pessoal dos sócios acaba sendo suprida pelos avais e fianças que dão ao negócio que estão entabulando.

## **4.2. Desconsideração da Personalidade Jurídica**

Importante salientar a regra contida no artigo 50 do estatuto civil, inserida no Capítulo que trata das pessoas jurídicas, segundo a qual poderá haver a desconsideração de sua personalidade.

Desconsidera-se a personalidade jurídica da sociedade sempre que a pessoa jurídica e as regras de limitação de responsabilidade dos sócios forem por estes utilizadas com o objetivo de auferir vantagem pessoal indevida (ilícita), fraudando interesses de terceiros.

A título de exemplo, pode-se citar o caso de uma sociedade “X”, com todo o seu capital integralizado, que compra várias cadeiras de um fornecedor a prazo e as vende à vista, distribui o dinheiro entre os sócios e não paga o fornecedor. Nesse caso, os sócios obtiveram uma vantagem ilícita, passando a responderem diretamente pelo prejuízo causado.

Desconsidera-se, igualmente, a pessoa jurídica sempre que houver confusão entre o interesse da sociedade e os interesses pessoais dos sócios.

Em caso de dano ao meio ambiente, também se desconsidera a pessoa jurídica, aplicando-se o mesmo entendimento para a defesa do consumidor e para os ilícitos antitruste (Lei n. 8.884/94).

Finalmente, é tendência jurisprudencial desconsiderar a pessoa jurídica na hipótese de dívida trabalhista.

Deste modo, a responsabilidade dos sócios tornar-se-á ilimitada e pessoal nos casos de abuso da personalidade jurídica da sociedade, com o desvio de seus fins sociais (artigo 1.080).

## **4.3. Responsabilidade Subsidiária**

A responsabilidade subsidiária dos sócios, prevista no inciso VIII do artigo 997, é inaplicável às limitadas, face à regra da limitação.

Assim, integralizado o capital social e, mesmo assim, havendo insuficiência patrimonial para o pagamento dos débitos, os sócios não mais responderão, nem mesmo subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

## **5. NOME SOCIAL**

No nome empresarial das limitadas, que poderá ser firma ou denominação, deve constar a palavra final *limitada* ou sua abreviatura, sob pena de, na hipótese de omissão, restar determinada a responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores que assim empregarem a firma ou a denominação da sociedade (artigo 1.158, parágrafo 3º, do Código Civil).

Com efeito, a firma será composta do nome de um ou mais sócios, desde que pessoas físicas, de modo indicativo da relação social. É exemplo de firma a empresa “J.Silva & Souza Ltda”.

Convém ressaltar que o nome do sócio que vier a falecer, for excluído ou se retirar da sociedade não poderá ser conservado na firma social.

Com relação à denominação, esta pode ser composta por uma expressão fantasia, sem qualquer vinculação com os nomes dos sócios, ou mesmo prevendo-os. Em qualquer dos casos, faz-se necessária a designação do objeto da sociedade, como é o caso de “Padaria Boulevard - Comércio de Pães Ltda”.

## **6. QUOTAS E CAPITAL SOCIAL**

O capital social das limitadas é dividido em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio.

Capital social é o valor ou os bens que os sócios se obrigam a transferir para a sociedade para, com ele, formar o patrimônio societário e gerir as suas atividades.

Toda sociedade deve iniciar-se com um capital social que poderá, no decorrer do tempo, ser aumentado ou reduzido, em conformidade com os novos ingressos ou retiradas.

Em verdade, o capital social representa o referencial que os sócios supõe necessário para atingir os objetivos ajustados no pacto social. Não é o próprio patrimônio social, já que este é representado pelo conjunto de bens e direitos da sociedade e, em verdade, é este quem garante os credores da sociedade.

Quando conferido pelo sócio em bens, estes não precisam, necessariamente, ser avaliados. Entretanto, como disposto no § 1º. do artigo 1.055, todos os sócios respondem pela exata estimação de bens conferidos ao capital social, até o prazo de 5 (cinco) anos da data do registro da sociedade.



Para o sócio que discordar da avaliação, ao que parece, somente restou o caminho do recesso.

Ainda com relação ao capital, via de regra, não há um mínimo exigido por lei. O capital mínimo é adotado por várias legislações, dentre elas a italiana, a alemã, a francesa e a portuguesa, e o capital máximo pela legislação espanhola e suíça. No entanto, há exceção: no Brasil, o capital mínimo é exigido para a constituição de sociedades que se dediquem a determinadas atividades, como as bancárias, securitárias e algumas outras.

Não há sócios de indústria na sociedade limitada, haja vista que o artigo 1.055, § 2º, do novo Código Civil, veda a contribuição do sócio em prestação de serviços.

Pelas regras atuais, os sócios estão livres, inclusive, para estabelecer a forma e as condições para a integralização das quotas, não havendo previsão, sequer, de pagamento mínimo inicial.

A indivisibilidade das quotas refere-se à sociedade; porém, em caso de transferência, vigora a divisibilidade. Assim, é permitida a sua cessão total ou parcial a sócio ou estranho, caso não esteja a hipótese vedada pelo ajuste social e não haja oposição de sócios que representem a quarta parte do capital social (art. 1057).

Nessas hipóteses, a assinatura dos sócios anuentes no instrumento de cessão é necessária, sendo produzidos efeitos perante a sociedade e perante terceiros a partir da sua averbação na Junta Comercial (parágrafo único do artigo 1.057 do Código Civil).

As regras do Novo Código Civil prevêm, portanto, a ampla liberdade de o assunto “transferência de quotas” ser regulado pelo contrato social. Somente em sua omissão é que incide a regra do artigo 1.057.

A cláusula de transferência de quotas, especialmente em razão de morte de sócio, é de extrema relevância para a continuidade dos negócios sociais. A falta de sua previsão poderá acarretar o ingresso de herdeiros que não tenham real interesse, acarretando em prejuízo ao negócio. Portanto, o ideal é o ajuste da situação no contrato. Isto porque, como se sabe, os herdeiros somente sucedem o sócio falecido nos direitos patrimoniais das quotas e não nos direitos pessoais. Estes somente são suscetíveis de transmissão hereditária se assim estiver estabelecido no contrato social.

No caso de não ter sido a quota integralizada, o sócio remisso poderá ser excluído da sociedade, sendo-lhe devolvido o que houver pago, deduzidos os juros da mora, as prestações estabelecidas no contrato mais as despesas. Os sócios, contudo, poderão optar por executar os danos emergentes da mora junto ao remisso ou reduzir sua quota ao montante realizado, conforme dispõe o artigo 1.004 e seu parágrafo único, ao qual o artigo 1.058 faz remissão.

O artigo 1.031 prevê a apuração dos haveres por valores contábeis e não por balanço de verificação.

Ao credor particular de sócio abre-se a possibilidade de a execução recair sobre os lucros sociais obtidos, conforme artigo 1.026. Nesse caso, poderão ser penhorados estes lucros.

A teor do que dispõe o artigo 1.059, aos sócios há obrigação de reposição dos lucros e quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou quantias se distribuírem com prejuízo do capital.

## **7. DA ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE LIMITADA**

O contrato social deve designar quem tem poderes para representar a sociedade, bem como os limites de seus poderes, conforme dispõe o artigo 1060 do Código Civil.

Pode o contrato social conferir a todos os sócios poderes para representar a sociedade.

Entretanto, isso não significa que os sócios que ingressarem após a criação da sociedade, isto é, na condição de *cessionários* ou *sucessores* de sócios originais, terão a condição de representantes da sociedade. Muito ao revés, para que isso ocorra há necessidade de expressa disposição nesse sentido na alteração contratual ou em instrumento apartado.

Portanto, é de suma importância, que o contrato distribua as funções e atribua os poderes de gerência, evitando-se, assim, a prática de atos em excesso pelos sócios por falta de discriminação explícita de suas funções.

### **7.1. Do Administrador não Sócio**

Inovação relevante nas limitadas é a possibilidade de terceiros serem administradores da sociedade. Tal permissivo somente ocorria para as sociedades anônimas.

De acordo com o novo estatuto civil, havendo previsão expressa no contrato social, poderão ser administradores da sociedade limitada pessoas estranhas à sociedade. No entanto, a designação dessas pessoas depende de aprovação unânime dos sócios, se o capital social não estiver totalmente integralizado, ou de dois terços, caso integralizado (artigo 1.061).

Saliente-se que estes poderão ser destituídos a qualquer tempo, no curso do prazo estabelecido ou, vencido este, caso não haja sua recondução.

O administrador não sócio, designado em ato em separado, deverá firmar termo de posse no livro de atas da administração, no prazo de até 30 dias da data de sua designação, sob pena de a nomeação perder validade.

## **7.2. Do Administrador Sócio**

A teor do que dispõe o artigo 1.063, o administrador que for sócio somente perderá essa condição por aprovação de sócios com, no mínimo, 2/3 (dois terços) das quotas sociais, salvo disposição contratual em sentido diverso.

Tanto a nomeação quanto a destituição ou renúncia do administrador devem ser averbadas no prazo de 10 dias seguintes a cada ato, no registro dos atos de comércio.

## **7.3. Obrigações do Administrador**

Cabe ao administrador, ao término de cada exercício social, proceder à elaboração do inventário, do balanço patrimonial e do balanço de resultado econômico, com observância das regras contidas nos artigos 1.186, 1.187, 1.188, 1.189 do novo diploma civil.

Não há mais, portanto, o sistema de delegação de gerência. A sociedade é gerida por administradores sócios ou não sócios, facultando-lhes, porém, “nos limites de seus poderes, constituir mandatários da sociedade, especificados no instrumento os atos e operações que poderão praticar (artigo 1.018 combinado com o artigo 1.053)”.

## **7.4. Quorum para Aprovação e Destituição do Administrador**

No contrato social é que deverá estar estabelecido o quorum de eleição e destituição de administradores, o qual variará em função de o administrador ser ou não sócio.

Contudo, de acordo com as regras constantes do novo Código Civil, alguns quoruns mínimos devem ser observados:

*Administrador não sócio nomeado no contrato:*

- dois terços dos votos para eleição de administrador não sócio, se o capital estiver integralizado; e
- unanimidade de votos, no caso de capital não integralizado.

*Administrador não sócio nomeado em ato em separado:*

- nomeação e destituição pela metade do capital social (artigo 1.076, incisos II e III).

*Administrador sócio nomeado no contrato:*

- dois terços dos votos para destituição, salvo estipulação em contrário (artigo 1.063, parágrafo 1º).

*Administrador sócio nomeado mediante alteração contratual:*

- aprovação de três quartos do capital social (artigo 1076, inciso I).

## **8. DO CONSELHO FISCAL**

À sociedade limitada é facultada a instituição de um conselho fiscal composto por três ou mais membros e respectivos suplentes, sócios ou não, eleitos em assembléia anual. Os conselheiros deverão ser residentes no Brasil.

É vedada a participação do conselho fiscal:

- dos condenados a pena que vede acesso a cargos públicos, por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, 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 durarem os efeitos da condenação;
- dos membros de outros órgãos da sociedade (ex. administradores da sociedade) ou de sociedade por ela controlada;
- dos empregados da sociedade ou dos administradores da sociedade ou de sociedade por ela controlada;
- do cônjuge ou os parentes em até terceiro grau dos administradores da sociedade

Os sócios minoritários que representarem um quinto do capital social poderão indicar um dos membros do conselho fiscal e respectivo suplente, devendo essa indicação ser feita mediante votação separada.

Os conselheiros exercerão suas funções pelo prazo de um ano. Em cada assembléia anual deverão ser escolhidos os membros do Conselho Fiscal e fixados seus honorários.

A teor do que dispõe o artigo 1.069, são deveres legais dos membros do Conselho Fiscal, que deverão ser exercidos em conjunto ou isoladamente:

- examinar, no mínimo 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 nos documentos citados;
- examinar no mesmo livro e apresentar à assembléia anual o seu parecer sobre os negócios e as operações sociais do exercício, 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 assembléia dos sócios se a diretoria retardar por mais de 30 dias a sua convocação anual, prevista no artigo 1.078 (similar à Assembléia Geral Ordinária das Sociedades Anônimas) ou a qualquer momento, por motivos graves e relevantes;
- praticar, durante o período da liquidação da sociedade, os deveres aqui estabelecidos.

Os membros do Conselho Fiscal respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções, como se observa na parte final do artigo 1.070, que também determina, em seu parágrafo único, que o Conselho Fiscal poderá ser assistido de contabilista habilitado para auditar os livros e documentos sociais, examinar as demonstrações financeiras e o balanço patrimonial.

Tendo em vista que o artigo 1.066 faz a ressalva de “sem prejuízo dos poderes da assembléia dos sócios”, é de se entender que poderá haver a instalação de conselho fiscal independentemente de previsão contratual, bastando a assembléia anual solicitar sua instalação. Contudo, para a proteção dos minoritários o interessante é que se faça constar do ajuste social, desde logo, a previsão de sua instalação, por *quorum* pré-estabelecido e que no Conselho tenha assento representantes da minoria, sob pena de torná-lo inócuo.

## **9. DAS DELIBERAÇÕES DOS SÓCIOS**

Todas as deliberações societárias devem ser tomadas em reunião ou assembléia de sócios, conforme esteja previsto no contrato social. Serão sempre em assembléia, contudo, se o número de sócios for superior a 10 (dez). Poderão ser dispensadas as

assembléias e reuniões caso os sócios decidam, por escrito, sobre as matérias da pauta.

Há também, no artigo 1.073, outras possibilidades para convocação de assembléias.

As formalidades de convocação, como é o caso de publicação em jornais, ficarão dispensadas se todos os sócios compareçam ou se declararem cientes, por escrito, do local, data, hora e ordem do dia.

Assim não sendo, a assembléia deve ser convocada mediante anúncio publicado por 3 vezes, ao menos, com antecedência de 8 dias, no mínimo, entre a data da primeira inserção e a da realização da assembléia, para a primeira convocação, e de 5 dias para as posteriores ( artigo 1.152, parágrafo 3º).

Cumpramos ressaltar que ainda não existe uma certeza absoluta quanto à necessidade de observância de todas as regras pertinentes às assembléias quando se tratarem de reuniões, uma vez que a possibilidade de tomada de decisões em reuniões foi disposta em artigo posterior e, ao que parece, não foram feitos os ajustes necessários no texto aprovado. No entanto, o artigo 1.079 faz a ressalva de as regras das assembléias se aplicarem às reuniões dos sócios, nos casos omissos no contrato.

A assembléia se instala com a presença de três quartos do capital social, em primeira convocação, e com qualquer número em segunda.

Os sócios podem estar representados por outro sócio ou advogado com mandato específico, devendo o instrumento ser levado a registro, juntamente com a ata.

Será lavrada ata dos trabalhos e deliberações em livro de atas (novidade em limitadas), assinada pelos membros da mesa e pelos sócios participantes da reunião e encaminhada à registro nos 20 dias subseqüentes.

O Código Civil tem uma “escala” com relação ao *quorum* de aprovação de determinadas matérias. Assim, em alguns casos, exige unanimidade enquanto que em outros exige apenas a maioria. Vejamos as matérias de maior importância:

### **9.1. Deliberação que Exige Unanimidade dos Sócios**

É matéria que sempre exige votação unânime, em decorrência de sua importância e conteúdo decisório, a designação de administrador que não seja sócio, se o capital social não estiver integralizado (artigo 1.061).

### **9.2. Deliberações que Exigem Três Quartos dos Votos dos Sócios**

Exigem os votos referentes a pelo menos três quartos do capital social as seguintes matérias (exceto no tocante a designação de administradores):

- modificação do contrato social;
- incorporação, fusão ou dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação;

### **9.3. Deliberações que Exigem Maioria de Dois Terços**

Exigem o voto de dois terços do capital social as seguintes matérias:

- designação de administradores não sócios, se o capital social estiver integralizado (artigo 1.061);
- destituição de administrador que seja sócio, salvo disposição contratual em sentido diverso (artigo 1.063, parágrafo 1º).

### **9.4. Deliberações que Exigem Mais da Metade do Capital Social**

Exigem a votação de mais da metade do capital social as seguintes matérias:

- modo de remuneração dos administradores, quando não estabelecido no contrato (se estiver estabelecido no contrato, será necessário alterar o contrato, hipótese em que serão exigíveis três quartos do capital social);
- o pedido de concordata.

### **9.5. Outras Disposições**

Também, poderá o contrato social dispor que certas matérias exigem quorum qualificado pré-estabelecido. Fora dessas hipóteses, porém, as deliberações são tomadas por maioria simples, computando-se apenas os votos dos presentes na reunião ou assembléia (artigo 1.076, inciso III do Código Civil).

Nos casos de impetração de concordata preventiva, os administradores poderão, com autorização dos titulares de mais da metade do capital social, requerê-la.

A alteração do contrato social, a fusão da sociedade, a incorporação da sociedade em outra (ou vice-versa), enseja o *direito de recesso* do sócio que tiver dissentido, com prazo decadencial de trinta dias, contado a partir da data da reunião (artigo 1.077). Pelo direito de recesso, o sócio receberá da sociedade os seus haveres,

que serão apurados em balanço especial, tomando-se como base a data da saída do sócio (artigo 1.077 c.c. artigo 1.031).

## **10. AUMENTO E REDUÇÃO DO CAPITAL SOCIAL**

Os aumentos de capital social serão tomados em oportunidades distintas: inicialmente se delibera sobre o aumento; na seqüência dá-se prazo de 30 dias para os sócios exercerem a preferência, na proporção de suas quotas. Nesse período pode haver a cessão do direito de preferência a outro sócio.

Decorrido o prazo de preferência, haverá reunião ou assembléia para aprovação da modificação do contrato, a teor do disposto no artigo 1.081 do diploma civil.

Segundo determina o artigo 1.082, o capital poderá ser reduzido se houver “perdas irreparáveis” ou se for excessivo em relação ao objeto da sociedade.

No primeiro caso, haverá diminuição proporcional do valor nominal das quotas e no segundo haverá restituição de parte do valor das quotas aos sócios.

No caso de redução, o credor quirografário poderá opor-se dentro do prazo de 90 dias, contado da data da publicação da ata que aprovar a redução. Se impugnada a redução, esta somente prevalecerá se a sociedade provar o pagamento da dívida ou o seu depósito judicial para discussão.

## **11. RESOLUÇÃO DA SOCIEDADE EM RELAÇÃO A SÓCIOS MINORITÁRIOS**

O sócio *minoritário* pode ser expulso da sociedade, sem necessidade de que a maioria absoluta do capital social recorra ao Judiciário. Para tanto, a teor do que dispõe o artigo 1.085, é necessário que:

- a maioria entender que o sócio minoritário está pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade;
- exista no contrato social a possibilidade de exclusão por justa causa; e
- a exclusão ocorra em reunião ou assembléia designada especialmente para esse fim, sendo dela cientificado o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.

Os três quesitos acima necessitam ser cumulados para que possa ocorrer a exclusão do sócio minoritário, caso contrário necessária será a intervenção judicial.



Qualquer sócio pode ser expulso da sociedade, mediante ação judicial, aforada por iniciativa da maioria dos demais sócios, nas hipóteses de falta grave no cumprimento de suas obrigações ou por incapacidade superveniente, conforme consta do artigo 1.030.

O contrato social pode estipular a forma de apuração de haveres e a forma de pagamento do sócio excluído. No silêncio, o pagamento será feito em 90 dias, em dinheiro, em conformidade com apuração feita em balanço especial, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, a teor do disposto no artigo 1.086 combinado com o artigo 1.031, do Código Civil.

O sócio que se retirar da sociedade, dela for excluído e mesmo os herdeiros do sócio falecido, não ficam eximidos das obrigações assumidas pela sociedade até 2 anos após a averbação da resolução. Por esse motivo deve o sócio retirante, o excluído ou os herdeiros, segundo a lei, requerer a averbação de sua saída junto ao registro de comércio, uma vez que a contagem do prazo inicia-se à partir da averbação.

O exercício da retirada também é admitido na sociedade limitada de dois sócios, devendo o contrato social regular o assunto especialmente para facultar a manutenção da mesma com um único sócio por prazo de até 180 dias, conforme expressa previsão no artigo 1.033, inciso IV do estatuto civil.

## **12. DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE**

No tocante a sua dissolução, o Código Civil apenas remete aos artigos referentes a outras sociedades onde são previstas as causas para tal ocorrência.

Assim, em seu artigo 1.087, remete o operador do direito aos artigos 1.044 que, por sua vez, determina a verificação do artigo 1.033 do Código Civil.

De maneira sucinta, tem-se como causas de dissolução de uma sociedade limitada:

- falência;
- término do prazo;
- consenso unânime dos sócios;
- deliberação por maioria na sociedade por tempo indeterminado;
- falta de pluralidade de sócios não recomposta em 180 dias; e
- extinção de autorização para funcionar.

## Fases do Processo Falimentar

### 1. FASE PRÉ-FALIMENTAR

#### 1.1. Legitimidade Ativa para Pedido de Falência

Têm legitimidade ativa:

- *O próprio devedor comerciante (autofalência)*: não se trata de dever, mas sim de faculdade do comerciante. Caso o comerciante não peça, não sofrerá sanção.
- *O cônjuge ou inventariante de comerciante falecido*: apenas nas hipóteses do art. 1.º ou art. 2.º, inc. I, da Lei de Falências (Dec.-lei n. 7.661/45).
- *O sócio de sociedade devedora*: não se pode confundir essa hipótese com autofalência.
- *O credor*: se o credor requerente for comerciante, deverá comprovar a sua regularidade (atos constitutivos arquivados na Junta Comercial).

Se o requerente for domiciliado no exterior, deverá prestar caução, pois é possível que o mero pedido de falência cause prejuízo ao devedor.

Se o credor tiver em seu favor alguma garantia real, deverá renunciar a essa garantia.

#### 1.2. Ritos do Pedido de Falência

O rito depende do fundamento do pedido de falência.

- Se o fundamento for o do art. 1.º, o rito será o do art. 11 da Lei.
- Se o fundamento for o do art. 2.º, o rito será o do art. 12 da Lei.

### **1.2.1. Rito do art. 11**

É conhecido como rito de cognição restrita. O fundamento do art. 1.º é a impontualidade injustificada. Em defesa, o requerido poderá alegar apenas as matérias relevantes, dispostas no art. 4.º da Lei de Falências (são hipóteses que descaracterizam a insolvência). O requerido poderá alegar também as matérias processuais (art. 301 do CPC).

Por esse rito, o requerido será citado para, no prazo de 24 horas, apresentar a defesa que tiver. Poderá, nesse prazo, efetuar o chamado “depósito elisivo” – depósito, em Juízo, da quantia devida, o que impossibilita a declaração de falência do requerido, pois descaracteriza a impontualidade. A Súmula n. 29 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que o depósito elisivo deverá abranger o principal, juros, correção monetária e honorários de advogado.

A grande tendência, todavia, é admitir a denegação da falência com o mero depósito do principal. A diferença (juros, correção monetária etc.) é cobrada nos mesmos autos, mas isso é feito em forma de cobrança.

### **1.2.2. Rito do art. 12**

É conhecido como rito de cognição ampla. O requerido pode alegar qualquer matéria para provar que não praticou ato de falência (insolvência).

O requerido será citado para que, em 24 horas, apresente a defesa que tiver; a lei denomina essa defesa de *embargos*.

Questão interessante é saber se há possibilidade de depósito elisivo, caso o fundamento do pedido tiver por base o art. 2.º, uma vez que a lei não o prevê.

A jurisprudência, em várias decisões, já entendeu pela possibilidade do depósito elisivo, se o pedido de falência tiver fundamento no art. 2.º.

## **1.3. Sentença Declaratória da Falência**

### **1.3.1. Natureza jurídica**

Existem duas correntes:

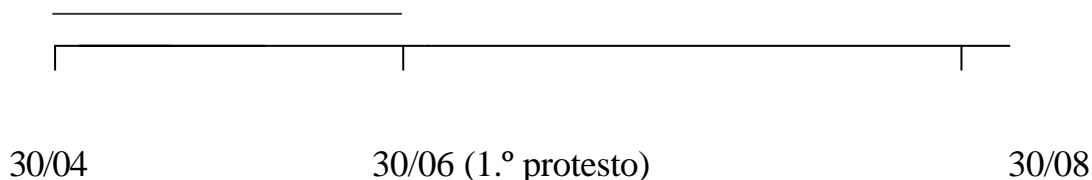
- A corrente minoritária entende que a sentença declaratória da falência tem natureza declaratória. Diz que a sentença apenas reconhece uma situação pré-existente.
- A corrente que prevalece entende que a sentença declaratória da falência tem natureza constitutiva, porque cria uma nova situação jurídica, na qual se inserem o falido e seus credores.

### **1.3.2. Requisitos da sentença declaratória da falência**

- *Genéricos*: dizem respeito a todos os requisitos de processo judicial – art. 458 do Código de Processo Civil.
- *Específicos*: estão dispostos no art. 14, par. ún., da Lei de Falências. São eles:
  - Toda sentença deve apresentar uma identificação completa do falido, indicação de seu principal estabelecimento e, em caso de sociedade, identificação dos sócios que respondam pessoalmente.
  - Deve declarar a hora da prolação (hora em que foi proferida a sentença). É nessa hora que o falido é desapossado da administração de seus bens. A partir desse momento, os bens passam à massa falida, representada pelo síndico.
  - Deverá indicar o termo legal da falência. Termo legal da falência é conhecido como período suspeito, ou seja, um período de tempo (até 60 dias, contados retroativamente, a partir da data do primeiro protesto lavrado contra o falido) dentro do qual certos atos praticados pelo falido não geram efeitos em relação à massa falida.

Exemplo:

#### **Período suspeito**



Inexistindo protesto, o termo legal será contado a partir da data do primeiro despacho do pedido.

Se houver cumulação de concordata preventiva e falência, o termo legal será contado a partir da distribuição do pedido de concordata preventiva.

- deverá ser fixado prazo para a habilitação dos credores, que varia entre 10 a 20 dias;
- deverá ser nomeado o síndico.

O juiz, ao declarar a falência, poderá determinar a lacração do estabelecimento do falido.

### ***1.3.3. Recursos contra sentença declaratória da falência***

#### ***a) Recurso de agravo de instrumento (art. 17 da LF)***

As regras são as mesmas do Código de Processo Civil. A Lei de Falências, porém, não fala em efeito suspensivo. Hoje, a posição dominante, face ao Código de Processo Civil, é a de que há efeito suspensivo. Esse recurso pode ser utilizado tendo por base tanto o pedido de falência do art. 1.º quanto o do art. 2.º da Lei de Falências.

#### ***b) Recurso de embargos (art. 18 da LF)***

Tal recurso é cabível apenas na hipótese de a falência ter sido declarada com base no art. 1.º da Lei de Falências.

Embargos são recursos de retratação, pois são dirigidos ao Juízo de 1.º grau.

O prazo para interposição é dois dias, a contar da publicação da sentença declaratória da falência.

Contra a decisão de 1.ª instância dos embargos, cabe recurso de apelação para 2.ª instância.

Os recursos de agravo e embargos podem ser interpostos ao mesmo tempo.

### **1.4. Sentença Denegatória da Falência**

A falência será denegada em duas circunstâncias:

- se houver depósito elisivo;
- se forem acolhidas as alegações/razões apresentadas em defesa.

O fundamento das razões da falência tem importância no que se refere ao ônus de sucumbência. Se a sentença é denegatória por conta de depósito elisivo, caberá ao

requerido arcar com o ônus de sucumbência. Se a sentença é denegatória por acolhimento das razões de defesa, então, caberá ao requerente arcar com o ônus de sucumbência.

O art. 20 da Lei de Falências dispõe que, se o requerente agir com dolo ao pedir a falência do devedor, a própria sentença denegatória poderá fixar uma indenização em favor desse.

O parágrafo único do art. 20 estabelece que, se ficar caracterizado que o requerente agiu com culpa, após denegada a falência, o requerido poderá pleitear indenização em ação própria.

#### ***1.4.1. Recurso contra sentença denegatória da falência***

Cabe recurso de apelação.

### **1.5. Administração da Falência**

A administração do processo falimentar cabe:

- ao juiz;
- ao representante do Ministério Público;
- ao síndico.

O juiz preside o processo falimentar, determinando a prática dos atos que se façam necessários.

O representante do Ministério Público funciona precipuamente como fiscal da lei, todavia, pode agir como parte (ex: hipótese de denúncia pela prática de crime falimentar). O art. 499 do Código de Processo Civil diz que o Ministério Público pode interpor recurso. Então, sempre que previsto recurso na Lei de Falências, o MP tem legitimidade recursal, embora, às vezes, não prevista na própria Lei de Falências.

O síndico funciona como um auxiliar do juiz no processo falimentar. É o representante legal dos interesses da massa falida. Declarada a falência, forma-se a massa falida, que é a universalidade de direito representada pelo síndico. O síndico tem a obrigação de administrar a massa falida com diligência, respondendo pessoalmente pelos prejuízos que causar em caso de má administração. A nomeação do síndico se dá pela regra contida na Lei de Falências: o síndico será escolhido entre os maiores

credores da massa, sendo que, a partir da terceira recusa por parte desses, o juiz poderá nomear um síndico dativo, de preferência comerciante (na prática, o juiz nomeia desde logo um dativo – advogado).

### ***1.5.1. Substituição e destituição do síndico***

A substituição tem por objetivo propiciar o regular andamento do processo falimentar. A substituição não tem caráter de sanção, pena.

A destituição tem caráter sancionatório. O síndico será destituído em três situações:

- se exceder os prazos marcados;
- se pleitear interesses contrários aos da massa falida;
- se infringir os deveres que lhe são impostos.

Causando prejuízo à massa, o síndico pode ser individualmente responsável. A massa falida pode ingressar com ação, visando responsabilizar o síndico destituído.

A destituição do síndico pode ser requerida:

- por qualquer credor;
- pelo Ministério Público;
- pelo juiz, de ofício.

## **2. FASE FALIMENTAR**

### **2.1. Fase Cognitiva**

#### ***2.1.1. Procedimento de verificação de créditos***

Tem início a partir do momento em que o síndico expede uma circular, convocando os credores a habilitarem os seus créditos.

Declarados os créditos, o síndico deverá entregar em cartório, no prazo de cinco dias, as habilitações (de crédito) em seu poder, devidamente acompanhadas de:

- seu parecer;
- informações do falido;
- extrato da conta de cada credor;
- relação de credores do falido.

Abre-se, então, novo prazo de cinco dias, no qual os credores poderão impugnar créditos declarados.

Podem impugnar crédito declarado:

- qualquer credor;
- sócio da sociedade falida;
- síndico;
- falido.

Para cada crédito impugnado, forma-se um auto de impugnação de crédito distinto.

Uma vez decorrido o prazo para impugnação, abre-se novo prazo de três dias, no qual o credor que teve seu crédito impugnado poderá contestar a impugnação.

Na sequência, abre-se prazo de cinco dias para que o Ministério Público dê o seu parecer. O *parquet* impugna créditos absurdos, inverídicos.

Por fim, os autos são conclusos ao juiz da falência. Teremos, então, duas situações:

- *em relação aos créditos não impugnados ou impugnados, mas que independem de maior produção de provas*: o juiz imediatamente profere sentença que admite ou exclui o crédito da falência;
- *em relação aos créditos impugnados que exigem maior produção de provas*: o juiz poderá marcar uma audiência de verificação de créditos (perícia, oitiva de testemunha, provas etc.).

Uma vez decididos todos os créditos, deverá o síndico organizar o quadro geral de credores (visão global do passivo).

O quadro geral dos credores deve ser publicado, sendo que, a partir de então, começa a fluir o prazo de apelação contra sentença que admitiu ou excluiu o crédito na falência (termo inicial do recurso – publicação do quadro geral de credores).



Só podem ser atacados pelo recurso de apelação os créditos que foram oportunamente impugnados.

Observações importantes:

- *Habilitação retardatária* – tem dois efeitos relevantes:
  - o juiz determinará intimação pessoal do falido e do síndico, bem como uma publicação de aviso acerca da habilitação intempestiva, para conhecimento dos interessados;
  - o credor retardatário não participará dos rateios eventualmente já realizados.
- *Rescisão da sentença proferida em habilitação de créditos* – (art. 99 da LF). Contra essa sentença cabe ação rescisória. As hipóteses estão no art. 99 da Lei de Falências.
- *Habilitação de apenas um credor* – não extingue o processo falimentar. Ele continua a tramitar, todavia, seguindo o rito simplificado, previsto no art. 200 da Lei de Falência. O que caracteriza o processo falimentar é a insolvência. Por isso, mesmo que haja apenas um credor, deve haver o processo.

## **2.2. Inquérito Judicial**

Tem a mesma natureza do inquérito policial. Objetiva reunir elementos para embasar uma eventual denúncia pela prática de crime falimentar. Tramita no Juízo da falência.

### **2.2.1. Procedimento do inquérito judicial**

Começa com a exposição do síndico (art. 103 da Lei de Falências).

A exposição é uma análise do síndico acerca da conduta do falido, em que aquele conclui se há ou não indício de prática de crime falimentar.

Alguns autores falam em relatório, ao invés de exposição.

Após a exposição, abre-se o prazo de cinco dias, no qual os credores poderão manifestar-se, levando ao conhecimento do Juízo fatos que conheçam, ou provas que possuam.

Na sequência, abre-se o prazo de três dias para manifestação do Ministério Público.

Em seguida, abre-se novo prazo de cinco dias, em que o falido poderá contestar. A ausência da contestação não anula o inquérito, uma vez que não se fala em contraditório no inquérito. Não se fala em citação (não é ação). Os prazos são contínuos.

Depois, os autos serão remetidos ao Ministério Público.

Ao receber os autos, o *parquet* poderá oferecer denúncia pela prática de crime falimentar ou requerer o apensamento do inquérito nos autos da falência (corresponde ao arquivamento).

Em seguida os autos são conclusos ao juiz, que poderá:

- Havendo denúncia ou queixa subsidiária, determinar o processamento de ação penal (se entender que é o caso). Essa ação penal tramita no Juízo criminal. No Estado de São Paulo, essa ação tramita no Juízo Cível (Juízo universal da falência) – Lei judiciária de SP.
- Não havendo denúncia nem queixa subsidiária, o juiz, se entender que não é o caso de ação penal, exara um despacho determinando o apensamento junto aos autos de falência.
- Se não houver denúncia ou queixa subsidiária, mas o juiz entender que é o caso, determinará a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça (art. 28 do CPP).

### **2.2.2. Últimas observações sobre a fase cognitiva**

Diz a lei, que nos cinco dias seguintes, a contar da publicação do quadro geral de credores ou do despacho que encerra o inquérito judicial (o que ocorrer por último), deverá o síndico apresentar o relatório de que trata o art. 63, inc. XIX, da Lei de Falências. Esse relatório conterà o resumo do que aconteceu na etapa cognitiva.

Nos cinco dias seguintes ao término do prazo para apresentação desse relatório, poderá o falido pedir concordata suspensiva.

Caso o síndico não apresente o relatório, o falido poderá pedir a concordata suspensiva nesse prazo.

Se o falido não a pedir nesse prazo ou se pedir e tiver o pedido denegado, nas quarenta e oito horas seguintes será publicado o aviso de que trata o art. 114 da Lei de Falências. O aviso é a comunicação aos interessados que vai ser dado início à liquidação da falência.

### **2.3. Etapa da Liquidação – Etapa Executiva**

O objetivo é a realização do ativo e o pagamento do passivo – venda dos bens e pagamento em favor dos credores.

#### **2.3.1. Formas de realização do ativo**

As formas em que o ativo pode ser vendido são:

- Leilão
- Propostas

A escolha cabe ao síndico, que pode ainda optar pela venda dos bens separada ou conjuntamente. Ele escolherá, levando em conta o melhor aproveitamento econômico possível. Exceções:

- *Art. 122 da Lei de Falências*: credores que representem no mínimo  $\frac{1}{4}$  dos créditos admitidos poderão requerer ao juiz a convocação de uma assembléia de credores com o objetivo de deliberar a forma de se realizar o ativo.
- *Art. 123 da Lei de Falências*: credores que perfaçam no mínimo  $\frac{2}{3}$  dos créditos admitidos poderão optar por qualquer forma de realização do ativo, independentemente de assembléia de credores. Esses  $\frac{2}{3}$  poderão, além de optar pelo leilão ou pela proposta, determinar a venda em bloco a um terceiro pré-determinado, desde que observado o valor mínimo da avaliação dos bens, para que não ocorra fraude. Os  $\frac{2}{3}$  podem, ainda, optar pela constituição de uma sociedade, com o objetivo de dar continuidade aos negócios do falido.

#### **Leilão: Peculiaridades:**

- No leilão de que trata a Lei de Falências, são alienados tanto os bens móveis quanto os imóveis.
- No leilão de que trata a Lei de Falências, é obrigatória a participação do representante do Ministério Público, sob pena de nulidade.
- No leilão de que trata a Lei de Falências, os bens poderão ser arrematados pelo maior lance, ainda que não se alcance o valor da avaliação.

### **2.3.2. Pagamento do passivo**

Classificação dos créditos na falência.

Será respeitada uma ordem de preferência:

#### ***1.º – Credores trabalhistas***

- equiparam-se aos dos trabalhistas os créditos em favor daqueles que prestam serviços para a massa falida (todos os que contribuíram para a massa falida: síndico, advogados, perito). Súmula n. 219 do Superior Tribunal de Justiça;
- também recebem como credores trabalhistas os representantes comerciais, em caso de falência do representado;
- se existir crédito decorrente de acidente do trabalho, esse deve ser quitado antes do pagamento dos credores trabalhistas. Essa posição não é pacífica.

#### ***2.º – Credores fiscais***

- União
- Estados e DF
- Municípios

#### ***3.º – Encargos da massa***

Art. 124, § 1.º, da Lei de Falências.

#### ***4.º – Dívidas da massa***

Art. 124, § 2.º, da Lei de Falências.

#### ***5.º – Créditos com garantia real***

Se o bem em garantia precisar ser utilizado para pagamento dos credores preferidos ao credor com garantia real, vende-se o bem e esse credor passa a ser quirografário.

#### ***6.º – Créditos com privilégio especial***

Art. 102, § 2.º, da Lei de Falências; Art. 1.565 do CC.

#### ***7.º – Créditos com privilégio geral***

Art. 102, § 3.º, e art. 1.569 do CC.

### **8.º – Créditos quirografários**

Não tem garantia, nem privilégio.

### **9.º – Credores subquirografários**

Após o pagamento de todos os credores, se sobrar algum bem no “acervo”, esse será dividido entre sócios, acionistas.

Uma vez vendidos os bens e pagos os credores, quando possível, deverá o síndico apresentar a sua prestação de contas, nos termos do art. 69 da Lei de Falências. Essa prestação de contas pode ser impugnada e, ao final, decidida por sentença, contra a qual cabe recurso de apelação.

Transitada em julgado a decisão de prestação de contas, deverá o síndico, nos vinte dias seguintes, apresentar o seu relatório final, previsto no art. 131, da Lei de Falências. Esse relatório pode ser entendido como um grande balanço do que ocorreu na etapa executiva. Deve apresentar o valor do ativo, do passivo e dos pagamentos efetuados, e indicar os créditos que remanescem contra o falido.

Caso o síndico deixe de apresentar esse relatório, ele deverá ser destituído, passando essa responsabilidade ao Ministério Público.

Uma vez apresentado esse relatório, o juiz profere sentença encerrando o processo falimentar.

Encerrada a falência, os credores não pagos poderão cobrar seus créditos diretamente do falido, até serem extintas suas obrigações.

## **3. FASE PÓS-FALIMENTAR**

O objetivo dessa fase é a reabilitação do falido por meio da extinção de suas obrigações, por sentença. Para isso, o falido deve preencher alguns requisitos:

- pagamento ou novação, desde que, nessa 2.ª hipótese, com garantia real (pode ser prestada por terceiro);
- depois de realizado todo o ativo, rateio de no mínimo 40% do devido aos quirografários;
- decurso do prazo de cinco anos, a contar do encerramento da falência, caso não haja condenação pela prática de crime falimentar. Havendo crime falimentar, o prazo será de 10 anos.

## DIREITO COMERCIAL

### Sociedades por ações – Lei n. 6.404/76 (Sociedade Anônima)

#### 1. CLASSIFICAÇÃO

As sociedades anônimas classificam-se em abertas e fechadas, de acordo com a negociação de seus valores na Bolsa de Valores e no Mercado de Balcão.

Antes de adentrarmos no assunto, é indispensável a breve compreensão de alguns conceitos:

- A Bolsa de Valores e o Mercado de Balcão formam o Mercado de Capitais, no qual se negociam ações ou qualquer outro valor mobiliário;
- A Bolsa de Valores é uma associação civil, formada por sociedades corretoras de valores mobiliários de uma mesma base territorial, que exerce o serviço do pregão de valores mobiliários. A Bolsa é mercado secundário de valores mobiliários;
- O Mercado de Balcão compreende todos os negócios que se realizam no mercado aberto de capitais, fora da Bolsa de Valores. É mercado primário e secundário de valores mobiliários;
- O mercado primário de valores mobiliários é aquele em que as ações são subscritas ou lançadas. Exemplo: contrato de subscrição ou underwriting – Sociedade de ações está sendo formada – contrato com uma instituição para viabilizar o lançamento das ações e, também, lançar as mesmas;
- O mercado secundário de valores mobiliários é aquele em que são negociadas ações já subscritas ou lançadas. Ex.: contrato de compra e venda de ações efetuadas na Bolsa de Valores;
- Valores mobiliários são títulos de investimento que as sociedades anônimas emitem para captação dos recursos necessários ao desenvolvimento de sua atividade econômica.

Após o conhecimento acerca dos conceitos básicos, passaremos à referida classificação das sociedades anônimas:

- *Abertas:* são as sociedades anônimas cujos valores mobiliários são negociáveis na Bolsa de Valores e no Mercado de Balcão, o que é, inclusive, a sua fonte de captação de recursos. Têm como característica o levantamento

de fundos em alta quantia e são controladas e fiscalizadas pelo Estado por intermédio da Comissão de Valores Mobiliários – CVM;

- *Fechadas*: são aquelas que não negociam seus valores mobiliários no mercado de capitais.

## 2. ESPÉCIES DE VALORES MOBILIÁRIOS

As espécies de valores mobiliários são: ação, debênture, partes beneficiadas, bônus de subscrição, *commercial paper*.

### 2.1. Ação

É uma espécie de valor mobiliário representativo de unidade do capital social de uma sociedade anônima e que confere ao seu titular um complexo de direitos e deveres patrimoniais e políticos.

Muitos autores colocam a ação como uma espécie de título de crédito, porém essa classificação não condiz com a realidade, visto que os títulos de créditos conferem ao seu titular direitos tão-somente na esfera patrimonial, enquanto as ações, além de conferirem direitos na esfera patrimonial, conferem também direitos na esfera política. O principal direito político conferido pelas ações é o direito de voto, além do direito à fiscalização.

#### 2.1.1. Classificação das ações

##### a) Quanto à espécie

- *Ordinárias*: são aquelas que conferem aos seus titulares os direitos que a lei reserva aos acionistas. Não conferem vantagens ou privilégios na esfera patrimonial, porém o direito político do voto é sempre concedido.
- *Preferenciais*: são as que conferem aos seus titulares alguma vantagem ou privilégio na esfera patrimonial. Por outro lado, não conferem direito de voto. As vantagens estão dispostas no art. 17 da Lei das Sociedades por Ações (este rol é exemplificativo). As sociedades por ações admitem no máximo 50% do capital social representados por ações preferenciais sem direito a voto (é a nova redação do § 2.º do art. 15 da Lei n. 6.404/76, redação essa dada pela Lei n. 10.303/2001). Deve-se notar que as ações preferenciais sem direito de

voto ou com restrição ao exercício deste direito, somente serão admitidas à negociação no mercado de valores mobiliários se a elas for atribuída pelo menos uma das seguintes preferências ou vantagens (art. 17, § 1.º, inc. I, da Lei n. 6.404/76, com nova redação) em prioridade na distribuição de dividendos, fixo ou mínimo;

- *De fruição*: são as atribuídas aos acionistas, cujas ações foram amortizadas. Amortizar uma ação significa adiantar ao acionista o que ele receberia caso a sociedade fosse liquidada, independentemente desse evento (dessa liquidação). O acionista não terá mais direito ao acervo do patrimônio em caso de partilha. Os acionistas de fruição possuem todos os demais direitos essenciais. Vale lembrar que o direito a voto não é um direito essencial.

#### ***b) Quanto à forma***

- *Nominativas*: são as que identificam o seu titular, diferentemente das ações ao portador, que foram extintas em 1990. Atualmente, todas as ações identificam o portador, tanto as nominativas quanto as escriturais. As ações nominativas estão registradas no livro da sociedade anônima e sua transferência ocorre mediante averbação em livro próprio. O que diferencia as ações nominativas das escriturais é o ato jurídico que opera a transferência de sua titularidade.
- *Escriturais*: são aquelas registradas nos livros de uma instituição financeira e sua transferência ocorre mediante ordem do alienante para que se proceda a uma baixa em sua conta de ações e a um crédito na conta de ações do adquirente. Elas não geram emissão de certificados, apenas constam dos arquivos da instituição financeira.

#### ***c) Quanto à classe***

- As ações ordinárias de companhias abertas não podem ser divididas em classes. As ordinárias de companhias fechadas podem ser divididas em classes, observado o limite do art. 16 da LSA; este rol é taxativo.
- Ações preferenciais sempre poderão ser divididas em classes, tantas quantos forem distintos os conjuntos de direitos.

## **2.2. Debênture**

É uma espécie de valor mobiliário representativo de um contrato de mútuo em que a sociedade anônima emitente é o mutuário e o debenturista é o mutuante. É emitida a partir de um documento que se chama escritura de emissão de debêntures, que apresentará todas as condições da emissão. Tal documento conterà:



- o valor de cada debênture;
- o prazo de resgate;
- a remuneração do debenturista;
- as garantias que a sociedade anônima oferece ao debenturista.

### **2.2.1. Classificação das debêntures**

As debêntures podem ser classificadas de acordo com a garantia que oferecem ao debenturista:

- *debênture com garantia real*: confere a seu titular (ao debenturista) um direito real de garantia – pode ser hipoteca, penhor etc.;
- *debênture com garantia flutuante*: confere ao seu titular um privilégio geral em caso de falência da sociedade anônima emitente;
- *debênture quirografária*: confere um crédito de natureza quirografária ao seu titular (crédito quirografário: aquele que não tem garantia nem privilégio);
- *debênture subordinada ou sub-quirografária*: confere ao seu titular uma preferência em relação aos acionistas, em caso de falência da sociedade anônima emitente.

As debêntures são emitidas por S/As fechadas ou abertas (para o mercado de capitais – Bolsa de Valores e Mercado de Balcão). Se a emissão for feita para o mercado de capitais, a escritura de emissão obrigatoriamente indicará um agente fiduciário de debenturistas que os representará em todas as relações com a sociedade anônima. Agente fiduciário de debenturista pode ser pessoa física ou jurídica. Se for jurídica, deve ser uma instituição financeira. As debêntures podem ser convertidas em ações, a depender da escritura de emissão.

A nova redação do art. 59 da Lei n. 6.404/76, dada pela Lei n. 10.303/2001, prevê a possibilidade de, na companhia aberta, o conselho de administração, deliberar sobre a emissão de debêntures simples, não conversíveis em ações e sem garantia real. (§ 1.º do art. 59, da Lei 6.404/76).

### **2.3. Partes Beneficiárias**

São valores mobiliários que conferem aos seus titulares direito de crédito eventual, consistente na participação nos lucros da sociedade anônima emitente. A Lei n.

10.303/2001, que modificou a Lei n. 6.404/76, vedou às companhias abertas emitir partes beneficiárias (§ único, do art. 47). Nas S/As fechadas, além dessas duas hipóteses, também podem as partes beneficiárias ser atribuídas aos fundadores da companhia como remuneração por serviços prestados.

No máximo 10% dos lucros podem ser atribuídos às partes beneficiárias. As partes beneficiárias têm o prazo máximo de duração de 10 anos, exceto aquelas atribuídas às associações de empregados, que têm prazo de duração indeterminado.

## **2.4. Bônus de Subscrição**

São valores mobiliários que conferem ao seu titular direito de preferência na subscrição de novas ações da companhia. Só podem emitir bônus de subscrição a sociedade anônima de capital autorizado.

## **2.5. *Commercial Paper* (nota promissória)**

São valores mobiliários destinados à captação de recursos a curto prazo (30 a 180 dias). Se a intenção da sociedade anônima é conseguir recurso a longo prazo, emite debênture. Se for a curto prazo, emite *commercial paper*.

# **Sociedade Anônima – Lei n. 6.404/76**

## **1. CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE ANÔNIMA**

A sociedade anônima aberta é constituída por subscrição pública. A sociedade anônima fechada tem sua constituição por subscrição privada.

### **1.1. Regras Comuns**

- Necessidade de pluralidade de subscritores, pelo menos duas pessoas.
- Os subscritores devem integralizar, no mínimo, 10% do capital à vista. Se for o caso de instituição financeira, a integralização imediata deve ser de, no mínimo, 50%.

## **1.2. Processo da Subscrição Pública de uma Sociedade Anônima Aberta**

- Registro na CVM.

Documentos necessários:

- a) estudo da viabilidade econômica do empreendimento;
  - b) prospecto divulgando o investimento ao mercado;
  - c) projeto do estatuto.
- Colocação das ações junto ao investidor, o que se dará obrigatoriamente por intermédio de uma instituição financeira. No contrato de underwriting, a contratada será a instituição financeira.
  - Assembléia de fundação

Os subscritores das ações votarão o estatuto, que será aprovado por deliberação de mais da metade do capital social.

Uma vez aprovado, o estatuto deve ser publicado e depois levado a arquivamento na junta comercial.

Na assembléia de fundação todos votam.

## **1.3. Regras para constituição de Sociedade Anônima Fechada**

Os fundadores elaboram um projeto de estatuto que deve ser aprovado em uma assembléia de fundação.

Particularidade: é possível constituir uma sociedade anônima fechada por escritura pública desde que assinada por todos os subscritores.

## **2. ÓRGÃOS SOCIAIS**

*A estrutura organizacional de uma sociedade anônima pode ser formada por quatro órgãos distintos:*

- Assembléia Geral;

- Conselho de Administração;
- Diretoria;
- Conselho Fiscal.

## 2.1. Assembléia Geral

É o órgão mais importante da sociedade anônima, possuindo um caráter exclusivamente deliberativo.

Participam da Assembléia Geral os acionistas com ou sem direito a voto, aqueles deliberam, estes podem discutir a matéria sujeita à deliberação, de acordo com o parágrafo único do art. 125, Lei das Sociedades Anônimas (direito de voz). Modalidades de Assembléia Geral:

- *Assembléia geral ordinária (AGO)*: realiza-se obrigatoriamente nos quatro meses seguintes ao término de cada exercício social. Compete exclusivamente à assembléia geral ordinária deliberar sobre os assuntos previstos no art. 132 da Lei das Sociedades Anônimas cujo rol é taxativo, qualquer outra deliberação deverá ser objeto de assembléia geral extraordinária. Ex.: eleição de administradores, distribuição de lucros, aprovação das contas.
- *Assembléia geral extraordinária (AGE)*: realiza-se sempre que necessária. Nela há deliberação acerca de todos os assuntos cuja competência não seja exclusiva da assembléia geral ordinária.

Obs.: é possível a realização concomitante de AGO e AGE.

### 2.1.1. Convocação de Assembléia Geral

A regra estabelece que a competência para convocar a Assembléia Geral é do Conselho de Administração. Caso não haja Conselho de Administração, a Assembléia Geral é convocada pela diretoria. Se, por alguma razão, a diretoria deixar de convocá-la, será convocada pelo Conselho Fiscal ou pelos acionistas.

A convocação da Assembléia Geral deve ser feita por anúncio a ser publicado na imprensa por três vezes. Entre a data da publicação do 1.º anúncio e a data da realização da Assembléia Geral, devem decorrer, no mínimo, oito dias, para as companhias fechadas e quinze dias, para as companhias abertas. Entre a data do anúncio da 2.ª convocação e a data da realização da Assembléia em 2.ª convocação, deve decorrer, no mínimo, cinco dias para as companhias fechadas e oito para as companhias abertas. A

não observância desses prazos pode causar a declaração da nulidade da Assembleia Geral (a diferenciação do prazo mínimo para convocação entre as S/As abertas e fechadas foi trazida pela Lei n. 10.303/2001).

*Exceção:* a convocação prévia se torna desnecessária se estiverem presentes nas assembleias todos os acionistas (tanto os ordinaristas como os preferencialistas).

Se a S/A for fechada, a convocação pode se dar por carta (correspondência epistolar).

Em S/A aberta, nunca se admite a convocação por carta.

### **2.1.2. Quorum para instalação e deliberação da Assembleia Geral**

Para que uma Assembleia Geral possa instalar-se, é necessária a presença de no mínimo  $\frac{1}{4}$  do capital social votante.

Se o objeto da Assembleia Geral implicar alteração do estatuto, o *quorum* é elevado para  $\frac{2}{3}$ .

Em 2.<sup>a</sup> convocação, a assembleia instala-se com qualquer número de acionistas presentes.

Para aprovação dos assuntos em Assembleia Geral, basta a aprovação da maioria simples dos presentes. Se o assunto a ser deliberado for algum daqueles previstos no art. 136 da Lei das Sociedades Anônimas, deve haver um *quorum* de deliberação qualificado, correspondendo a no mínimo 50% do total do capital social votante.

Ex.: fusão da companhia, incorporação de uma companhia em outra, dissolução da sociedade, cisão da companhia.

Para que as ações preferenciais possam ser alteradas, é necessária a prévia autorização ou uma ratificação por parte dos acionistas cujas ações foram afetadas em Assembleia Especial, salvo se já previstas ou autorizadas pelo Estatuto.

## **2.2. Conselho de Administração**

É um órgão facultativo também de caráter deliberativo, constituído tão-somente por acionistas (pessoas físicas, em número mínimo de três). É obrigatório em 3 sociedades:

- a) sociedades anônimas abertas;

- b) sociedades de economia mista;
- c) sociedades anônimas de capital autorizado (quando o futuro aumento de capital está previamente autorizado pela Assembléia Geral).

Os membros do Conselho de Administração são eleitos pela Assembléia Geral. E seus poderes são previstos no estatuto. A nova redação do art. 140 da Lei n. 6.404/76 (dada pela Lei n. 10.303/2001), prevê que a escolha e substituição do presidente do conselho podem se dar pela assembléia ou pelo próprio Conselho, de acordo com o que restar estabelecido no Estatuto.

### **2.3. Diretoria**

É o órgão de execução das deliberações da Assembléia Geral e do Conselho de Administração.

Os diretores, mínimo de dois, são eleitos pelo Conselho de Administração ou, na sua ausência, pela Assembléia Geral. Podem ser acionistas ou não.

O Enunciado n. 269 do TST estabelece que o empregado eleito para ocupar cargo de direção terá suspenso seu contrato de trabalho, salvo se houver subordinação (art. 3.º da CLT).

A diretoria pode ser composta por, no máximo, 1/3 dos membros do Conselho de Administração.

Os membros do Conselho de Administração e da Diretoria são entendidos como administradores para todos os efeitos.

### **2.4. Conselho Fiscal**

É um colegiado que se destina ao controle dos órgãos da administração, com o objetivo de proteger os interesses dos acionistas e da sociedade. É de existência obrigatória e funcionamento facultativo, sendo permanente tão-somente nas sociedades de economia mista.

A deliberação quanto ao funcionamento de Conselho Fiscal é tomada em Assembléia Geral, podendo ser Ordinária ou Extraordinária, independentemente da inclusão do assunto em pauta.

O *quorum* mínimo para instalação do Conselho Fiscal é de 10% das ações com voto e 5% das ações sem voto.

O Conselho Fiscal deve ser composto por no mínimo três e no máximo cinco pessoas físicas, acionistas ou não.

Os membros da administração e da diretoria não podem ser membros do Conselho Fiscal.

A nova redação do art. 165 da Lei n. 6.404/76, dada pela Lei n. 10.303/2001, prevê que a atuação do conselho fiscal deve se dar no exclusivo interesse da companhia. Nesse sentido o § 1.º, do art. 165: “Os membros do conselho fiscal deverão exercer suas funções no exclusivo interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o exercício da função com o fim de causar dano à companhia, ou aos seus acionistas ou administradores, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia, seus acionistas ou administradores”.

### **3. DEVERES DOS ADMINISTRADORES EM UMA SOCIEDADE ANÔNIMA**

- Dever de diligência.
- Dever de lealdade.
- Dever de informar.

#### **3.1. Dever de Diligência**

Para cumprir o dever de diligência previsto no art. 153 da Lei das Sociedades Anônimas, o administrador empregará na condução dos negócios sociais as técnicas recomendadas pela ciência da Administração de Empresas.

#### **3.2. Dever de Lealdade**

Para cumprir o dever de lealdade previsto no art. 155, incs. I, II e III da Lei das Sociedades Anônimas, o administrador não poderá utilizar em benefício próprio informações que obteve acerca dos planos e interesses da companhia em razão do cargo que ocupa, podendo, inclusive, incorrer em crime de concorrência desleal (Lei de Propriedade Industrial, art.195, inc. XI, § 1.º).

#### **3.3. Dever de Informar**

Aplicado ao administrador de Sociedade Anônima aberta, encontra-se previsto no art. 157 da Lei das Sociedades Anônimas.

Para cumprir o dever de informar, o administrador deve imediatamente comunicar à Bolsa de Valores e à imprensa a ocorrência de qualquer fato que possa influenciar de modo ponderável, significativo, a decisão dos investidores de comprar ou vender valores mobiliários de emissão da companhia.

A bolsa de valores trabalha com o princípio da ampla informação – *full disclosure* -, tudo que acontece na companhia que seja importante deve ser comunicado à imprensa e à Bolsa de Valores. Ex.: uma companhia participou de uma licitação e ganhou, conseqüentemente, ocorrerá muita procura pelas suas ações, assim, o preço destas subirá. Um mês depois, porém, a administração cancela o contrato. Esse cancelamento deverá ser comunicado à Bolsa de Valores e à imprensa, pelos administradores da companhia.

#### **4. RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADMINISTRADORES**

A lei das sociedades anônimas prevê que os administradores serão responsabilizados em duas situações:

- a) quando agirem com dolo ou culpa, ainda que dentro de suas atribuições;
- b) quando agirem com violação à Lei ou ao estatuto.

Na primeira hipótese, trata-se de responsabilidade civil subjetiva.

Na segunda, existem duas correntes acerca da natureza da responsabilidade: uma entende que é o caso de responsabilidade objetiva, pouco importando a culpa (minoritária). Outra entende que se trata de responsabilidade subjetiva, todavia com inversão do ônus da prova. Cabe ao administrador provar que não houve violação.

Os prejuízos causados pelos administradores são suportados pela companhia, tendo esta legitimidade para responsabilizá-los por não terem cumprido com seus deveres.

A prévia deliberação em Assembléia Geral é condição de procedibilidade da ação de responsabilização em face dos administradores.

Caso a Assembléia Geral decida pela responsabilização do administrador, este deverá ser substituído, devendo a ação ser proposta nos três meses seguintes. Decorrido esse período sem a propositura da ação, qualquer dos acionistas que detenha pelo menos 5% do capital social poderá fazê-lo isoladamente como substituto processual. O resultado da ação reverte em favor da sociedade.



Qualquer prejudicado pode ingressar diretamente em face do administrador com ação de indenização.

O Ministério Público poderá ingressar com ação civil pública em face do administrador que causar prejuízos no mercado de capitais.

## **5. DEVERES E DIREITOS DOS ACIONISTAS**

### **5.1. Deveres**

O dever principal é o de integralizar as ações subscritas. O acionista que não cumpre com esse dever será considerado remisso.

Diante de um acionista remisso, a sociedade anônima tem duas opções:

- poderá optar pela cobrança do valor a integralizar;
- poderá alienar as ações do remisso na Bolsa de Valores em leilão especial.
- Essas opções são válidas para sociedade anônima aberta ou fechada, e o que já foi integralizado pelo remisso será devolvido.

### **5.2. Direitos**

- Direito de participação nos lucros e no acervo.
- Direito de fiscalização.
- Direito de preferência na subscrição de ações e certos valores mobiliários.
- Direito de retirada (recesso ou dissidência).

São direitos essenciais, portanto, não poderão ser suprimidos nem pelas Assembléias nem pelo estatuto da sociedade.

Obs.: existe uma posição doutrinária, minoritária, entendendo que esses direitos podem ser suprimidos.

### **5.2.1. Direito de participação nos lucros e no acervo**

A participação nos lucros de uma S/A se dá por meio do pagamento de dividendos.

Cabe à Assembléia Geral Ordinária deliberar sobre a distribuição dos lucros.

A participação no acervo, como regra, se verifica quando a sociedade é extinta.

Exceções: é possível que o acionista participe do acervo durante a existência da sociedade:

- quando a sua ação é amortizada. Amortizar a ação corresponde ao adiantamento ao acionista do valor que ele receberia caso a sociedade fosse extinta;
- quando o acionista exerce o direito de retirada (recesso ou dissidência).

Como regra, o acionista participa do acervo de acordo com a sua participação acionária. É possível, entretanto, a criação de ações preferenciais que conferem aos seus titulares uma percentagem superior no acervo quando comparada à participação no capital da sociedade.

Ex.: sociedade anônima cujo estatuto consta que uma determinada classe de acionistas preferenciais terá uma percentagem a mais de 10%.

### **5.2.2. Direito de fiscalização da sociedade**

O direito de fiscalização é bastante restrito em uma sociedade anônima. Limita-se às hipóteses legais:

- por meio do Conselho Fiscal. O funcionamento do Conselho Fiscal é facultativo, mas pode ser instalado a qualquer momento;
- acesso direto aos livros sociais. Nas sociedades anônimas, apenas podem ter acesso aos livros sociais acionistas que representem no mínimo 5% do capital social. Além disso, o acionista deve indicar o dispositivo legal ou estatutário violado;
- prestação de contas dos administradores;
- auditoria independente. É obrigatória nas sociedades anônimas abertas e facultativa para as fechadas.

### 5.2.3. *Direito de preferência na subscrição de novas ações*

Visa principalmente à manutenção da participação societária, além da manutenção do poder de controle.

Ex.: Acionista com 5% das ações, a empresa vai aumentar o capital social, tem direito de subscrever ações para manter os 5%.

O direito de preferência pode ser objeto de negociação. É possível transferi-lo a terceiro. Pode-se até mesmo vender o direito de preferência.

### 5.2.4. *Direito de retirada (recesso ou dissidência)*

O acionista pode se retirar da sociedade de duas formas:

- *alienação* – Realiza-se um negócio bilateral sem a participação da sociedade (contrato de compra e venda de ações). O valor da participação societária é o valor de mercado;
- *retirada* – não se faz acordo bilateral. Retirada é um direito, portanto, é um ato unilateral. Exige a participação da companhia (da sociedade). O valor que se paga não é o valor de mercado, mas sim o valor patrimonial. O direito de retirada (forma) encontra-se previsto no art. 137 da Lei das Sociedades Anônimas.

"Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas:

.....

II – nos casos dos incisos IV e V o art. 136, não terá direito de retirada o titular de ação de espécie ou classe que tenha liquidez e dispersão no mercado, considerando-se haver:

a) liquidez, quando a espécie ou classe de ação, ou certificado que a represente, integre índice geral representativo de carteira de valores mobiliários admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários, no Brasil ou no exterior, definido pela Comissão de Valores Mobiliários; e

b) dispersão, quando o acionista controlador, a sociedade controladora ou outras sociedades sob seu controle detiverem menos da metade da espécie ou classe de ação;

III – no caso do inciso IX do art. 136, somente haverá direito de retirada se a cisão implicar:

- a) mudança do objeto social, salvo quando o patrimônio cindido for vertido para sociedade cuja atividade preponderante coincida com a decorrente do objeto social da sociedade cindida;
- b) redução do dividendo obrigatório; ou
- c) participação em grupo de sociedades;

IV – o reembolso da ação deve ser reclamado à companhia no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da ata da assembléia-geral;

V – o prazo para o dissidente de deliberação de assembléia especial (art. 136, § 1.º) será contado da publicação da respectiva ata;

VI – o pagamento do reembolso somente poderá ser exigido após a observância do disposto no § 3.º e, se for o caso, da ratificação da deliberação pela assembléia-geral.

.....

§ 2.º O direito de reembolso poderá ser exercido no prazo previsto nos incisos IV ou V do *caput* deste artigo, conforme o caso, ainda que o titular das ações tenha se absterido de votar contra a deliberação ou não tenha comparecido à assembléia.

§ 3.º Nos 10 (dez) dias subseqüentes ao término do prazo de que tratam os incisos IV e V do *caput* deste artigo, conforme o caso, contado da publicação da ata da assembléia-geral ou da assembléia especial que ratificar a deliberação, é facultado aos órgãos da administração convocar a assembléia-geral para ratificar ou reconsiderar a deliberação, se entenderem que o pagamento do preço do reembolso das ações aos acionistas dissidentes que exerceram o direito de retirada porá em risco a estabilidade financeira da empresa.”

As sociedades anônimas são sociedades institucionais. É possível a venda das ações para qualquer pessoa, basta o contrato de compra e venda e o registro no livro da empresa.

Hipóteses em que cabe a retirada nas sociedades anônimas (hipóteses dos incs. I a VI e IX do art. 136):

***a) Criação de ações preferenciais ou aumento das classes existentes***

Se foi realizada Assembléia Geral e ficou decidido nessa assembléia o aumento das ações preferencialistas, os acionistas ordinaristas podem se retirar.

Os preferencialistas não afetados não exercerão o direito de retirada.

***b) Alteração nas preferências ou vantagens das ações preferenciais***

Ex.: Acionista que comprou ação preferencial da classe Y, porque receberia 10%; se a porcentagem baixar para 7%, pode se retirar.

Para que seja exercido o direito de retirada neste caso, a deliberação já deve ter sido tomada em Assembléia Geral e Assembléia de preferencialistas.

***c) Redução do dividendo obrigatório***

***d) Caso de fusão, cisão, incorporação ou participação em grupo de sociedades***

É importante notar que a Lei n. 10.303/2001 trouxe de volta a possibilidade do exercício do direito de retirada em caso de cisão.

***e) Alteração do objeto social da sociedade***

Não cabe a retirada se as alterações forem essenciais para efeitos de concorrência.

***f) Hipótese de transformação da sociedade anônima em tipo societário distinto***

***g) No caso de desapropriação do controle da sociedade***

O Estado pode desapropriar o controle da sociedade anônima, transformando-a em sociedade de economia mista.

Quando o acionista se retira da sociedade, recebe um reembolso do valor de suas ações, que tem como base o patrimônio líquido da sociedade.

Existe uma tendência de que o valor a ser pago como retirada corresponde ao valor econômico da sociedade (tem de estar previsto no estatuto). O valor econômico leva em conta a perspectiva de crescimento da sociedade.

## **6. DIREITO DE VOTO**

Não é essencial, pode ser suprimido pelo estatuto em duas hipóteses: ações preferenciais e acionista em mora.

As ações preferenciais normalmente não votam, mas situações excepcionais permitem o direito de votar. Ex.: Assembléia de Constituição; se em três exercícios seguidos não se deliberarem os lucros; se a sociedade resolver fechar o seu capital.

Cada ação confere, em regra, um voto nas Assembléias Gerais. É possível o chamado “voto múltiplo” para eleição de membros do Conselho de Administração. O voto múltiplo ocorre quando cada ação confere tantos votos quantos forem os membros do Conselho de Administração.

A Lei das Sociedades Anônimas reprime, proíbe, o voto irregular. Há duas espécies de voto irregular:

- *voto abusivo*: é aquele com o qual o acionista tem a intenção de causar dano à sociedade ou aos demais acionistas;
- *voto conflitante*: é aquele emitido por acionista que tem um interesse pessoal incompatível com o interesse da sociedade. Ex.: o administrador acionista não pode votar sua própria conta.

Nas duas hipóteses, haverá responsabilização civil do acionista.

Se o voto foi abusivo, a Assembléia Geral não será nula. O voto abusivo não causa a invalidação da Assembléia.

O voto conflitante pode causar a invalidade da Assembléia, caso o resultado fosse distinto na hipótese de abstenção.

## **7. ACORDO DE ACIONISTAS**

É um contrato que se realiza entre acionistas com o objetivo de estabilizar as relações na companhia.

Basicamente, o acordo de acionistas pode ter por objetivo:

- poder de controle;
- alienação de ações.

### **7.1. Poder de Controle**

Detém o controle de uma sociedade anônima o acionista ou grupo de acionistas que tiver o poder de comandar a sociedade, elegendo seus administradores e determinando as linhas básicas de atuação desta.

Esse poder de controle ocorre na Assembléia Geral Ordinária.

O controlador de uma S/A responde pelos atos que praticar de forma abusiva.

A Lei das Sociedades Anônimas descreve as hipóteses em que se verifica o exercício abusivo do poder de controle (art. 117 da Lei das Sociedades Anônimas). Ex.: Diretor que se aproveita do cargo para auferir vantagens pessoais.

## 7.2. Alienação de Ações

O acordo de acionista que tem por objeto alienação de ações poderá dispor sobre restrições quanto a alienações dessas.

P.: É possível restrição à transferência de ações em sociedade anônima?

R.: Na *sociedade anônima aberta* não pode haver restrição, exceção: pode-se restringir a circulação de ações que estejam vinculadas em acordo de acionistas. Em *sociedade anônima fechada* é permitida tal restrição.

O acordo de acionistas deve estar registrado nos livros da sociedade anônima para que gere efeitos em relação à sociedade.

## 8. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

É uma sociedade anônima cujo controle está nas mãos do Poder Público, que detém a parte majoritária do capital social.

Para a constituição de uma sociedade de economia mista, é necessária a existência de prévia autorização legal.

A particularidade deste tipo societário é a possibilidade de diminuição global do lucro líquido da sociedade, em virtude da realização do bem comum que inspirou a sua constituição.

Obrigatoriamente, uma sociedade de economia mista apresenta Conselho de Administração e Conselho Fiscal em funcionamento.

O art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas, que previa que as sociedades de economia mista não se sujeitavam à falência foi revogado pela Lei n. 10.303/2001.

## 9. TRANSFORMAÇÃO, INCORPORAÇÃO, FUSÃO E CISÃO

## 9.1. Transformação

Ocorre quando uma sociedade comercial altera o seu tipo societário.

A transformação não afeta a pessoa jurídica, esta permanece intacta: mesmo capital social, mesmo ativo, mesmo passivo, etc.

Na transformação, altera-se a “roupagem jurídica”.

Conseqüências:

- alteração na responsabilidade dos sócios. A transformação depende da anuência de todos os sócios, a não ser que o estatuto a autorize por deliberação majoritária.(neste caso, os dissidentes terão direito de retirada, recesso ou dissidência);
- pode alterar o direito dos credores. A lei dispõe que os créditos que tiverem origem anterior à transformação continuarão com todas as suas prerrogativas preexistentes, no que se refere à solvabilidade.

Comerciante individual não se *transforma* em sociedade comercial. Deve instituir uma sociedade segundo as regras de constituição.

## 9.2. Incorporação

Tanto na incorporação como na fusão, verifica-se o fenômeno da concentração de empresas.

Na incorporação, uma sociedade que se denomina incorporadora absorve outra (s) sociedade (s), que se denominam incorporadas, sendo que a incorporadora remanesce e as incorporadas se extinguem.

A sociedade incorporadora é sucessora universal de todos os direitos e deveres das incorporadas.

## 9.3. Fusão

Duas ou mais sociedades se extinguem para que, da conjugação de seus patrimônios, surja uma nova sociedade.



A sociedade resultante da fusão é sucessora universal de todos os direitos e deveres das fusionadas.

As companhias fusionadas se extinguem sem liquidação, porque são absorvidas pela fusão.

O documento que viabiliza a operação é o protocolo; é uma espécie de pré-contrato das sociedades que fazem parte da operação (fusão, cisão, incorporação) – art. 226 da Lei das Sociedades por Ações.

O protocolo só vincula as companhias a partir do momento em que é aprovado pelas Assembléias Gerais das sociedades envolvidas.

#### **9.4. Cisão**

Na cisão, a sociedade se subdivide total ou parcialmente, sendo que parcela de seu patrimônio é vertida para outra ou outras sociedades pré-constituídas ou constituídas para este fim.

As sociedades em favor das quais foi vertido o patrimônio são solidariamente responsáveis pelas obrigações da sociedade cindida.

A sociedade cindida extingue-se, mas não se liquida.

Se a sociedade cindida não se extingue, o protocolo poderá especificar quais obrigações continuam sob sua responsabilidade.

O credor poderá, todavia, impugnar a destinação de seu crédito em 90 dias.

### **10. CONSIDERAÇÕES GERAIS**

A Lei n. 10.303, de 31.10.2001 trouxe importantes modificações à Lei das Sociedades Anônimas. Além das mudanças salientadas neste módulo e no anterior destaca-se ainda:

- *§ 4.º do art. 4.º*: prevendo que em caso de fechamento de capital deverá haver oferta pública para a aquisição da totalidade das ações em circulação no mercado, por preço justo, estabelece referido artigo: “O registro de companhia aberta para negociação de ações no mercado somente poderá ser cancelado se a companhia emissora de ações, o acionista controlador ou a sociedade que a controle, direta ou indiretamente, formular oferta pública para adquirir a totalidade das ações em

circulação no mercado, por preço justo, ao menos igual ao valor de avaliação da companhia, apurado com base nos critérios, adotados de forma isolada ou combinada, de patrimônio líquido contábil, de patrimônio líquido avaliado a preço de mercado, de fluxo de caixa descontado, de comparação por múltiplos, de cotação das ações no mercado de valores mobiliários, ou com base em outro critério aceito pela Comissão de Valores Mobiliários, assegurada a revisão do valor da oferta, em conformidade com o disposto no art. 4.º-A.”.

- *inclusão do art. 4.º-A*: regula a convocação de Assembléia Especial para deliberar sobre a nova avaliação para os fins de valor de compra previsto no § 4.º do art. 4.º (fechamento de capital), “Na companhia aberta, os titulares de, no mínimo, 10% (dez por cento) das ações em circulação no mercado poderão requerer aos administradores da companhia que convoquem assembleia especial dos acionistas titulares de ações em circulação no mercado, para deliberar sobre a realização de nova avaliação pelo mesmo ou por outro critério, para efeito de determinação do valor de avaliação da companhia, referido no § 4.º do art. 4.º (...)”.
- *inclusão do art. 116 e 165 A*: prevê a obrigação de informar a posição acionária para acionista controlador ou acionista que tenha elegido membro do conselho de administração ou do conselho fiscal ou para membros do conselho fiscal.

“Art. 116-A. O acionista controlador da companhia aberta e os acionistas, ou grupo de acionistas, que elegerem membro do conselho de administração ou membro do conselho fiscal, deverão informar imediatamente as modificações em sua posição acionária na companhia à Comissão de Valores e às Bolsas de Valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação, nas condições e na forma determinadas pela Comissão de Valores Mobiliários.”

“Art. 165-A. Os membros do conselho fiscal da companhia aberta deverão informar imediatamente as modificações em suas posições acionárias na companhia à Comissão de Valores Mobiliários e às Bolsas de Valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação, nas condições e na forma determinadas pela Comissão de valores Mobiliários.”

- *Inclusão do art. 254-A*: trata do “tag along”, ou seja, da obrigação de estender aos minoritários com direito de voto o direito de transferência das suas ações por, pelo menos, 80% do que foi oferecido aos titulares de ações que compõem o controle, em caso de alienação direta ou indireta do controle da companhia aberta.

“Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de

propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.

§ 1.º Entende-se como alienação de controle a transferência, de forma direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade.

§ 2.º A Comissão de Valores Mobiliários autorizará a alienação de controle de que trata o *caput*, desde que verificado que as condições da oferta pública atendem aos requisitos legais.

§ 3.º Compete à Comissão de Valores Mobiliários estabelecer normas a serem observadas na oferta pública de que trata o *caput*.

§ 4.º O adquirente do controle acionário de companhia aberta poderá oferecer aos acionistas minoritários opção de permanecer na companhia, mediante o pagamento de um prêmio equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago por ação integrante do bloco de controle.

§ 5.º (VETADO)”

- As regras de transição e a “*vacatio legis*”, estão previstas nos arts. 6.º, 8.º e 9.º da Lei n. 10.303/2001.

“Art. 6.º As companhias existentes deverão proceder à adaptação do seu estatuto aos preceitos desta Lei no prazo de 1 (um) ano, a contar da data em que esta entrar em vigor, devendo, para este fim, ser convocada assembléia-geral dos acionistas.

Art. 8.º A alteração de direitos conferidos às ações existentes em decorrência de adequação a esta Lei não confere o direito de recesso de que trata o art. 137 da Lei n. 6.404, de 1976, se efetivada até o término do ano de 2002.

§ 1.º A proporção prevista no § 2.º do art. 15 da Lei n. 6.404, de 1976, será aplicada de acordo com o seguinte critério:

I – imediatamente às companhias novas;

II – às companhias fechadas existentes, no momento em que decidirem abrir o seu capital; e

III – as companhias abertas existentes poderão manter proporção de até dois terços de ações preferenciais, em relação ao total de ações emitidas, inclusive em relação a novas emissões de ações.

§ 2.º Nas emissões de ações ordinárias por companhias abertas que optarem por se adaptar ao disposto no art. 15, § 2.º, da Lei n. 6.404, de 1976, com a redação que lhe é conferida por esta Lei, poderá não ser estendido aos acionistas titulares de ações preferenciais, a critério da companhia, o direito de preferência a que se refere o art. 171, § 1.º, *aliena b*, da Lei n. 6.404, de 1976. uma vez reduzido o percentual de participação em ações preferenciais, não mais será lícito à companhia elevá-lo além do limite atingido.

§ 3.º As companhias abertas somente poderão emitir novas ações preferenciais com observância do disposto no art. 17, § 1.º, da Lei n. 6.404, de 1976, com a redação dada por esta Lei, devendo os respectivos estatutos ser adaptados ao referido dispositivo legal no prazo de 1 (um) ano, após a data de entrada em vigor desta Lei.

§ 4.º Até a assembleia-geral ordinária que se reunir para aprovar as demonstrações financeiras do exercício de 2004, inclusive, o conselheiro eleito na forma do § 4.º, inciso II, ou do § 5.º do art. 141 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, será escolhido em lista tríplice elaborada pelo acionista controlador; e, a partir da assembleia-geral ordinária de 2006, o referido conselheiro será eleito nos termos desta Lei, independentemente do mandato do onselheiro a ser substituído.

Art. 9.º Esta Lei entra em vigor após decorridos 120 (cento e vinte) dias de sua publicação oficial, aplicando-se, todavia, a partir da data de publicação, às companhias que se constituírem a partir dessa data.”

## **Direito do Consumidor**

### **1. INTRODUÇÃO**

O Direito só se ocupava com as relações singularmente consideradas, sendo recente a preocupação com as relações de massa existentes entre fornecedores e consumidores, a partir do surgimento da chamada relação de consumo.

Entre as décadas de 50 e 60, do século XX, o crescimento das empresas e a sofisticação dos produtos e dos métodos de produção, favorecidos pelo sistema da livre-concorrência entre as empresas e pela multiplicação dos bens e dos métodos de

produção e dos serviços colocados à disposição, tornou claro e incontroverso que os consumidores assemelhavam-se a “escravos” do consumo.

Diante dessa situação, passou-se a reconhecer a figura do consumidor e, sobretudo, a sua vulnerabilidade, outorgando-lhe direitos específicos –denominados “proteção ao consumidor”. A existência dessa proteção não significou, todavia, o reconhecimento de uma autonomia disciplinar, com foros de cientificidade própria.

Inicialmente, reconheceu-se o evidente caráter de interdisciplinariedade da matéria, com regras de Direito Comercial, Civil, Penal, Administrativo, Econômico e Processual convivendo na defesa e proteção dos interesses do consumidor.

Nesse sentido, para certos autores, o reconhecimento e análise dos direitos estabelecidos em favor dos consumidores não implicam a aceitação da existência de um Direito do Consumidor, como ramo autônomo do Direito.

Para outros, preferível seria falar-se num “Direito da Produção”, em face da circunstância de que a natureza daquelas normas encerra um conjunto de restrições e de imposições que dizem respeito à atividade produtiva e não ao interesse específico dos consumidores.

Finalmente, há autores que admitem a existência de um verdadeiro “Direito do Consumidor”, concebido como o conjunto de normas que tem por finalidade a proteção dos consumidores.

Assim é que surgiu a Lei n. 8.078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor. Em seus arts. 1.º, 2.º e 3.º constam as disposições gerais; nos arts. 4.º e 5.º, a política nacional das relações de consumo; e nos arts. 6.º e 7.º, os direitos básicos do consumidor. Sugere-se, desde já, sejam lidos, com atenção esses dispositivos legais.

## **Direito do Consumidor**

### **1. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR**

Antes de iniciar o estudo deste tópico, é importante explicar a expressão “fornecedor”. Essa expressão foi utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor para identificar os diversos agentes econômicos que atuam em uma relação de consumo, tais como o fabricante, o produtor, o importador, o construtor etc.

Com a Revolução Industrial e, principalmente, a revolução tecnológica, ocorreram profundas alterações na sociedade; além das questões relativas à introdução de produtos

defeituosos no mercado, outros problemas ligados aos atos de consumo surgiram, como as práticas comerciais desleais e abusivas, a sofisticação dos produtos, o desenvolvimento do crédito e a eficácia cada vez maior da publicidade e do *marketing*.

Dessa forma, com o evidente desequilíbrio que passou a existir entre fornecedores e consumidores, surgiu a necessidade da criação de um mecanismo de proteção e defesa desses contra aqueles.

Assim, em 1962, o presidente dos Estados Unidos, John Kennedy, por meio de uma mensagem, reconheceu certos direitos fundamentais do consumidor, como o direito à segurança, o direito à informação, o direito à escolha e o direito de ser ouvido, criando-se, dessa forma, um direito novo, o do consumidor.

Na proteção do consumidor, são quatro os principais eixos acolhidos pela legislação:

- proteção contra práticas comerciais desleais e abusivas;
- informação, formação e educação do consumidor;
- representação, organização e consulta;
- proteção do consumidor contra produtos defeituosos e perigosos.

A responsabilidade civil do fornecedor encontra-se nesse último eixo, representando um dos mais importantes aspectos da proteção do consumidor.

Esse assunto encontra-se disciplinado nos arts. 12 e ss. do Código de Defesa do Consumidor.

O art. 12 citado dispõe que o fornecedor responderá “independentemente da existência de culpa”, deixando clara a escolha do legislador pela chamada responsabilidade objetiva, o que representa para muitos a maior inovação do mencionado Código. A adoção da responsabilidade objetiva do produtor foi introduzida por uma Diretiva da Comunidade Econômica Européia, aprovada em 25.7.1985.

A análise da responsabilidade pelo fato do produto, no Código de Defesa do Consumidor, pressupõe uma distinção entre a noção de produto defeituoso (art. 12, § 1.º, do CDC) e o conceito de vício do produto (art. 18 do CDC), apresentando conseqüências diversas no regime jurídico aplicável no caso de um ou de outro.

A noção de defeito se refere à incolumidade física e psíquica do consumidor, não importando, todavia, se o produto satisfaz a finalidade para a qual se destina. Essa primeira órbita de proteção visa assegurar a saúde e a segurança dos consumidores diante dos danos causados por produtos defeituosos.

Já a existência ou inexistência de vício do produto diz respeito à esfera patrimonial do consumidor, ou seja, visa proteger seu patrimônio dos prejuízos relacionados com a qualidade e com a quantidade dos produtos introduzidos no mercado.

Assim, se o dano sofrido for em consequência de defeito do produto, a única solução possível será a composição das perdas e danos, diferentemente de quando resultar de vícios do produto, quando não apenas o ressarcimento pelos danos satisfará o consumidor; nesse caso outras formas de ressarcimento serão necessárias, tais como a substituição do produto por outro da mesma espécie em perfeitas condições de uso (art. 18, § 1.º, inc. I, do CDC), a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada (inc. II), ou mesmo o abatimento proporcional do preço (inc. III).

O campo relacionado aos serviços vem disciplinado no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, no qual a mesma observação feita no já mencionado art. 12 encontra-se novamente presente; mais uma vez o legislador se utilizou da expressão “independentemente da existência de culpa”, deixando evidenciado que, no que se referir à prestação de serviços, também a responsabilidade será objetiva.

Importante atentar-se ao caso dos profissionais liberais, os quais são tratados pelo Código como uma exceção à regra (art. 14, § 4.º). A responsabilidade pessoal desses será apurada, dado o caráter personalíssimo de sua atividade, mediante a verificação da culpa.

Contudo, a situação desses profissionais mudou um pouco em relação a como era antes do advento do novo Código, isso porque, devido ao princípio do art. 6.º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor – possibilidade de inversão do ônus da prova –, eles poderão ter a incumbência de provar, em Juízo, não terem agido com culpa para, então, poderem se eximir da responsabilidade.

Importante, ainda, dizer que a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto, embora objetiva, não equivale à responsabilidade fundada sobre o simples nexo causal entre o uso do produto e o dano, devendo, ao contrário, entre esses dois elementos interpor-se um “defeito” do produto. Assim, existem hipóteses de exclusão de responsabilidade que, provadas pelo fornecedor, elidem o nexo de causalidade entre o produto e dano. Tais hipóteses estão arroladas no art. 12, § 3.º, do CDC.

A primeira causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor prevista no supracitado rol é a prova, por ele produzida, de que não colocou o produto no mercado; a segunda hipótese é a prova da inexistência do defeito e a terceira é a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro - no caso de culpa concorrente, permaneceria a responsabilidade do fornecedor.

A doutrina pátria tem manifestado o entendimento de que se trata, aqui, de um rol exemplificativo, esclarecendo ainda que existem outras causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor, devendo cada caso concreto ser analisado.

## **2. A PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

O termo “publicidade” é considerado em seu sentido mais amplo para englobar toda forma de ação publicitária em favor dos produtos e dos serviços.

Segundo GUIDO ALPA, a publicidade representa o próprio símbolo da sociedade de consumo, sendo, assim, imprescindível a sua regulamentação.

O CONAR (Conselho de Auto-regulamentação Publicitário), composto por anunciantes, agências de publicidade e veículos anunciantes, tem por objetivo reprimir os abusos éticos que porventura venham a ser praticados na publicidade em nosso País. Dessa forma, sua atuação é realizada no sentido de controlar a publicidade, sem, contudo, estar revestida de autoridade suficiente para impor sua decisão aos anunciantes e/ou agências de publicidade.

A forma de regulamentação legal só ocorreu mesmo com a introdução do Código de Defesa do Consumidor em nosso ordenamento jurídico, o qual, além de inovar nesse ponto, ainda sistematizou a publicidade.

Formou-se, então, com a existência do CONAR e a introdução do CDC, um sistema misto e ideal de controle da publicidade, ou seja, uma forma de controle privado e outra de controle legal compatíveis entre si.

O citado controle legal exercido pelo Código de Defesa do Consumidor tem como meta, conforme dispõe seu art. 37, evitar os abusos que se possam cometer contra os direitos dos consumidores.

Essa preocupação com a publicidade, despertada nos últimos anos, é justamente no intuito de evitar a veiculação de publicidade enganosa ou abusiva.

O Código de Defesa do Consumidor, ao regulamentar as normas acerca da publicidade, valeu-se de alguns princípios informadores, merecendo destaque os princípios da vinculação contratual (art. 30), da identificação da mensagem publicitária (art. 36), da veracidade (art. 37, § 1.º), da não abusividade da publicidade (art. 37, § 2.º), da inversão do ônus da prova (art. 38) e da correção do desvio publicitário (art. 56, inc. XII).



O princípio da vinculação contratual, inspirado no projeto francês, significa que toda a oferta ou publicidade de um produto ou serviço, desde que suficientemente precisa, obriga o fornecedor a contratar. Foi imensa a inovação do Código de Defesa do Consumidor conferida aos consumidores, já que, pelo sistema do Código Civil, somente a proposta de contrato vinculava o fornecedor (art. 1.080 do CC).

O princípio da identificação da mensagem publicitária, também com base no projeto francês, visa à fácil e imediata identificação da publicidade pelo consumidor, vedando-se, conseqüentemente, a publicidade clandestina ou a subliminar.

O terceiro princípio, que diz respeito à veracidade, trata da autenticidade da informação publicitária e da prova da veracidade da mensagem veiculada, devendo, dessa forma, o fornecedor possuir os dados técnicos, fáticos e científicos que comprovem essa mensagem. Ainda deve estar presente a exata correspondência entre o conteúdo da mensagem e as características apresentadas pelo produto ou serviço, proibindo-se, assim, qualquer fórmula que possa induzir o consumidor médio em erro. É justamente por esse princípio que se proíbe a publicidade enganosa.

O princípio da não abusividade da publicidade (ou da legalidade) visa à proteção aos valores da sociedade, como a sensibilidade do consumidor, respeito ao meio ambiente, à criança e à segurança.

Importantíssimo é o princípio da inversão do ônus da prova quando se tratar de matéria probatória a respeito da veracidade e correção da mensagem publicitária, dado que o Código de Defesa do Consumidor prevê ser de responsabilidade de quem patrocina a comunicação publicitária o ônus da prova da sua veracidade e correção da informação.

Concluindo, podemos dizer que a veracidade da informação publicitária liga-se ao princípio da veracidade, e a correção dessa diz respeito aos princípios da não abusividade e da identificação da mensagem publicitária, ficando a cargo do fornecedor (anunciante) sua prova.

A normatização da oferta e da publicidade pelo Código de Defesa do Consumidor tem por objetivo não só a sua regulamentação, como também prover o sistema jurídico de meios adequados a reparar os danos advindos das práticas comerciais sofridas pelos consumidores, nada impedindo, inclusive, que seja condenado o anunciante à reposição das coisas ao estado anterior, a ser obtida por meio da contrapropaganda.

## ***1. FALÊNCIA***

Se o devedor é insolvente, todos os credores receberão seus créditos, proporcionalmente, em uma execução concursal. (Princípio *Pars Conditio Creditorum*).

Se o devedor insolvente não é comerciante, a execução concursal se dá pelas regras do Código Civil.

Se o devedor insolvente é comerciante, a execução de seu patrimônio obedece às regras do Decreto-lei n. 7.661/45 – Lei de Falências.

Falência, portanto, é um processo judicial de execução coletiva, universal, dirigida contra devedor qualificado como comerciante.

### ***1.1. Pressupostos do Processo Falimentar***

- Devedor comerciante
- Insolvência
- Sentença declaratória da falência

#### **1.1.1. Devedor comerciante**

Somente o comerciante definido pela teoria dos atos do comércio ou o assim considerado por força de lei, por exemplo, empresas de construção e sociedades por ações, submetem-se à falência.

Prestadora de serviço não se subordina à falência, por ser excluída do conceito de comerciante. A empresa de publicidade, porém, pode sujeitar-se ao regime falimentar, pois, além de prestar serviço, pode vender espaço de propaganda, praticando ato de comércio.

Interessante salientar que, anteriormente, havia limitação quanto à falência de alguns comerciantes – dentre eles as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Essas encontravam expressa exclusão, em face do determinado no art. 242 da LSA. Atualmente, a Lei 10.303/02 revogou tal dispositivo.

A Lei de Falências exclui parcialmente de suas regras determinados comerciantes, por exemplo, as sociedades seguradoras, as instituições financeiras etc., que podem falir, mas não têm acesso à concordata.

Observações:

- Falência do comerciante de fato ou irregular.

O comerciante de fato ou irregular é aquele que deixa de arquivar seus atos constitutivos na Junta Comercial; *pode falir*, pois, para a Lei de Falências a formalidade do arquivamento não é relevante e, sim, se o comerciante desenvolve atividade comercial e é insolvente.

Não pode requerer concordata nem tem legitimidade para o pedido de falência de outro comerciante. Deve requerer a autofalência, quando for o caso (art. 8.º, da LF).

- Falência do ex-comerciante.

De acordo com a Lei, o comerciante continua sujeito à falência por um período de 24 meses, a contar da data do arquivamento dos atos dissolutórios na Junta Comercial ou do cancelamento da inscrição, se comerciante individual.

A doutrina faz prevalecer, no entanto, que o início da contagem dos 24 meses acontece da data em que, *de fato*, o comerciante deixou de desenvolver atividade comercial.

- Falência da sociedade e efeitos em relação ao sócio.

O art. 20 do Código Civil distingue a pessoa jurídica da pessoa física que a compõe. Assim, a falência da sociedade comercial não importa a dos sócios.

- Falência da sociedade em conta de participação.

Trata-se de sociedade definida pelo art. 325 do Código Comercial– não pode ser registrada e não tem personalidade jurídica e, assim, não pode falir. Somente o sócio ostensivo, como informa o art. 328 do Código Comercial, está sujeito à falência, sendo essa na condição de “empresário comercial individual, ou da sociedade que se prestar à condição de sócio ostensivo” (RUBENSREQUIÃO).

### 1.1.2. Insolvência jurídica

No sentido econômico, insolvência significa ter mais dívida do que patrimônio.

Para efeitos de declaração da falência, considera-se a insolvência jurídica (e não a econômica)– definida nas hipóteses criadas pelo legislador, as quais, verificadas de fato, pressupõem a insolvência, ensejando a falência. Os arts. 1.º e 2.º, da Lei de Falências, descrevem tais hipóteses:

- *Art. 1.º*: incorporou o sistema da impontualidade injustificada. Considera-se falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, deixa de pagar obrigação líquida. Para que se possa pedir a falência com base nesse artigo, é preciso levar a Juízo o título protestado, para caracterizar a impontualidade.
- *Art. 2.º*: descreve atos de falência– são comportamentos que pressupõem a insolvência.
  - Inc. I: comerciante executado que não paga e não nomeia bens à penhora. O exequente deve requerer uma certidão ao juiz, para distribuição do pedido de falência. A partir desse momento, o exequente deve desistir da execução.
  - Inc. V: alienação de estabelecimento comercial sem anuência dos credores, e sem deixar bens suficientes para garantia das dívidas.
  - Inc. VII: abandono do estabelecimento pelo comerciante.

Pode ocorrer também “Insolvência Confessada”, quando o comerciante pede sua autofalência, prevista no art. 8.º da Lei de Falências.

### **1.1.3. Sentença declaratória da falência**

É pressuposto do processo falimentar (será abordada oportunamente).

## **2. ASPECTOS PROCESSUAIS DA FALÊNCIA**

### **2.1. Aplicabilidade do Código de Processo Civil**

As regras do Código de Processo Civil aplicam-se subsidiariamente à Lei Falimentar, exceto no que se refere aos recursos. A Lei de Falências contempla um sistema próprio de recursos, no entanto, a jurisprudência vem entendendo cabível os embargos infringentes – não previstos pela Lei de Falências.

### **2.2. Fluência de Prazos**

Os prazos no processo falimentar são peremptórios e contínuos, correm em cartório, independentemente da intimação das partes, inclusive em férias forenses.

Para fins de recurso, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o termo inicial é a data da intimação da parte (Súmula n. 25 do STJ).

### 2.3. Competência

É competente para conhecer de um pedido de falência o Juízo no qual se localiza o principal estabelecimento do devedor (art. 7.º da LF).

**Existem duas correntes que procuram definir o que é principal estabelecimento:**

- Uma entende ser aquele onde o devedor administra suas atividades.
- Outra entende ser aquele em que estão concentrados, em maior proporção, os bens do devedor. É o economicamente mais relevante, e não o administrativamente.

Na doutrina menos atualizada prevalece a primeira corrente; porém, os tribunais já vêm decidindo pela aplicação da segunda corrente.

### 2.4. Universalidade do Juízo Falimentar

O Juízo Falimentar atrai todas as ações e interesses da massa, tem *vis attractiva* – força de atração.

Embora a universalidade seja a regra, existem exceções. Não são atraídas para o Juízo da :

- as reclamações trabalhistas;
- as execuções fiscais;
- as execuções individuais com hasta já realizada ou designada.

## 3. FASES DO PROCESSO FALIMENTAR

|\_\_\_\_\_||\_\_\_\_\_||\_\_\_\_\_||

Pré-falimentar

Falimentar

Pós-falimentar

### 3.1. Pré-falimentar

Começa com o pedido de falência e termina com uma sentença declaratória ou denegatória da falência.

**O que se objetiva é a análise e o deferimento, ou não, do pedido de falência.**

### 3.2. Falimentar

Começa com a sentença declaratória da falência e termina com a sentença de encerramento da falência.

A fase falimentar subdivide-se em duas etapas distintas:

- cognitiva, ou de conhecimento;
- satisfativa, de liquidação, ou executiva.

#### 3.2.1. *Etapa cognitiva / conhecimento*

Tem por objetivo apurar o ativo, o passivo e eventual prática de crime falimentar.

**Para apuração do ativo, há o procedimento de arrecadação dos bens e correlatos.**

Para apuração do passivo, há o procedimento de verificação de créditos.

Para apuração de eventual prática de crime falimentar, é previsto o inquérito judicial.

Encerradas as apurações, passa-se para a segunda etapa.

#### 3.2.2. *Etapa executiva / liquidação / satisfativa*

Seu objetivo é a realização do ativo (venda dos bens) e o pagamento do passivo (pagamento dos credores).

Vendidos os bens e pagos os credores, no que for possível, o juiz profere uma sentença de encerramento da falência, que não significa, porém, que acabaram as obrigações do falido.

### **3.3. Pós-falimentar**

O objetivo é a reabilitação do falido, que se dá por meio da extinção de suas obrigações, por sentença. Essa fase começa com a sentença de encerramento da falência e termina com a sentença de extinção das obrigações do falido.

Não é fase obrigatória. Se, no curso do processo falimentar, as obrigações do falido forem cumpridas, não haverá necessidade dessa fase.

## **Fases do Processo Falimentar**

## **2. FASE PRÉ-FALIMENTAR**

### **1.1. Legitimidade Ativa para Pedido de Falência**

Têm legitimidade ativa:

- *O próprio devedor comerciante (autofalência)*: não se trata de dever, mas sim de faculdade do comerciante. Caso o comerciante não peça, não sofrerá sanção.
- *O cônjuge ou inventariante de comerciante falecido*: apenas nas hipóteses do art. 1.º ou art. 2.º, inc. I, da Lei de Falências (Dec.-lei n. 7.661/45).
- *O sócio de sociedade devedora*: não se pode confundir essa hipótese com autofalência.
- *O credor*: se o credor requerente for comerciante, deverá comprovar a sua regularidade (atos constitutivos arquivados na Junta Comercial).

Se o requerente for domiciliado no exterior, deverá prestar caução, pois é possível que o mero pedido de falência cause prejuízo ao devedor.

Se o credor tiver em seu favor alguma garantia real, deverá renunciar a essa garantia.

## **1.2. Ritos do Pedido de Falência**

O rito depende do fundamento do pedido de falência.

- Se o fundamento for o do art. 1.º, o rito será o do art. 11 da Lei.
- Se o fundamento for o do art. 2.º, o rito será o do art. 12 da Lei.

### ***1.2.1. Rito do art. 11***

É conhecido como rito de cognição restrita. O fundamento do art. 1.º é a impontualidade injustificada. Em defesa, o requerido poderá alegar apenas as matérias relevantes, dispostas no art. 4.º da Lei de Falências (são hipóteses que descaracterizam a insolvência). O requerido poderá alegar também as matérias processuais (art. 301 do CPC).

Por esse rito, o requerido será citado para, no prazo de 24 horas, apresentar a defesa que tiver. Poderá, nesse prazo, efetuar o chamado “depósito elisivo” – depósito, em Juízo, da quantia devida, o que impossibilita a declaração de falência do requerido, pois descaracteriza a impontualidade. A Súmula n. 29 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que o depósito elisivo deverá abranger o principal, juros, correção monetária e honorários de advogado.

A grande tendência, todavia, é admitir a denegação da falência com o mero depósito do principal. A diferença (juros, correção monetária etc.) é cobrada nos mesmos autos, mas isso é feito em forma de cobrança.

### ***1.2.2. Rito do art. 12***

É conhecido como rito de cognição ampla. O requerido pode alegar qualquer matéria para provar que não praticou ato de falência (insolvência).

O requerido será citado para que, em 24 horas, apresente a defesa que tiver; a lei denomina essa defesa de *embargos*.

Questão interessante é saber se há possibilidade de depósito elisivo, caso o



fundamento do pedido tiver por base o art. 2.º, uma vez que a lei não o prevê.

A jurisprudência, em várias decisões, já entendeu pela possibilidade do depósito elisivo, se o pedido de falência tiver fundamento no art. 2.º.

### **1.3. Sentença Declaratória da Falência**

#### ***1.3.1. Natureza jurídica***

Existem duas correntes:

- A corrente minoritária entende que a sentença declaratória da falência tem natureza declaratória. Diz que a sentença apenas reconhece uma situação pré-existente.
- A corrente que prevalece entende que a sentença declaratória da falência tem natureza constitutiva, porque cria uma nova situação jurídica, na qual se inserem o falido e seus credores.

#### ***1.3.2. Requisitos da sentença declaratória da falência***

- *Genéricos*: dizem respeito a todos os requisitos de processo judicial – art. 458 do Código de Processo Civil.
- *Específicos*: estão dispostos no art. 14, par. ún., da Lei de Falências. São eles:
  - Toda sentença deve apresentar uma identificação completa do falido, indicação de seu principal estabelecimento e, em caso de sociedade, identificação dos sócios que respondam pessoalmente.
  - Deve declarar a hora da prolação (hora em que foi proferida a sentença). É nessa hora que o falido é desapossado da administração de seus bens. A partir desse momento, os bens passam à massa falida, representada pelo síndico.
  - Deverá indicar o termo legal da falência. Termo legal da falência é conhecido como período suspeito, ou seja, um período de tempo (até 60 dias, contados retroativamente, a partir da data do primeiro protesto lavrado contra o falido) dentro do qual certos atos praticados pelo falido não geram efeitos em relação à massa falida.

Exemplo:

### Período suspeito

30/04	30/06 (1.º protesto)	30/08
-------	----------------------	-------

Inexistindo protesto, o termo legal será contado a partir da data do primeiro despacho do pedido.

Se houver cumulação de concordata preventiva e falência, o termo legal será contado a partir da distribuição do pedido de concordata preventiva.

- deverá ser fixado prazo para a habilitação dos credores, que varia entre 10 a 20 dias;
- deverá ser nomeado o síndico.

O juiz, ao declarar a falência, poderá determinar a lacração do estabelecimento do falido.

#### **1.3.3. Recursos contra sentença declaratória da falência**

##### **a) Recurso de agravo de instrumento (art. 17 da LF)**

As regras são as mesmas do Código de Processo Civil. A Lei de Falências, porém, não fala em efeito suspensivo. Hoje, a posição dominante, face ao Código de Processo Civil, é a de que há efeito suspensivo. Esse recurso pode ser utilizado tendo por base tanto o pedido de falência do art. 1.º quanto o do art. 2.º da Lei de Falências.

##### **b) Recurso de embargos (art. 18 da LF)**

Tal recurso é cabível apenas na hipótese de a falência ter sido declarada com base no art. 1.º da Lei de Falências.

Embargos são recursos de retratação, pois são dirigidos ao Juízo de 1.º grau.

O prazo para interposição é dois dias, a contar da publicação da sentença declaratória da falência.

Contra a decisão de 1.ª instância dos embargos, cabe recurso de apelação para 2.ª instância.

Os recursos de agravo e embargos podem ser interpostos ao mesmo tempo.

## **1.4. Sentença Denegatória da Falência**

A falência será denegada em duas circunstâncias:

- se houver depósito elisivo;
- se forem acolhidas as alegações/razões apresentadas em defesa.

O fundamento das razões da falência tem importância no que se refere ao ônus de sucumbência. Se a sentença é denegatória por conta de depósito elisivo, caberá ao requerido arcar com o ônus de sucumbência. Se a sentença é denegatória por acolhimento das razões de defesa, então, caberá ao requerente arcar com o ônus de sucumbência.

O art. 20 da Lei de Falências dispõe que, se o requerente agir com dolo ao pedir a falência do devedor, a própria sentença denegatória poderá fixar uma indenização em favor desse.

O parágrafo único do art. 20 estabelece que, se ficar caracterizado que o requerente agiu com culpa, após denegada a falência, o requerido poderá pleitear indenização em ação própria.

### ***1.4.1. Recurso contra sentença denegatória da falência***

Cabe recurso de apelação.

## **1.5. Administração da Falência**

A administração do processo falimentar cabe:

- ao juiz;
- ao representante do Ministério Público;
- ao síndico.

O juiz preside o processo falimentar, determinando a prática dos atos que se façam necessários.

O representante do Ministério Público funciona precipuamente como fiscal da lei,

todavia, pode agir como parte (ex: hipótese de denúncia pela prática de crime falimentar). O art. 499 do Código de Processo Civil diz que o Ministério Público pode interpor recurso. Então, sempre que previsto recurso na Lei de Falências, o MP tem legitimidade recursal, embora, às vezes, não prevista na própria Lei de Falências.

O síndico funciona como um auxiliar do juiz no processo falimentar. É o representante legal dos interesses da massa falida. Declarada a falência, forma-se a massa falida, que é a universalidade de direito representada pelo síndico. O síndico tem a obrigação de administrar a massa falida com diligência, respondendo pessoalmente pelos prejuízos que causar em caso de má administração. A nomeação do síndico se dá pela regra contida na Lei de Falências: o síndico será escolhido entre os maiores credores da massa, sendo que, a partir da terceira recusa por parte desses, o juiz poderá nomear um síndico dativo, de preferência comerciante (na prática, o juiz nomeia desde logo um dativo – advogado).

### ***1.5.1. Substituição e destituição do síndico***

A substituição tem por objetivo propiciar o regular andamento do processo falimentar. A substituição não tem caráter de sanção, pena.

A destituição tem caráter sancionatório. O síndico será destituído em três situações:

- se exceder os prazos marcados;
- se pleitear interesses contrários aos da massa falida;
- se infringir os deveres que lhe são impostos.

Causando prejuízo à massa, o síndico pode ser individualmente responsável. A massa falida pode ingressar com ação, visando responsabilizar o síndico destituído.

A destituição do síndico pode ser requerida:

- por qualquer credor;
- pelo Ministério Público;
- pelo juiz, de ofício.

## **2. FASE FALIMENTAR**

## 2.1. Fase Cognitiva

### 2.1.1. Procedimento de verificação de créditos

Tem início a partir do momento em que o síndico expede uma circular, convocando os credores a habilitarem os seus créditos.

Declarados os créditos, o síndico deverá entregar em cartório, no prazo de cinco dias, as habilitações (de crédito) em seu poder, devidamente acompanhadas de:

- seu parecer;
- informações do falido;
- extrato da conta de cada credor;
- relação de credores do falido.

Abre-se, então, novo prazo de cinco dias, no qual os credores poderão impugnar créditos declarados.

Podem impugnar crédito declarado:

- qualquer credor;
- sócio da sociedade falida;
- síndico;
- falido.

Para cada crédito impugnado, forma-se um auto de impugnação de crédito distinto.

Uma vez decorrido o prazo para impugnação, abre-se novo prazo de três dias, no qual o credor que teve seu crédito impugnado poderá contestar a impugnação.

Na sequência, abre-se prazo de cinco dias para que o Ministério Público dê o seu parecer. O *parquet* impugna créditos absurdos, inverídicos.

Por fim, os autos são conclusos ao juiz da falência. Teremos, então, duas situações:

- *em relação aos créditos não impugnados ou impugnados, mas que independem de maior produção de provas*: o juiz imediatamente profere sentença que admite ou exclui o crédito da falência;

- *em relação aos créditos impugnados que exigem maior produção de provas: o juiz poderá marcar uma audiência de verificação de créditos (perícia, oitiva de testemunha, provas etc.).*

Uma vez decididos todos os créditos, deverá o síndico organizar o quadro geral de credores (visão global do passivo).

O quadro geral dos credores deve ser publicado, sendo que, a partir de então, começa a fluir o prazo de apelação contra sentença que admitiu ou excluiu o crédito na falência (termo inicial do recurso – publicação do quadro geral de credores).

Só podem ser atacados pelo recurso de apelação os créditos que foram oportunamente impugnados.

Observações importantes:

- *Habilitação retardatária* – tem dois efeitos relevantes:
  - o juiz determinará intimação pessoal do falido e do síndico, bem como uma publicação de aviso acerca da habilitação intempestiva, para conhecimento dos interessados;
  - o credor retardatário não participará dos rateios eventualmente já realizados.
- *Rescisão da sentença proferida em habilitação de créditos* – (art. 99 da LF). Contra essa sentença cabe ação rescisória. As hipóteses estão no art. 99 da Lei de Falências.
- *Habilitação de apenas um credor* – não extingue o processo falimentar. Ele continua a tramitar, todavia, seguindo o rito simplificado, previsto no art. 200 da Lei de Falência. O que caracteriza o processo falimentar é a insolvência. Por isso, mesmo que haja apenas um credor, deve haver o processo.

## **2.2. Inquérito Judicial**

Tem a mesma natureza do inquérito policial. Objetiva reunir elementos para embasar uma eventual denúncia pela prática de crime falimentar. Tramita no Juízo da falência.

### **2.2.1. Procedimento do inquérito judicial**

Começa com a exposição do síndico (art. 103 da Lei de Falências).

A exposição é uma análise do síndico acerca da conduta do falido, em que aquele conclui se há ou não indício de prática de crime falimentar.

Alguns autores falam em relatório, ao invés de exposição.

Após a exposição, abre-se o prazo de cinco dias, no qual os credores poderão manifestar-se, levando ao conhecimento do Juízo fatos que conheçam, ou provas que possuam.

Na sequência, abre-se o prazo de três dias para manifestação do Ministério Público.

Em seguida, abre-se novo prazo de cinco dias, em que o falido poderá contestar. A ausência da contestação não anula o inquérito, uma vez que não se fala em contraditório no inquérito. Não se fala em citação (não é ação). Os prazos são contínuos.

Depois, os autos serão remetidos ao Ministério Público.

Ao receber os autos, o *parquet* poderá oferecer denúncia pela prática de crime falimentar ou requerer o apensamento do inquérito nos autos da falência (corresponde ao arquivamento).

Em seguida os autos são conclusos ao juiz, que poderá:

- Havendo denúncia ou queixa subsidiária, determinar o processamento de ação penal (se entender que é o caso). Essa ação penal tramita no Juízo criminal. No Estado de São Paulo, essa ação tramita no Juízo Cível (Juízo universal da falência) – Lei judiciária de SP.
- Não havendo denúncia nem queixa subsidiária, o juiz, se entender que não é o caso de ação penal, exara um despacho determinando o apensamento junto aos autos de falência.
- Se não houver denúncia ou queixa subsidiária, mas o juiz entender que é o caso, determinará a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça (art. 28 do CPP).

### **2.2.2. Últimas observações sobre a fase cognitiva**

Diz a lei, que nos cinco dias seguintes, a contar da publicação do quadro geral de credores ou do despacho que encerra o inquérito judicial (o que ocorrer por último), deverá o síndico apresentar o relatório de que trata o art. 63, inc. XIX, da Lei de Falências. Esse relatório conterá o resumo do que aconteceu na etapa cognitiva.

Nos cinco dias seguintes ao término do prazo para apresentação desse relatório, poderá o falido pedir concordata suspensiva.

Caso o síndico não apresente o relatório, o falido poderá pedir a concordata suspensiva nesse prazo.

Se o falido não a pedir nesse prazo ou se pedir e tiver o pedido denegado, nas quarenta e oito horas seguintes será publicado o aviso de que trata o art. 114 da Lei de Falências. O aviso é a comunicação aos interessados que vai ser dado início à liquidação da falência.

### **2.3. Etapa da Liquidação – Etapa Executiva**

O objetivo é a realização do ativo e o pagamento do passivo – venda dos bens e pagamento em favor dos credores.

#### **2.3.1. Formas de realização do ativo**

As formas em que o ativo pode ser vendido são:

- Leilão
- Propostas

A escolha cabe ao síndico, que pode ainda optar pela venda dos bens separada ou conjuntamente. Ele escolherá, levando em conta o melhor aproveitamento econômico possível. Exceções:

- *Art. 122 da Lei de Falências:* credores que representem no mínimo  $\frac{1}{4}$  dos créditos admitidos poderão requerer ao juiz a convocação de uma assembléia de credores com o objetivo de deliberar a forma de se realizar o ativo.
- *Art. 123 da Lei de Falências:* credores que perfaçam no mínimo  $\frac{2}{3}$  dos créditos admitidos poderão optar por qualquer forma de realização do ativo, independentemente de assembléia de credores. Esses  $\frac{2}{3}$  poderão, além de optar pelo leilão ou pela proposta, determinar a venda em bloco a um terceiro pré-determinado, desde que observado o valor mínimo da avaliação dos bens, para que não ocorra fraude. Os  $\frac{2}{3}$  podem, ainda, optar pela constituição de uma sociedade, com o objetivo de dar continuidade aos negócios do falido.

#### **Leilão: Peculiaridades:**

- No leilão de que trata a Lei de Falências, são alienados tanto os bens móveis quanto os imóveis.



- No leilão de que trata a Lei de Falências, é obrigatória a participação do representante do Ministério Público, sob pena de nulidade.
- No leilão de que trata a Lei de Falências, os bens poderão ser arrematados pelo maior lance, ainda que não se alcance o valor da avaliação.

### **2.3.2. Pagamento do passivo**

Classificação dos créditos na falência.

Será respeitada uma ordem de preferência:

#### ***1.º – Credores trabalhistas***

- equiparam-se aos dos trabalhistas os créditos em favor daqueles que prestam serviços para a massa falida (todos os que contribuíram para a massa falida: síndico, advogados, perito). Súmula n. 219 do Superior Tribunal de Justiça;
- também recebem como credores trabalhistas os representantes comerciais, em caso de falência do representado;
- se existir crédito decorrente de acidente do trabalho, esse deve ser quitado antes do pagamento dos credores trabalhistas. Essa posição não é pacífica.

#### ***2.º – Credores fiscais***

- União
- Estados e DF
- Municípios

#### ***3.º – Encargos da massa***

Art. 124, § 1.º, da Lei de Falências.

#### ***4.º – Dívidas da massa***

Art. 124, § 2.º, da Lei de Falências.

#### ***5.º – Créditos com garantia real***

Se o bem em garantia precisar ser utilizado para pagamento dos credores preferidos ao credor com garantia real, vende-se o bem e esse credor passa a ser quirografário.

**6.º – Créditos com privilégio especial**

Art. 102, § 2.º, da Lei de Falências; Art. 1.565 do CC.

**7.º – Créditos com privilégio geral**

Art. 102, § 3º, e art. 1.569 do CC.

**8.º – Créditos quirografários**

Não tem garantia, nem privilégio.

**9.º – Credores subquirografários**

Após o pagamento de todos os credores, se sobrar algum bem no “acervo”, esse será dividido entre sócios, acionistas.

Uma vez vendidos os bens e pagos os credores, quando possível, deverá o síndico apresentar a sua prestação de contas, nos termos do art. 69 da Lei de Falências. Essa prestação de contas pode ser impugnada e, ao final, decidida por sentença, contra a qual cabe recurso de apelação.

Transitada em julgado a decisão de prestação de contas, deverá o síndico, nos vinte dias seguintes, apresentar o seu relatório final, previsto no art. 131, da Lei de Falências. Esse relatório pode ser entendido como um grande balanço do que ocorreu na etapa executiva. Deve apresentar o valor do ativo, do passivo e dos pagamentos efetuados, e indicar os créditos que remanescem contra o falido.

Caso o síndico deixe de apresentar esse relatório, ele deverá ser destituído, passando essa responsabilidade ao Ministério Público.

Uma vez apresentado esse relatório, o juiz profere sentença encerrando o processo falimentar.

Encerrada a falência, os credores não pagos poderão cobrar seus créditos diretamente do falido, até serem extintas suas obrigações.

**3. FASE PÓS-FALIMENTAR**

O objetivo dessa fase é a reabilitação do falido por meio da extinção de suas obrigações, por sentença. Para isso, o falido deve preencher alguns requisitos:

- pagamento ou novação, desde que, nessa 2.ª hipótese, com garantia real (pode ser prestada por terceiro);

- depois de realizado todo o ativo, rateio de no mínimo 40% do devido aos quirografários;
- decurso do prazo de cinco anos, a contar do encerramento da falência, caso não haja condenação pela prática de crime falimentar. Havendo crime falimentar, o prazo será de 10 anos.

## **1. EFEITOS DA SENTENÇA DECLARATÓRIA DA FALÊNCIA EM RELAÇÃO À PESSOA DO FALIDO**

O falido não se torna incapaz, nem sequer relativamente incapaz com a declaração de falência, pois esta não atinge sua capacidade civil. Traz, todavia, algumas limitações no que se refere a alguns de seus direitos (no que diz respeito à falência).

As restrições são:

- O falido tem restrito o direito ao exercício de atividade profissional, uma vez que não pode exercer atividade comercial.
- O falido não poderá ausentar-se do local (Comarca) em que tramita o processo, sem prévia autorização judicial.
- O falido tem suspenso o direito ao sigilo na correspondência (arts. 15, § 2.º e 63, II, da Lei de Falência). Há quem sustente que esta norma é inconstitucional.

### **1.1. Obrigação do Falido (art. 34, Dec.-lei n. 7.661/45)**

- Deverá assinar termo de comparecimento, bem como entregar seus livros comerciais em Cartório.
- Deve manifestar-se sobre as declarações de crédito.
- Prestar todas as informações solicitadas pelas partes atuantes no processo, como o Juiz, credor, MP, síndico etc.
- Assistir ao levantamento e à verificação do balanço e exame dos livros.

- Examinar e dar parecer sobre as contas do síndico.

O falido pode ser remunerado pela massa para cumprimento de suas obrigações, desde que seja uma módica remuneração.

Caso o falido não cumpra com suas obrigações, poderá ter sua prisão administrativa decretada, que não poderá exceder a 60 (sessenta) dias (não se trata de prisão por dívidas, mas pelo descumprimento de obrigação).

Contra o despacho que determina a prisão cabe o recurso de Agravo.

## **2. EFEITOS DA SENTENÇA DECLARATÓRIA DA FALÊNCIA EM RELAÇÃO AOS BENS DO FALIDO**

Uma vez declarada a falência, o síndico procederá à arrecadação dos bens do falido.

Na falência, arrecadam-se todos os bens de propriedade do falido, ainda que não estejam em sua posse, bem como todos os bens em sua posse, mesmo que não sejam de sua propriedade.

A arrecadação deve ser acompanhada pelo representante do MP. Não são arrecadáveis os seguintes bens:

- os absolutamente impenhoráveis, incluindo-se os bens de família (Lei n. 8.009/90) *Atenção*: os bens utilizados para desenvolvimento de atividade profissional, embora impenhoráveis, poderão ser objeto de arrecadação;
- os bens protegidos pela meação do cônjuge (Lei n. 4.121/62);
- os gravados com cláusula de inalienabilidade.

### **2.1. Mecanismos que Possibilitam a Devolução dos Bens Arrecadados**

#### ***a) Pedido de restituição***

Está previsto no art. 76 da Lei de Falência e poderá ser feito sob dois fundamentos distintos, a saber:

- art. 76, *caput*: permite a restituição com base em direito real ou contrato;

- art. 76, § 2.º: permite a restituição de mercadorias vendidas a prazo e entregues ao falido nos 15 dias anteriores ao requerimento da falência. O prazo de 15 dias é contado a partir da entrega da coisa e não de sua remessa – Súmula n. 193, STF (a não ser que ela já tenha sido vendida pela massa).

#### *Situações Específicas:*

- cabe pedido de restituição de bem alienado fiduciariamente em garantia.

Dispõe o Dec. n. 911/69 que falido o devedor fiduciante, poderá o credor fiduciário pedir a restituição do bem, sem precisar habilitar seu crédito.

- a Súmula n. 417 do STF permite a restituição de dinheiro em poder do falido, por este recebido em nome de outrem. Exs.:
  - o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) pode pedir a restituição de garantias (dinheiro) já descontadas da folha de pagamento dos empregados do falido e ainda não recolhidas (neste caso, o INSS não precisa executar e nem habilitar o seu crédito).
  - -cabe a restituição de garantia entregue ao falido por conta de Adiantamento sobre Contrato de Câmbio (ACC).

*Contrato de câmbio:* é o contrato feito entre dois países (contrato de compra e venda). Ex.: se o Brasil comprar dos EUA, terá que trocar o real pelo dólar. Se os EUA comprar do Brasil, vice-versa.

Se o banco adiantar o valor do contrato celebrado entre as duas partes (contrato de câmbio) e o exportador falir, o banco poderá pedir a restituição dessa quantia. Se o importador não pagar, o prejuízo será da massa.

O pedido de restituição é autuado em separado no juízo da falência, decidido por sentença, contra a qual cabe recurso de apelação.

O MP também tem legitimidade recursal, apesar de a lei não ser expressa.

#### ***b) Embargos de terceiro - art. 79 da Lei de Falências***

O art. 79 nos remete aos arts. 1.046 a 1.054 do CPC.

Trata-se de uma opção. O falido pode escolher entre o pedido de restituição e os embargos de terceiro. Estes comportam liminar, o pedido de restituição não. A condição para os dois é que os bens tenham sido arrecadados.

### 3. EFEITOS DA FALÊNCIA EM RELAÇÃO AOS ATOS DO FALIDO

Certos atos do falido praticados antes da falência podem não gerar eficácia em relação à massa falida.

- art. 52, LF: o legislador enumera uma série de atos e diz que serão ineficazes, independentemente da constatação de fraude, basta a mera prática do ato. Trata-se de ineficácia absoluta.
- art. 53, LF: condiciona a ineficácia à caracterização da fraude, mas não relaciona atos. Trata-se da ineficácia subjetiva.

#### 3.1. Ineficácia Objetiva

- pagamento de dívida não vencida durante o termo legal da falência por qualquer forma de extinção de obrigação, incluindo-se aquela originalmente pactuada entre as partes.

*Termo legal da falência:* período suspeito (período de até 60 dias contados retroativamente à data do primeiro protesto do despacho ao requerimento inicial da falência, ou da distribuição do pedido de concordata preventiva, art. 14, par. ún., III, LF).

O síndico poderá retomar essa garantia em favor da massa.

- o pagamento de dívida vencida durante o termo legal da falência por qualquer forma de extinção de obrigação distinta da originalmente pactuada. Ex.: falido assumiu a obrigação de pagar determinada quantia em dinheiro, mas pactuação em pagamento.

O bem dado em pagamento volta à massa falida (esses atos não são nulos, são ineficazes).

A compensação, apesar de ser forma distinta da contratada, é admitida.

- constituição de uma garantia real em relação a uma obrigação anteriormente pactuada, durante o termo legal da falência.

A lei quis evitar que o crédito quirografário seja transformado em crédito com garantia real durante o período suspeito.

- atos praticados a título gratuito nos dois anos anteriores à quebra, independentemente da caracterização de fraude.

Bonificações, gratificações a empregados não são considerados fraude, desde que proporcionais.

Doações com valores irrisórios não são consideradas ineficazes, Ex.: doação de agendas.

- alienação de estabelecimento comercial, sem anuência prévia dos credores, à época existente.

Se o credor possui outros bens que o mantêm solvente, para vender o fundo de comércio não precisará pedir anuência aos credores.

- também é ato ineficaz reembolso pago a acionista dissidente em S/A, desde que:
  - tenha ocorrido a conta do capital social;
  - o dissidente não tenha sido substituído.

### **3.2. Ineficácia Subjetiva**

Nos termos do art. 53 da Lei de Falências, é ineficaz todo e qualquer ato praticado pelo falido com a intenção de prejudicar credores.

Pode ser qualquer ato, desde que caracterizada a fraude.

O art. 53 fala em revogabilidade, que consiste em ineficácia do ato.

O ato somente é declarado ineficaz pelo Juiz. Para isso, é necessária a propositura de ação revocatória.

### **3.3. Ação Revocatória**

Deve ser proposta pelo síndico nos 30 dias seguintes ao início da liquidação, que tem início com a publicação do aviso do art. 114 da Lei de Falências.

Decorridos os 30 dias, além do síndico, qualquer credor poderá propor a ação revocatória até o prazo máximo de 1 (um) ano a contar da liquidação, quando então se operará a decadência desse direito.

Essa ação é proposta em face de todos aqueles que foram pagos, garantidos os beneficiados.

Tramita pelo juízo da falência em rito ordinário e é decidida por sentença, contra a qual cabe recurso de apelação.

Os efeitos em que esse recurso é recebido varia. Se o fundamento da revocatória é o art. 52 da Lei de Falências, será recebida no efeito devolutivo. Se o fundamento é o art. 53 da supra citada lei, será recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo.

## **4. EFEITOS DA SENTENÇA DECLARATÓRIA DA FALÊNCIA EM RELAÇÃO AOS CONTRATOS DO FALIDO**

### **4.1. Regra Geral Aplicada aos Contratos Bilaterais**

O art. 43 da Lei de Falências dispõe que os contratos bilaterais não se resolvem com a falência e podem ser executados pelo síndico, se este considerá-los de interesse da massa.

O contrato se resolve com ou sem o cumprimento das obrigações. O não cumprimento das obrigações pode ocorrer:

- *sem culpa*: decorrente de caso fortuito ou força maior. A resolução é involuntária. A parte não se obriga a pagar indenização;
- *com culpa*: a resolução é voluntária. A parte deve indenizar (ex.: mora da obrigação).

Os contratos bilaterais não sofrem qualquer efeito com a falência. Mesmo com o término desta, as obrigações devem ser cumpridas. A falência não resolve o contrato.

Se o síndico decide extinguir o contrato, a resolução será voluntária e o terceiro contratante terá direito à indenização.

A Lei de Falências diz que, declarada a falência, o terceiro contratante poderá notificar o síndico para que este, em cinco dias, declare se cumprirá ou não o contrato. Decorrido esse prazo e sem manifestação, o contrato será considerado resolvido (art. 43, par. ún., LF).



## **4.2. Regra Aplicada aos Contratos Unilaterais**

Os contratos unilaterais em que o falido é credor não vencem, não se resolvem com a declaração da falência, permanecem intactos.

Os contratos unilaterais em que o falido é devedor vencem com a declaração da falência (art. 25 da LF).

A multa contratual só poderá ser cobrada na falência se a sua exigibilidade antecede à quebra. Trata-se de indenização fixada entre as partes caso uma delas não cumpra a obrigação.

## **4.3. Regras Específicas Aplicáveis a Determinadas Situações Contratuais (Art. 44 da Lei de Falências)**

- Inc. I – o vendedor de mercadoria tem o direito de obstar a sua entrega quando tem conhecimento da falência do comprador, desde que presentes duas condições:
  - que as mercadorias não tenham sido pagas;
  - que não se tenha verificado a tradição simbólica ou documental.
- Inc. VI – contrato de promessa de compra e venda de imóvel:
  - se a falência for do promitente vendedor, o síndico não poderá resolver o contrato, devendo dar-lhe cumprimento;
  - se a falência for do promitente comprador, os direitos serão arrecadados e alienados pela massa falida.
- Inc. VII – aplicável a contrato de locação com direito à revocatória:
  - o despejo por falta de pagamento apenas poderá ser decretado se o atraso for superior a dois meses e se o síndico, depois de intimado, deixar de purgar a mora em 10 dias.

## **4.4. Observações Finais**

É válida a cláusula que prevê a rescisão de contrato em caso de falência. Trata-se de cláusula resolutiva expressa.

Contratos de trabalho não se resolvem com a falência. Ex.: se o síndico demitir o empregado sem justa causa, este pode reclamar as verbas indenizatórias pertinentes.

## **5. EFEITOS DA SENTENÇA DECLARATÓRIA DA FALÊNCIA EM RELAÇÃO AOS CREDORES DO FALIDO**

### **5.1. Créditos Não Reclamáveis na Falência**

- Créditos por obrigações, a título gratuito – o donatário não pode cobrar o crédito na falência do doador.
- Prestações alimentícias – são reclamadas diretamente contra o falido.
- Créditos por despesas individualmente feitas pelos credores para o ingresso na massa. Exceção: as despesas incorridas por aquele que requereu a falência (são reclamáveis como dívidas da massa).
- Multas fiscais impostas pelas Fazendas Estaduais e Municipais. Súmulas n. 191, 192, 565 do STF.

As multas fiscais impostas pela Fazenda Nacional são reclamáveis como encargo da massa, nos termos do Dec. n. 1.893/81.

## **6. EFEITOS DA SENTENÇA DECLARATÓRIA DA FALÊNCIA EM RELAÇÃO AOS CREDORES**

### **6.1. Formação da Massa Falida Subjetiva**

A massa falida pode ser objetiva (compreende o conjunto de bens arrecadados) ou subjetiva (consubstancia-se na comunhão de interesses dos credores).

### **6.2. Suspensão das Ações Individuais dos Credores contra o Falido**

Os credores habilitam seus créditos na massa falida. Se o falido já estava sendo executado, suspende-se a execução.

Exceções ao Juízo Universal da falência. Ações que não se suspendem e não são atraídas ao juízo falimentar:

- Reclamações trabalhistas – porém, no momento da execução, o crédito deve ser reclamado junto à massa falida, com preferência. O crédito trabalhista não poderá ser impugnado na falência.

O credor trabalhista não precisa propor reclamação trabalhista, pode diretamente reclamar seu crédito na falência, desde que não haja discussão sobre sua existência.

O credor trabalhista pode ingressar com reserva de bens na falência se o seu crédito não foi ainda decidido pela justiça especializada.

- Execuções fiscais – o CTN dispõe que o Fisco não habilita o crédito na falência.

A penhora dos bens recai sobre o rosto dos autos da falência, caso a execução fiscal esteja em andamento. Se inexistir execução fiscal, o Fisco notificará o síndico para que pague; se não pagar, ingressa-se com a execução.

Se, à época da declaração da falência, já existia execução fiscal com penhora, não poderá ser desrespeitada a ordem de classificação dos créditos da falência – o Fisco não poderá ser pago antes do credor trabalhista.

- Execuções individuais com hasta já realizada ou designada.

### ***6.2.1. Não se suspendem, mas são atraídos ao juízo falimentar:***

Ações que versam sobre quantia ilíquida, prestação ou abstenção de fato. Ex.: ação de indenização em andamento terá sua tramitação normal, mas passará a ser decidida pelo juízo universal da falência (que tem aptidão atrativa).

### ***6.2.2. Regras em que a massa é pólo ativo***

Seja como autora ou litisconsorte, estas não se suspendem, nem são atraídas ao juízo falimentar. Ex.: falido é autor da ação de indenização. A ação prossegue, mas o pólo ativo passa a ser ocupado pela massa falida representada pelo síndico.

## **6.3. Vencimento Antecipado dos Créditos contra o Falido**

Os créditos vencem antecipadamente, art. 25 da Lei de Falência.

#### **6.4. Suspensão da Fluência de Juros**

Contra a massa não correm juros. Estes constituem remuneração pela disponibilização de capital; limitam-se a 12% ao ano (essa limitação decorre da Lei de Usura).

A Súmula n. 596 do STF dispõe que às instituições financeiras não se aplica o limite de 12%.

Juros não se confundem com correção monetária, que é a reposição do valor de compra da moeda desgastado pelos efeitos inflacionários.

Contra a massa não correm juros, mas corre correção monetária. Exceções em que os juros são computados:

- em favor do credor com garantia real se o bem suportar (o pagamento de principal mais juros);
- em favor do credor fiscal.

#### **Concordata**

##### **1. CONCEITO**

É um favor legal, consistente na remissão parcial – ou na dilação no vencimento – de certas obrigações devidas pelo comerciante.

A remissão parcial consiste na redução dos débitos, e a dilação do vencimento, na prorrogação do mesmo.

##### **2. OBJETIVO**

O objetivo da concordata é resguardar o comerciante das consequências de uma falência, seja evitando a sua declaração, seja suspendendo os seus efeitos.

##### **3. ESPÉCIES DE CONCORDATA**

### **3.1. Preventiva**

Ocorre quando o objetivo for o de impedir a declaração de falência.

### **3.2. Suspensiva**

Ocorre quando o objetivo for o de suspender os efeitos da falência já declarada.

## **4. PAGAMENTO DA CONCORDATA**

O requerente deve formular aos credores quirografários uma proposta de pagamento, que poderá ser para:

- pagamento, à vista, de 50% do valor devido – concordata remissória (há perdão parcial da dívida);
- pagamento, em 6 meses, de 60% do valor devido – concordata mista (há dilação do prazo e perdão parcial da dívida);
- pagamento, em 12 meses, de 75% do valor devido – concordata mista;
- pagamento, em 18 meses, de 90% do valor devido – concordata mista;
- pagamento, em 24 meses, de 100% do valor devido – concordata dilatória (há apenas prorrogação do prazo de pagamento).

## **5. LEGITIMIDADE PARA PEDIR CONCORDATA**

Apenas o comerciante pode pedir concordata. Exceções (não podem pedir concordata):

- as instituições financeiras em geral;
- as sociedades seguradoras;
- as empresas que exploram serviços aéreos e de infra-estrutura aéreo portuária.

## **6. ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DO CONCORDATÁRIO**

O concordatário continua com a posse e administração dos seus bens, que serão fiscalizados pelo comissário. Não poderá, porém:

- alienar bens imóveis sem prévia autorização judicial;
- alienar fundo de comércio (é o conjunto dos bens corpóreos e incorpóreos para o desenvolvimento da atividade econômica) sem prévia e expressa anuência dos credores.

Praticados esses atos, a concordata poderá ser rescindida com conseqüente declaração de falência do concordatário. Se rescindida a concordata, o ato praticado será considerado ineficaz. Exemplificando: a venda de imóvel ou de fundo de comércio será ineficaz e os mesmos voltarão à massa falida. O adquirente deverá habilitar o seu crédito na falência.

## **7. CRÉDITOS SUJEITOS AOS EFEITOS DA CONCORDATA**

Apenas os créditos pertencentes aos credores quirografários se submetem aos efeitos da concordata, pois os credores com preferência – trabalhista, tributária, com garantia real, com privilégio geral ou especial – podem executar os seus créditos normalmente.

Também não se submetem à concordata os credores quirografários cujos créditos se deram após a impetração da concordata.

A concordata não implica novação das obrigações devidas pelos concordatários. Assim, remanesce a obrigação do fiador, se houver. Persistem as obrigações principais e acessórias.

## **8. CONDIÇÕES PARA O DEFERIMENTO DA CONCORDATA**

*a) Regularidade no exercício do comércio. Entende-se:*

- que os comerciantes tenham seus atos constitutivos arquivados na Junta Comercial;
- que os comerciantes tenham seus livros comerciais regularmente escriturados.

Especificamente para a concordata preventiva, essa regularidade deve se verificar em, no mínimo, 2 anos.

***b) No sistema da Lei Falimentar (arts. 8.º e 140, inc. II):***

- o comerciante com título vencido há menos de 30 dias – e não protestado – tem direito à concordata preventiva;
- o comerciante com título vencido há 30 dias deve requerer a autofalência e, posteriormente, a concordata suspensiva;
- o comerciante com título protestado, cuja falência foi requerida antes dos 30 dias do vencimento, tem direito à concordata suspensiva.

A Súmula n. 190 do Supremo Tribunal Federal, entretanto, possibilita ao comerciante o acesso à concordata preventiva mesmo que tenha título vencido há mais de 30 dias, desde que não protestado, independentemente de pedido de autofalência.

A jurisprudência tem ainda aceitado os pedidos de concordatas preventivas, apesar da verificação de protestos, mas com a condição de que sejam em pequeno número, o que será analisado em cada caso concreto.

As condições “a” e “b”, acima tratadas, não precisam ser atendidas pelo comerciante individual cujo passivo quirografário seja inferior a 100 vezes o salário-mínimo vigente (art. 141, *caput*, “i”, LF).

***c) Não ter sido condenado, o requerente, pela prática dos crimes do art. 140, inc. III, da Lei de Falência. São crimes falimentares e contra o patrimônio.***

***d) Não ter o requerente impetrado concordata nos 5 anos anteriores.***

***e) Ter cumprido todas as concordatas anteriormente requeridas (anteriores aos 5 anos).***

***f) Requisito necessário apenas para a concordata preventiva: o requerente deve comprovar que o ativo corresponde a, no mínimo, 50% do passivo quirografário, sem o que a concordata deverá ser denegada com a imediata declaração da falência.***

O Supremo já definiu que a inexistência de dívida fiscal não é uma condição para a concessão da concordata, mas tão-somente uma condição para o cumprimento do favor legal.

## **9. RECURSO**

Contra a sentença concessiva ou de denegação da concordata cabe o recurso de Agravo.

### **Crimes Falimentares**

#### **Arts. 186 a 199 da Lei de Falência**

### **PRESSUPOSTOS DO CRIME FALIMENTAR**

Existência de devedor comerciante.

Existência de sentença declaratória de falência.

Ocorrência de algum fato previsto nos arts. 186, 187 e 188 da Lei de Falência. São eles:

“Art.186. Será punido o devedor com detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, quando concorrer com a falência algum dos seguintes fatos:

I – gastos pessoais, ou de família, manifestamente excessivos em relação ao seu cabedal;

II – despesas gerais do negócios ou da empresa injustificáveis, por sua natureza ou vulto, em relação ao capital, ao gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas;

III – emprego de meios ruinosos para obter recursos e retardar a declaração da falência, como vendas, nos 6 (seis) meses a ela anteriores, por menos do preço corrente, ou a sucessiva reforma de títulos de crédito;

IV – abuso de responsabilidade de mero favor;

V – prejuízos vultosos em operações arriscadas, inclusive jogos de Bolsa;

VI – inexistência dos livros obrigatórios ou sua escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa;



VII – falta de apresentação do balanço, dentro de 60 (sessenta) dias após a data fixada para o seu encerramento, ou sem a rubrica do juiz sob cuja jurisdição estiver o seu estabelecimento principal.

Parágrafo único. Fica isento da pena, nos casos dos incs. VI e VII desse artigo, o devedor que, a critério do juiz da falência, tiver instrução insuficiente e explorar comércio exíguo”.

“Art. 187. Será punido com reclusão, por 1 (um) a 4 (quatro) anos, o devedor que, com o fim de criar ou assegurar injusta vantagem para si ou para outrem, praticar, antes ou depois da falência, algum ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores.”

“Art. 188. Será punido o devedor com a mesma pena do artigo antecedente, quando com a falência concorrer algum dos seguintes fatos:

I – simulação de capital para obtenção de maior crédito;

II – pagamento antecipado de uns credores em prejuízo de outros;

III – desvio de bens, inclusive para compra em nome de terceira pessoa, ainda que cônjuge ou parente;

IV – simulação de despesas, de dívidas ativas ou passivas e de perdas;

V – perdas avultadas em operações de puro acaso, como jogos de qualquer espécie;

VI – falsificação material, no todo ou em parte, da escrituração obrigatória ou não, ou alteração da escrituração verdadeira;

VII – omissão, na escrituração obrigatória ou não, de lançamento que dela devia constar, ou lançamento falso ou diverso do que nela devia ser feito;

VIII – destruição, inutilização ou supressão, total ou parcial, dos livros obrigatórios;

IX – ser o falido leiloeiro ou corretor.”

A sentença declaratória da falência é a condição de punibilidade do crime falimentar.

## **CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES FALIMENTARES**

## **Ante-falimentares**

São aqueles cuja conduta se verifica antes da sentença declaratória de falência. Exemplo: art. 186, incs. I, II e III .

## **Pós-falimentares**

Trata-se de crimes cuja conduta se verifica após a sentença declaratória da falência. Exemplo: art. 189, incs. II, IV; art. 187.

### ***Observação 1:***

Se o comerciante delega a terceiros, por exemplo a seu contador, a obrigatoriedade de escriturar seus livros, há crime falimentar?

Temos duas posições:

- 1.<sup>a</sup> corrente: não há crime falimentar, porque o falido não pode ser responsabilizado, já que delegou essa responsabilidade a terceiro;
- 2.<sup>a</sup> corrente: há crime falimentar, com o fundamento de que há culpa *in vigilando* e *in eligendo*. Sendo assim, o falido é responsável.

### ***Observação 2:***

Os arts. 189, 190 e 191 ampliam a capacidade ativa para fins de responsabilidade criminal falimentar.

“Art. 189. Será punido com reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos:

I – qualquer pessoa, inclusive o falido, que ocultar ou desviar bens da massa;

II – quem quer que, por si ou interposta pessoa, ou por procurador, apresentar, na falência ou na concordata preventiva, declarações ou reclamações falsas, ou juntar a elas títulos falsos ou simulados;

III – o devedor que reconhecer, como verdadeiros, créditos falsos ou simulados;

IV – o síndico que der informações, pareceres ou extratos dos livros do falido inexatos ou falsos, ou que apresentar exposição ou relatórios contrários à verdade.”

“Art. 190. Será punido com detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, o juiz, o representante do Ministério Público, o síndico, o perito, o avaliador, o escrivão, o oficial

de justiça ou o leiloeiro que, direta ou indiretamente adquirir bens da massa, ou, em relação a eles, entrar em alguma especulação de lucro.”

“Art. 191. Na falência das sociedades, os seus diretores, administradores, gerentes ou liquidantes são equiparados ao devedor ou falido, para todos os efeitos penais previstos nesta Lei.”

## **PRESCRIÇÃO DO CRIME FALIMENTAR**

A regra é que se opera a prescrição do crime falimentar em dois anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência (art. 199, par. ún., da Lei de Falência).

Dispõe a Súmula n. 147 do STF: “A prescrição do crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar cumprida a concordata”.

A data que vai ser usada é a que ocorrer antes.

O art. 132, § 1.º, prevê que:

“Salvo caso de força maior, devidamente provado, o processo da falência deverá estar encerrado 2 (dois) anos depois do dia da declaração”.

É importante salientar também, os termos da Súmula n. 592 do STF, “Nos crimes falimentares aplicam-se as causas interruptivas da prescrição, previstas no Código Penal”.

## **INTERDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO COMÉRCIO – ART. 195 DA LEI DE FALÊNCIA**

“Art. 195. Constitui efeito da condenação por crime falimentar a interdição do exercício do comércio.”

Se for pena de detenção, o comerciante sofrerá interdição de 3 anos, mas se a pena for de reclusão, a interdição será de 5 anos.

A interdição não é pena acessória, é efeito da sentença penal condenatória.

## **Títulos de Crédito**

### **INTRODUÇÃO**

Título de crédito é documento que representa determinada obrigação e, segundo o artigo 887, do Código Civil, necessário ao exercício do direito literal nele contido e que terá efeito somente se preencher os requisitos legais, contidos no artigo 889.

Disso verifica-se que o extravio do documento, bem como o não preenchimento de algum dos requisitos legais, prejudicará sua cobrança. Tais exigências são justificáveis pois, como se verá a seguir, o título desvincula-se da causa que o originou (*autonomia*) e, por esse motivo, deve vir regularmente preenchido e de acordo com os todos os requisitos exigidos (*literalidade*), bem como deverá estar presente no momento da cobrança (*cartularidade*).

Saliente-se que, conforme expressa disposição do artigo 903, os dispositivos do Código Civil (artigos 887 a 926) aplicar-se-ão aos títulos de crédito salvo se houver disposição diversa em lei especial. Nessa esteira, mantidas estão as leis especiais que serão as aplicáveis como regra, incidindo o Código Civil apenas nos casos em que não confrontá-las.

Portanto, encontram-se com plena eficácia a Lei Uniforme de Genebra, Lei do Cheque, Lei de Duplicatas e demais legislações disciplinadoras dos títulos de crédito.

Segundo Vivante, “é o documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado”.

Desse famoso e prestigiado conceito é possível os requisitos essenciais dos títulos de crédito, mencionados há pouco, cartularidade, literalidade e autonomia.

Outrossim, ao credor que possua um título de crédito são conferidas vantagens impossíveis de serem experimentadas por aqueles que não os possuam: os títulos de crédito têm maior facilidade de circulação no mercado além de conferirem maior eficiência na cobrança.

Tais vantagens, conferidas ao credor de título, são denominadas “atributos do título de crédito”, como se verá abaixo.

## **2. ATRIBUTOS DO TÍTULO DE CRÉDITO**

### **2.1. Negociabilidade**

O credor do título de crédito pode receber o valor nele mencionado antes da data do vencimento, uma vez que o título pode ser transferido por endosso e, se for ao portador (cheque com valor inferior a R\$ 100,00), pela simples tradição.

### **2.2. Executividade**

Os títulos de crédito, em geral, são títulos executivos extrajudiciais (art. 585 do CPC).

## **3. PRINCÍPIOS OU REQUISITOS ESSENCIAIS DOS TÍTULOS DE CRÉDITO**

### **Da Cartularidade**

O exercício do direito de crédito fica condicionado à apresentação da cópia (título). Tal princípio vem a confirmar o que dispõe o artigo 887, quando determina que o título de crédito é documento necessário ao exercício do direito nele contido.

Na Lei de Duplicatas, podemos encontrar exceção a este princípio, uma vez que o parágrafo 2º. do artigo 15 permite a execução judicial de crédito sem que seja apresentado o título ao devedor.

### **Da Literalidade**

Segundo este princípio só poderá ser oposto ao credor aquilo que estiver expressamente mencionado no título de crédito. Assim, aquilo que não consta do corpo do título de crédito não poderá ser exigido.

### **Da Autonomia**

As disposições que constam na cártula (título de crédito) não se vinculam à causa que as originou, adquirem autonomia à partir da expedição do título

Assim, a obrigação de pagar uma nota promissória não se vincula ao negócio que deu causa à sua emissão.

## **REQUISITOS NÃO-ESSENCIAIS DOS TÍTULOS DE CRÉDITO**

Na realidade, estes são desdobramentos do princípio da Autonomia.

### **4.1. Da Abstração**

Via de regra, os títulos de crédito, são documentos abstratos, ou seja, não têm ligação com a relação jurídica subjacente que lhes deu origem.

Saliente-se, entretanto, que as duplicatas, são títulos de crédito *causais*, uma vez que a legislação prevê expressamente as causas que permitem as suas emissões.

### **Da Inoponibilidade das Exceções aos Terceiros de Boa-fé**

O devedor de título de crédito não pode deixar de cumprir sua obrigação de pagar ao credor de boa-fé, alegando como motivo exceções oponíveis a credores anteriores. Note-se, entretanto, que não tendo circulado o título, o devedor poderá opor exceção de direito pessoal contra o credor.

## **CLASSIFICAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO**

A doutrina apresenta quatro critérios para classificação dos títulos. São eles:

### **Classificação Quanto ao Modelo**

Com base nesse critério, que diz respeito a aspectos formais do título de crédito, estes poderão ser classificados como *de modelo livre* ou *vinculado*.

### **Títulos de Crédito de Modelo Livre**

Aqueles que não exigem a observância de padrão previamente estabelecido pela norma. São títulos de modelo livre a nota promissória e a letra de câmbio.

### **Títulos de Crédito de Modelo Vinculado**

Na norma há definição de um padrão a ser seguido para que tenham validade. É exemplo de título de modelo vinculado o cheque.

### **Classificação Quanto à Estrutura**

Com base nesse critério, os títulos são classificados em *ordem de pagamento* ou *promessa de pagamento*.

### **Ordem de Pagamento**

Na ordem de pagamento, alguém dá ordem para que interposta pessoa efetue o pagamento a um terceiro beneficiário. São exemplos o cheque, a duplicata mercantil, a letra de câmbio.

### **Promessa de Pagamento**

Na promessa de pagamento alguém, diretamente, se compromete a pagar determinado valor ao beneficiário. É exemplo de promessa de pagamento a nota promissória.

### **Quanto às Hipóteses de Emissão**



Com base nesse critério, os títulos são classificados em *causais* ou *não causais*.

### **Títulos Causais**

Causais são os títulos cuja emissão depende de prévia ocorrência de fato que a lei determina ser causa possível para sua origem. Como exemplo de título causal temos a duplicata mercantil (só pode circular se houver compra e venda mercantil).

### **Títulos Não-Causais (Abstratos)**

Podem ser criados em decorrência de qualquer causa, não importando a obrigação que venham a representar. A título de exemplo, temos o cheque e a nota promissória.

### **Quanto à Circulação**

Esse critério leva em consideração o ato jurídico empregado para transferir a titularidade do instrumento, classificando-o como *ao portador* ou *nominativo*.

### **Título ao Portador**

Ao portador são títulos que não identificam seu credor podendo, por esse motivo, ser transferidos mediante tradição. São títulos ao portador os cheques com valores abaixo de R\$100,00 (cem reais).

### **Título Nominativo**

Os títulos nominativos indicam o nome de seu credor. Assim, para que se transfiram, necessitam, além da tradição, endosso (títulos à ordem) ou cessão civil de crédito (títulos não à ordem).

## **6. NOVA CLASSIFICAÇÃO INTRODUZIDA PELO NOVO CÓDIGO CIVIL**

Cumpre salientar que o novo Código Civil trouxe uma classificação tripartite dos títulos de crédito com relação à sua circulação. A diferença é que os títulos *à ordem* deixaram de ser considerados “subdivisão” dos títulos nominativos, passando a ser uma categoria diferente. Assim, segundo o diploma civil, a classificação quanto à circulação se faz da seguinte forma:

### **Título ao Portador**

Classificado da mesma forma que traz a doutrina; assim, são títulos transferíveis mediante a simples tradição (artigos 904 e seguintes do Código Civil).

### **Título à Ordem**

Transmissíveis por endosso, em branco ou em preto (artigos 910 e seguintes do diploma civil).

### **Título Nominativo**

Aqueles que circulam mediante termo no registro próprio do emitente, onde deverá constar o nome do beneficiário do título (artigos 921 e seguintes do Código Civil).

**Letras de Câmbio (Dec. n. 2.044/1908 / Dec. n. 57.663/66)**

## Disposições Gerais a Todos os Títulos de Crédito

### LETRA DE CÂMBIO

Com relação à sua estrutura, é classificada como *ordem de pagamento*. Assim, como fora mencionado em módulo anterior, alguém dá ordem para que interposta pessoa efetue o pagamento a um terceiro beneficiário.

Portanto, três situações jurídicas diversas surgem, quais sejam, a situação daquele que dá a ordem para o pagamento de determinada quantia (sacador); a situação daquele a quem a ordem para pagamento é dirigida, que deverá efetuar o pagamento (sacado) e a daquele que será beneficiado pela ordem de pagamento (tomador).

Essas três situações jurídicas consideradas, como um todo, formam o *saque*.

### DISPOSIÇÕES GERAIS A TODOS OS TÍTULOS DE CRÉDITO

As disposições que seguem abaixo são aplicáveis a todos os títulos de crédito, mesmo naqueles casos em que seja mencionada a aplicabilidade às letras de câmbio, o que se faz de maneira exemplificativa.

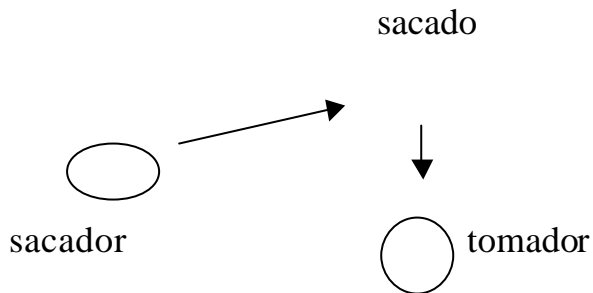
#### 2.1. Saque

Saque é o ato cambiário a partir do qual um título de crédito é emitido.

O saque gera três situações jurídicas distintas:

a do sacador, que dá ordem de pagar;

a do destinatário de uma ordem de pagamento – sacado (é o devedor principal);  
a do beneficiário dessa ordem de pagamento – credor (tomador).



### 2.1.1. Efeitos do Saque

São os seguintes os efeitos do saque:

autoriza o tomador a, na data do vencimento, procurar o sacado (devedor) com o objetivo de receber o valor mencionado no título;

o saque vincula o sacador ao pagamento do título como coobrigado.

## ACEITE

Trata-se de ato cambial por meio do qual o sacado concorda com o pagamento do valor mencionado na letra de câmbio.

Ao sacado não existe obrigatoriedade em aceitar determinada letra de câmbio, sendo dada a ele a possibilidade de recusá-la. Caso isto ocorra (recusa do aceite) ocorrerá o vencimento antecipado do título e a obrigação de saldá-lo passará ao sacador.

Outrossim, existe a possibilidade de o sacado concordar com apenas parte do que se encontra inserido no título. Nesse caso, estaremos diante do aceite parcial.

## **Aceite Parcial**

Ocorre naqueles casos em que o sacado expressa sua concordância com alguns dos termos inseridos no título. Concordando apenas com parte do que encontra-se inserido no título, haverá recusa quanto a outra parte.

Poderá o sacado deixar de concordar com o valor mencionado no título, efetuando apenas o pagamento parcial, quando estaremos diante do *aceite parcial limitativo*. Além disso, poderá alterar alguma das condições de pagamento do título, como no caso em que modifica a data de seu vencimento, ocasião em que estaremos diante do *aceite parcial modificativo*.

Conforme mencionamos acima, o aceite parcial implica também em recusa parcial do título, o que determina seu vencimento antecipado quanto a parte que foi recusada. Nesse caso, assim como na recusa integral, persistirá a obrigação do sacador de pagar na forma do saque.

## **ENDOSSO**

Trata-se de ato cambial destinado a transferir o crédito representado por determinado título de crédito à ordem.

Aquele que endossa a letra de câmbio (*endossante*) é quem tem o crédito, ou seja, o tomador e, por força desse ato, transfere seu crédito ao endossatário.

Via de regra, não existem limites para o endosso nos títulos de crédito, exceto para o cheque, que só pode ser endossado uma vez.

## **Efeitos do Endosso**

Com o endosso, observar-se-ão os seguintes efeitos:

Transferência do crédito mencionado na cártula;

Vinculação do endossante ao pagamento do título, na qualidade de coobrigado.

### **Espécies de Endosso**

Dividem-se em quatro as espécies de endosso, segundo a doutrina:

*endosso em preto*: é modalidade de endosso que traz a identificação do endossatário.

*Em branco*: não traz a identificação do endossatário (o beneficiário é quem está na posse do título, funcionando a cártula como um título ao portador).

Saliente-se que a Lei n. 8.021/90 veda o pagamento de cambial a credor não identificado. Nessa esteira, há possibilidade de o endosso ser em branco, entretanto, no momento da cobrança, o endossatário deverá se identificar. Assim, faz-se necessário que o último endosso seja em preto.

c) *Impróprio*: assim denominada pela doutrina, é modalidade de endosso que não transfere a titularidade do crédito representado pelo título. Assim, a transferência ao endossatário poderá ter dois objetivos: visar somente a cobrança do crédito ou garantir determinada obrigação assumida.

Desta feita, duas são as modalidades do denominado “endosso impróprio”:

*Mandato*: o endossatário recebe o título de crédito apenas para efetuar a cobrança do valor nele mencionado e dar a respectiva quitação; após a cobrança, o endossatário deverá devolver o dinheiro ao endossante.

*Caução*: o título é transferido ao endossatário como garantia por alguma obrigação assumida pelo endossante (é como se fosse um penhor recaindo sobre o título de crédito).

d) *Póstumo*: é aquele que se realiza após o protesto ou após o prazo para o mesmo. Ele gera os efeitos de uma cessão civil de créditos.

Há, ainda, uma modalidade de endosso denominado “endosso sem garantia”, que é aquele que o titular procede na transferência a titularidade da cártula sem que se obrigue ao seu pagamento. Na realidade, trata-se de denominação doutrinária. Entretanto, possui características de cessão civil.

Importante frisar que, conforme preceitua o artigo 912 do Código Civil, a cláusula que condicione o endosso é considerada não escrita, bem como o endosso parcial é considerado nulo.

## **DIFERENÇAS ENTRE A TRANSFERÊNCIA DO CRÉDITO POR ENDOSSO E POR CESSÃO CIVIL**

### **5.1. Transferência do Crédito por Endosso**

A transferência do crédito mediante o endosso traz maiores benefícios e garantias para o endossatário, uma vez que, via de regra, o endossante responde pela solvência do devedor quanto pela existência do crédito. Assim, se o devedor do título for insolvente

ou, por qualquer motivo, o crédito não existir, ao endossatário restará a possibilidade de efetuar a cobrança em face do endossante.

Com relação ao endosso, vale o princípio da inoponibilidade das exceções aos terceiros de boa-fé, ou seja, não poderá o devedor deixar de efetuar o pagamento ao credor alegando quaisquer fatores oponíveis ao endossante.

## **5.2. Transferência do Crédito por Cessão Civil**

Mediante cessão civil, prevista nos artigos 295 e 296 do estatuto civil, o cedente responde apenas pela veracidade do crédito, não respondendo, portanto, pela solvência do devedor.

Como mencionado acima, é possível excluir a responsabilidade do endossante, desnaturando as características básicas do endosso, mediante a cláusula *sem garantia*.

Para a transferência mediante cessão civil não vigora o princípio da inoponibilidade de exceções aos terceiros de boa-fé. Portanto, ao devedor está aberta a possibilidade de oposição ao cessionário as mesmas exceções apresentáveis contra o cedente para não efetuar o pagamento.

## **6. AVAL**

Trata-se de ato cambial de garantia. Assim, por meio dele, determinada pessoa (avalista) garante o pagamento do valor mencionado em título de crédito, seja em favor do devedor principal, seja em favor de algum coobrigado (que se denomina avalizado).



O aval carrega ao avalista as mesmas responsabilidades atinentes ao avalizado, além de a obrigação daquele ser autônoma em relação à deste. Isto significa que eventual nulidade da obrigação do avalizado não contamina a obrigação assumida pelo avalista.

Importantíssimo ressaltar que o aval antecipado é legalmente permitido (artigo 14, do Decreto Lei 2.044/1908). Ele ocorre naqueles casos em que o aval é prestado antes da data do aceite do título. Caso isso ocorra, a responsabilidade do avalista será mantida mesmo no caso de o avalizado recusar o aceite do título de crédito.

Saliente-se que, no caso de antecipação do aval, o avalista responde pelo valor do título da forma que o assumiu (uma vez que, como acima mencionado, o aval é obrigação autônoma).

Desde que exista expressa menção no título, o aval pode ser parcial. A exigência de previsão expressa homenageia o princípio da cartularidade. Assim como o endosso, o aval pode ser em preto, caso em que haverá a identificação do avalizado, ou em branco, sem que se identifique o avalizado. No último caso, o aval será sempre em favor do sacador (aquele que primeiro se obriga).

## **7. VENCIMENTO DA LETRA DE CÂMBIO**

Trata-se de ato cambial que torna o crédito exigível, surgindo ao aceitante a obrigação de pagar o valor mencionado no título.

Saliente-se que o vencimento pode advir de um fato jurídico (decorso do tempo) ou de um ato jurídico (falência do aceitante ou recusa do aceite). No primeiro caso diz-

se que houve o *vencimento ordinário* e no segundo caso denomina-se de *vencimento extraordinário*.

## **7.1. Vencimento Extraordinário**

Ocorre o vencimento extraordinário do título pelo advento de quando alguma causa de antecipação da exigibilidade crédito. A depender da causa de sua antecipação, estaremos diante de uma “espécie” de vencimento extraordinário.

### ***7.1.1. Espécies de vencimento extraordinário***

Como acima mencionado, extraordinário é modalidade de vencimento não usual, verificada em casos especiais. São duas as espécies de vencimento extraordinário:

em caso de recusa do aceite;

em caso de falência do sacado.

Ressalte-se que é mais aceito o entendimento de que apenas a falência do aceitante dá ensejo ao vencimento extraordinário do título de crédito, e não a falência de qualquer coobrigado pelo crédito.

## **7.2. Classificação da Letra de Câmbio quanto ao Vencimento**

Com relação ao seu vencimento, pode ser classificada a letra de câmbio em *à vista*, *a certo termo da vista*, *a certo termo da data* ou letra de câmbio *em data certa*.

### ***7.2.1. Modalidade de letra de câmbio à vista***

Trata-se de letra de câmbio cujo vencimento opera-se com a apresentação do título ao sacado, sem necessidade de se aguardar a chegada de certo e determinado dia.

#### ***7.2.2. Modalidade da letra de câmbio a certo termo da vista***

É aquela cujo vencimento opera-se depois de decorrido um período de tempo, cuja contagem é iniciada à partir da data do aceite.

#### ***7.2.3. Modalidade de letra de câmbio a certo termo da data***

Trata-se de letra de câmbio cujo vencimento opera-se depois do decurso de determinado lapso temporal, cuja contagem inicia-se na data do saque.

#### ***7.2.4. Modalidade de letra de câmbio em data certa***

Trata-se de modalidade cujo vencimento opera-se em dia determinado no calendário.

## **8. PAGAMENTO DO TÍTULO**

Pagamento do título de crédito ato extintivo das obrigações assumidas a partir de um título de crédito.

Quando efetuado pelo aceitante o pagamento opera a extinção de todas as obrigações existentes com relação a este título de crédito. Entretanto, quando efetuado por um dos coobrigados, operar-se-á a extinção da obrigação de pagamento apenas em

face do tomador, persistindo a obrigação do aceitante em face daquele que saldou a dívida. O pagamento do título deve se dar de modo cauteloso, devendo o devedor exigir a entrega do título em razão do princípio da cartularidade; também, deve exigir que o credor dê quitação no próprio título (por força do princípio da literalidade).

No tocante à letra de câmbio, salienta-se que o pagamento deverá obedecer aos prazos previstos em lei.

Outrossim, cumpre informar que a doutrina entende ser possível o pagamento parcial da letra de câmbio, tomadas as devidas precauções.

## **9. NATUREZA DAS OBRIGAÇÕES DE PAGAR**

Interessante ressaltar que as obrigações de pagar dividem-se em *quesíveis* ou *portáveis*.

Via de regra, a obrigação de pagar valores representados por títulos de crédito é da modalidade *quesível*.

### **9.1. *Querável* ou *Quesível***

Trata-se de obrigação *quesível* aquela em que cabe ao credor a iniciativa de procurar o devedor com o objetivo de efetuar a cobrança do valor devido.

### **9.2. *Portable* ou *Portável***

Trata-se de obrigação portátil aquela em que cabe ao devedor a iniciativa de procurar o credor com o objetivo de efetuar o pagamento devido

## **10. PROTESTO**

Protesto é ato notarial que visa documentar a ocorrência de determinado fato relevante para as relações cambiais.

## **10.1. Modalidades**

### ***10.1.1. Protesto por falta de aceite***

Ocorre nos casos em que há recusa do aceite pelo sacado.

Saliente-se que o protesto é dirigido ao sacador, ao qual restará a obrigação de pagar o título.

### ***10.1.2. Protesto por falta de data de aceite***

Trata-se de protesto destinado às letras de câmbio a certo termo da vista nas quais falte a data em que se deu o aceite.

### ***10.1.3. Protesto por falta de pagamento***

Não obtendo sucesso no recebimento do valor representado pela cambial, caberá ao tomador levá-la a protesto nos dias subseqüentes ao vencimento, sob pena de ver frustrados seus direitos em face dos demais coobrigados pelo título.

Cumpre ressaltar que a obrigação do sacador persiste, desobrigando-se apenas os demais coobrigados.

Portanto, a doutrina classifica como *necessário* o protesto para que se exerça o direito de crédito em face de coobrigados, e *facultativo* o protesto em face do devedor principal.

## **10.2. Cláusulas *Sem Despesas* ou *Sem Protesto***

A inserção de tais cláusulas produz o efeito de tornar *facultativo* o protesto *necessário*. Assim, inseridas as cláusulas, o tomador fica desobrigado a protestar o título vencido para conservar seu direito em face dos demais coobrigados.

## **11. DO PAGAMENTO DO TÍTULO**

Frustrados os caminhos amigáveis para o recebimento do valor a que se refere o título de crédito, resta ao tomador o apelo ao judiciário.

Nesses casos, sendo títulos extrajudiciais com valores definidos, caberá ao beneficiário a execução do crédito a que se refere a cártula.

Saliente-se que, na execução, necessária a observância dos prazos prescricionais, definidos no artigo 70 do Decreto nº. 57.663/66:

3 anos, contados do vencimento, em face do devedor principal e avalistas;

1 ano, contado do protesto, em face dos coobrigados;

6 meses, contados do pagamento (ou ajuizamento da execução cambial), para exercício do direito de regresso pelos coobrigados.

Finalmente, cumpre informar que, extrapolados os prazos acima, perderá o tomador o direito à cobrança do crédito, exceto se a obrigação representada pelo título era originada de operação extracambial. Nesse caso, seu devedor poderá ser demandado por ação de conhecimento própria.

## **NOTAS PROMISSÓRIAS**

As notas promissórias estão reguladas pelo Decreto-lei n. 57.663/66.

Nota promissória é uma promessa de pagamento. O saque de uma nota promissória gera duas situações jurídicas:

do emitente (devedor principal);

do beneficiário.

### **Regras Aplicáveis**

Aplicam-se às notas promissórias todas as regras aplicáveis às letras de câmbio, exceto o que for incompatível com a sua natureza de promessa de pagamento.

É incompatível tudo que diz respeito ao aceite, dado que, por ser uma promessa de pagamento – título emitido pelo devedor – não há que se falar em aceite.

### **DUPLICATAS**

As duplicatas estão reguladas pela Lei n. 5.474/68.

Duplicata é um título de crédito emitido pelo comerciante para documentar o crédito oriundo de uma compra e venda mercantil ou de uma prestação de serviços.

É um título de crédito causal, pois sua emissão somente é possível para representar crédito decorrente de uma determinada causa prevista por lei.

A emissão de duplicata sem causa é crime, conforme dispõe o art. 172 do Código Penal, cujo título é *duplicata simulada*.



Para reunir seus requisitos de formalidade, deverá a duplicata conter (art. 2.º, § 1.º, da Lei n. 5.474/68):

I - a denominação “duplicata”, a data de sua emissão e o número de ordem;

II - o número da fatura;

III - a data certa do vencimento ou a declaração de ser a duplicata à vista;

IV - o nome e domicílio do vendedor e do comprador;

V - a importância a pagar, em algarismos e por extenso;

VI - a praça de pagamento;

VII - a cláusula à ordem;

VIII - a declaração de reconhecimento de sua exatidão e da obrigação de pagá-la, a ser assinada pelo comprador, como aceite cambial;

IX - a assinatura do emitente.

Todo comerciante que emite duplicatas deve, obrigatoriamente, escriturar o Livro de Registros de Duplicatas.

## **2.1. Aceite da Duplicata**

A duplicata é um título de crédito de aceite obrigatório, ou seja, o aceite não poderá ser recusado.

O devedor apenas poderá recusar o aceite de uma duplicata se estiver presente alguma das hipóteses do art. 8.º da Lei das Duplicatas:

I - avaria ou não-recebimento das mercadorias, quando não expedidas ou não entregues por sua conta e risco;

II - vícios, defeitos e diferenças na qualidade ou na quantidade das mercadorias, devidamente comprovados;

III - divergência nos prazos ou nos preços ajustados.

## **2.2. Modalidade de Aceite da Duplicata**

### ***2.2.1. Aceite ordinário***

Resulta da assinatura do devedor no próprio título.

### ***Aceite por comunicação***

É aquele por meio do qual o devedor comunica formalmente o credor sobre o seu aceite. O devedor pode mandar carta ou fax ao credor comunicando que aceita.

### ***Aceite presumido***

Resulta do recebimento da mercadoria sem recusa formal, com ou sem devolução do título, documentado pela assinatura do contrato de entrega de mercadorias que acompanha a nota fiscal.

## **2.3. Protesto das Duplicatas e da Triplicata**

A duplicata comporta o protesto por indicações extraídas dos dados contidos no Livro de Registro de Duplicatas.

O credor poderá protestá-la mesmo se não estiver em posse da cópia, já que foi registrada em um livro; mas, na prática, as pessoas emitem uma triplicata, que é a segunda via da duplicata.

Em caso de ausência de pagamento, a duplicata deve ser levada a protesto nos 30 dias seguintes ao vencimento; decorrido esse prazo, o credor perde o direito de crédito em face dos obrigados.

### **Execução das Duplicatas**

Se o aceite é ordinário, o título executivo constitui-se na própria duplicata.

Se o aceite for por comunicação, o título executivo constitui-se na própria comunicação.

Se o aceite for por presunção, a formação do título executivo depende de dois fatores:

do protesto, que é sempre necessário, mesmo se for empregado para cobrar o credor principal;

da comprovação da entrega da mercadoria.

Todas as regras das duplicatas mercantis aplicam-se às duplicatas de prestação de serviços.

*Obs.:* aconselha-se a leitura da Lei n. 5.474/68.

### **Cheque**

## 1. CONCEITO

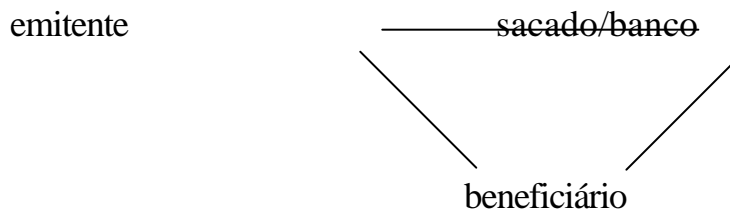
Segundo Fábio Ulhôa Coelho, cheque é uma ordem de pagamento à vista sacada contra um banco e com base em suficiente provisão de fundos, regulado pela Lei n. 7.357, de 2.9.1985.

Temos três situações jurídicas distintas:

a do emitente, que dá a ordem de pagar;

a do sacado, que é o destinatário da ordem de pagamento (banco);

a do beneficiário, que é o credor.



Como regra, o banco sacado não é responsável pelo pagamento; todavia, pode ser responsabilizado se fizer o pagamento de cheque com assinatura falsa, salvo culpa exclusiva ou concorrente do correntista, conforme dispõe a Súmula n. 28 do Supremo Tribunal Federal.

Qualquer cláusula que altera a natureza do cheque deve ser considerada não-escrita. A cláusula que pós-data o cheque não gera efeitos em relação ao banco sacado; ela é considerada não-escrita, mas vincula o credor, que pode ser responsabilizado civilmente em caso de apresentação, para pagamento do cheque, antes da data pactuada.

## **2. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO**

Será de 30 dias, se for de mesma praça, e de 60 dias, se for de praça distinta.

O cheque é de mesma praça quando o local indicado como sendo o de emissão se localizar no mesmo Município da agência bancária pagadora; será de praça distinta quando não houver correspondência entre o local de emissão e da agência pagadora.

Caso o prazo de apresentação não seja observado, o credor perde o direito de crédito em face dos coobrigados, mas não perde em face do devedor principal.

O pagamento que se faz por meio do cheque gera efeitos *pro solvendo* – a extinção da obrigação a que ele se refere apenas ocorrerá com a efetiva compensação do cheque.

Nada impede que as partes convençam que o pagamento pela via do cheque gere efeitos *pro soluto*; assim, basta a entrega da cártula (do cheque) para que se extinga a obrigação a que ele se refere (nesse caso, se o cheque não tiver fundos, o credor poderá simplesmente executar o cheque).

## **3. CHEQUE SEM FUNDOS**

A cobrança do cheque sem fundos pressupõe o protesto dentro do prazo de apresentação, sob pena de o credor perder o seu direito de crédito em face dos coobrigados.

Esse protesto pode ser substituído por uma declaração do banco sacado, atestando a inexistência de fundos.

#### **4. PRAZO PRESCRICIONAL PARA A EXECUÇÃO**

O prazo prescricional para a execução do cheque é de seis meses, a contar do término do prazo para apresentação. Decorrido o prazo prescricional, cabe ação monitória.

#### **5. CRIME DE EMISSÃO DE CHEQUE SEM FUNDOS**

A emissão de cheque sem fundos é crime, conforme o art. 171, § 2.º, inc. VI, do Código Penal. Admite-se apenas na modalidade dolosa.

O pagamento do cheque sem fundos até o momento do recebimento da denúncia implica a extinção de punibilidade.

A emissão de cheque pós-datado sem fundos não é crime.

#### **6. ENDOSSO**

O cheque comporta apenas um endosso.

Não se admite, com relação ao cheque, o endosso caução, justamente porque o cheque é uma ordem de pagamento à vista.

No cheque o endosso póstumo é o que se realiza após o prazo de apresentação.

## **7. ACEITE**

O cheque não admite aceite, uma vez que deve ser emitido segundo os fundos disponíveis, mantidos pelo emitente frente ao banco sacado.

Qualquer declaração de aceite constante no cheque é considerada condição não-escrita.

## **8. AVAL**

O cheque admite aval total (quando for garantido no todo) e parcial (quando apenas parte de seu valor tiver sido garantido).

O aval é lançado no cheque ou em folha de alongamento. É apostado no anverso do título, ou mesmo no verso, com as palavras “por aval” ou fórmulas equivalentes.

Aconselha-se a leitura da Lei n. 7.357/85.

## **TÍTULOS DE CRÉDITO IMPRÓPRIOS**

Cesare Vivante conceitua os títulos de crédito como sendo documentos necessários ao exercício do direito literal e autônomo neles mencionado.

Com base no referido conceito, depreende-se que os requisitos essenciais dos títulos de crédito são, como já analisado, a cartularidade, a literalidade e a autonomia.

Alguns instrumentos jurídicos, entretanto, encontram-se sujeitos a uma disciplina legal que aproveita, somente em parte, os requisitos dos títulos de crédito. Referidos

instrumentos, denominados títulos de crédito impróprios, não podem ser considerados como típicos títulos de crédito.

São quatro as categorias dos títulos de crédito impróprios:

títulos de legitimação;

títulos representativos;

títulos de financiamento;

títulos de investimento.

### **1.1. Títulos de Legitimação**

Os títulos de legitimação conferem ao seu portador a prestação de um serviço ou o acesso a prêmios em loterias promocionais ou oficiais. Exs.: o bilhete para o serviço de transporte coletivo, o bilhete da loteria esportiva premiado etc.

Note-se que esses títulos gozam dos requisitos da cartularidade, da literalidade e da autonomia; porém, não gozam de força executiva.

### **1.2. Títulos Representativos**

Os títulos representativos representam a titularidade de mercadorias depositadas. Assim, além de conferirem ao titular o direito à propriedade do bem depositado, podem conferir, ainda, título de crédito, uma vez que possibilitam, ao proprietário da mercadoria depositada, a negociação com o seu respectivo valor. Configuram exemplos de títulos representativos o conhecimento de depósito, o *warrant* e o conhecimento de frete.

O conhecimento de depósito e o *warrant* são títulos emitidos pelos armazéns-gerais, a pedido do depositante, em razão do depósito efetuado. Encontram-se regulados pelo Decreto n. 1.102, de 1903. São emitidos em conjunto, mas podem circular separadamente, já que o conhecimento de depósito representa a titularidade das mercadorias depositadas, e o *warrant* representa a disponibilidade das mesmas. O endossatário apenas do conhecimento de depósito passa a ser o proprietário da mercadoria depositada; no entanto, sua propriedade é limitada, pois falta-lhe um de seus atributos: a onerabilidade. O endosso em separado do *warrant* importa a constituição de um direito real de garantia em favor do endossatário. O endosso do *warrant* deve ser mencionado no conhecimento de depósito para que o endossatário desse último saiba que está adquirindo mercadoria onerada.



A liberação das mercadorias depositadas em armazéns-gerais somente poderá ocorrer ao portador de ambos os títulos. Exceção existe se a liberação se der em favor do titular do conhecimento de depósito endossado em separado, antes do vencimento da obrigação, garantida pelo endosso do *warrant*, e desde que haja o depósito, junto ao armazém-geral, do valor da obrigação; ou em caso de execução da garantia pignoratícia, após o protesto do *warrant*, mediante leilão realizado no próprio armazém.

Regulado pelo Decreto n. 19.473, de 1930, o conhecimento de frete é o título representativo de mercadorias transportadas, podendo ser emitido por empresas de transporte (por água, terra ou ar). Esse documento tem por objetivo comprovar o recebimento da mercadoria a ser transportada, pela empresa transportadora, bem como a obrigação, assumida pela empresa, de entregar a referida mercadoria em destino determinado.

O conhecimento de frete permite, ao proprietário da mercadoria despachada, negociar com o seu valor, mediante o endosso do título; porém, há casos em que a lei não permite essa negociabilidade (ex.: título emitido com cláusula “não à ordem”).

Verifica-se, portanto, que os títulos representativos não são dotados de todos os requisitos dos títulos de crédito típicos, uma vez que possuem uma finalidade originária diversa. Os títulos de crédito típicos se destinam a representar obrigações pecuniárias, e os títulos representativos têm por objeto mercadorias depositadas, podendo se referir a obrigações pecuniárias somente em caráter secundário.

### **1.3. Títulos de Financiamento**

Os títulos de financiamento representam instrumentos cedulares, configurando crédito decorrente de financiamento concedido por uma instituição financeira e importante meio de incremento de atividades econômicas e de aquisição da casa própria.

Tais títulos são costumeiramente denominados *cédulas de crédito* (quando o pagamento, do financiamento a que se referem, é garantido por hipoteca ou penhor) ou *notas de crédito* (quando não existir garantia real do financiamento).

Os títulos de financiamento não se encaixam no regime cambial por possuírem diversas peculiaridades, como, por exemplo, a possibilidade de endosso parcial, e também por se constituírem sob a forma de cédula, que permite a constituição dos direitos reais de garantia nesse mesmo instrumento.

Configuram exemplos de títulos de financiamento: cédula e nota de crédito rural, cédula e nota industrial, cédula e nota de crédito comercial, cédula e nota de crédito à exportação, cédula hipotecária.

## 1.4. Títulos de Investimento

Os títulos de investimento destinam-se à captação de recursos pelo emitente. O emitente, portanto, será o devedor do direito constante no título. O portador, por sua vez, é o credor, já que o título configura um investimento por ele efetuado.

Configuram exemplos de títulos de investimento: letras imobiliárias, emitidas pelos agentes do Sistema Financeiro de Habitação; letra de câmbio financeira; certificados de depósito bancário etc.

Existe grande discussão doutrinária acerca da natureza jurídica das debêntures. Sobre as debêntures é importante salientar que, não obstante adotarem muitas das características dos títulos de investimento, não se caracterizam como títulos de crédito impróprios, por terem um regime jurídico próprio, ou seja, trata-se de um exemplo de valor mobiliário.

## Contratos – Parte Geral

### TEORIA GERAL

#### 1.1. Introdução e Explicações Necessárias

Diante da relativa “unificação” constatada em nosso ordenamento jurídico, a parte geral que disciplina o direito contratual aplica-se tanto às relações civis quanto às relações empresariais. Portanto, de grande utilidade o estudo da matéria apresentada nos módulos da disciplina Direito Civil, especificamente módulos 9, 10 e parte do módulo 11, que tratam da matéria *Contratos*.

Inicialmente, é relevante compreender que os contratos travados entre particulares, excluídos os contratos de trabalho, atualmente, submetem-se a dois regimes diferentes, quais sejam: civil e de tutela dos consumidores.

Aplica-se o regime do direito do consumidor aos casos em que há relação contratual entre consumidor e fornecedor.

Como princípios clássicos que disciplinam os contratos temos a autonomia das vontades, a supremacia da ordem pública e a *pacta sunt servanda*.

A *autonomia das vontades* reflete a possibilidade de as partes exercerem a liberdade de optar entre contratar ou não, com as pessoas que quiserem, segundo as cláusulas e condições que estabelecerem.

A *supremacia da ordem pública* bem representa uma limitação ao primeiro princípio, dado que, em havendo divergência entre o interesse do particular e o interesse público, prevalece o último.

A *pacta sunt servanda*, também conhecida como princípio da força obrigatória dos contratos, reflete a máxima de que o contrato faz lei entre as partes contratantes; uma vez firmado, todas as obrigações assumidas no contrato são de cumprimento obrigatório, sujeitando-se, em caso de inadimplemento, às penalidades da lei ou do próprio contrato, sem prejuízo da possibilidade do cumprimento coercitivo.

Importante se faz ressaltar que o princípio da *pacta sunt servanda* encontra exceção na cláusula *rebus sic stantibus* que permite ao Poder Judiciário rever as cláusulas contratadas (ensejando, pois, hipóteses nas quais, mesmo contratada, determinada obrigação não será de cumprimento obrigatório), podendo alterá-las em caso de verificação de onerosidade excessiva, trazida por fato imprevisível (motivo pelo qual essa teoria é também chamada Teoria da Imprevisibilidade ou Teoria da Imprevisão).

No ordenamento civil recentemente inaugurado, valoriza-se a autonomia da vontade das partes (devidamente limitada pela supremacia da ordem pública). Assim, a cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão foram bastante prestigiadas em decorrência das alterações.

Importante se faz compreender que, além das alterações trazidas pelo novo Código Civil, a grande responsável pela autonomia conferida às partes no momento da contratação é a legislação consumerista, a qual, ao tutelar aqueles que celebram contratos em situação de desigualdade, abriu espaço para aqueles que têm condições equivalentes disporem livremente de sua vontade, contratando da maneira que melhor lhes aprouver, desde que as disposições contratuais não se choquem com interesses públicos e, muito menos, firam o ordenamento jurídico vigente.

É de se frisar que o ordenamento jurídico recém implantado, no que tange aos contratos, confere grande valor à liberdade na contratação, devendo ser observada a *função social do contrato*, nos exatos termos do artigo 421.

Com efeito, o novo *codex* prima pela equivalência entre as prestações contratuais, isto é, a manutenção do equilíbrio contratual buscando evitar que algum contratante obtenha vantagens às quais não tenha dado causa. Esta equivalência não será verificada exclusivamente quando da fixação preliminar das obrigações, mas deverá ser analisada a qualquer momento, desde que o cumprimento torne-se excessivamente oneroso a uma das partes. Nessa hipótese, constatada a injustiça contratual, restará cabível a *resolução por onerosidade excessiva*, prevista nos artigos 478 a 480 do estatuto civil.

## 1.2. Classificações dos Contratos

Grande é o número de classificações apresentadas pela doutrina. Nesta oportunidade, verificaremos aquelas de maior importância para o estudo dos contratos:

### *Contratos bilaterais e unilaterais*

Os contratos bilaterais, também chamados sinalagmáticos, são aqueles em que ambas as partes contratantes assumem direitos e obrigações, como no caso da compra e venda, locação, dentre outros.

Já os contratos unilaterais são aqueles em que somente uma das partes contratantes assume obrigação, como na doação, no comodato etc.

Como se verifica, a bilateralidade ou unilateralidade é considerada quanto às obrigações e direitos conferidos às partes, não com relação à constituição do contrato, o qual será sempre negócio jurídico bilateral (exige a existência de duas partes contratando).

### *Contratos consensuais, reais e solenes*

Os contratos consensuais são aqueles em que o encontro de vontades de dois ou mais sujeitos é suficiente para a formação do contrato, conforme previsão do artigo 482, do Código Civil. Trata-se de exemplo de contrato consensual a compra e venda.

Reais são os contratos que exigem, para a formação do vínculo além do consenso de vontades, a entrega da coisa contratada (da *res*). É exemplo de contrato real o mútuo bancário, que para ser considerado realizado necessita da entrega do dinheiro pelo

mutuante (banco) ao mutuário. Outros exemplos de contratos reais são o comodato e o depósito.

Solenes são os contratos que, em decorrência de previsão legal, demandam a emissão de um documento para a sua formação. Trata-se de exemplo de contrato solene o contrato de seguro, que necessita da emissão da respectiva apólice para se aperfeiçoar.

### *c) Contratos comutativos e aleatórios*

Os contratos comutativos são aqueles em que as prestações são certas e determinadas, permitindo às partes antecipar em como será a execução deste, pois tal contrato não se sujeita a qualquer modificação imprevista (álea). É exemplo de contrato comutativo a compra e venda.

Os contratos aleatórios, como se observa da própria denominação, são aqueles caracterizados pela impossibilidade de se antecipar como se dará a execução, tendo em vista que se sujeitam a uma álea – evento incerto que influencia a execução. Nesses contratos, *a priori*, não há uma equivalência entre as prestações assumidas pelas partes. A título de exemplo, temos o contrato de seguro, que é comutativo para o segurador (pois ele sabe que, ocorrido o sinistro, será indenizado) e aleatório para a seguradora (que estará obrigada ao pagamento apenas se ocorrer um fato eventual – sinistro).

Finalmente, salienta-se a existência dos contratos acidentalmente aleatórios que são os tipicamente comutativos que, em razão das circunstâncias, tornam-se aleatórios.

Os contratos acidentalmente aleatórios dividem-se em duas espécies: *venda de coisas futuras* e *venda de coisas existentes, mas expostas a risco*.

No tocante à *venda de coisas futuras*, há uma subdivisão em *emptio spei* e *emptio res speratae*:

*Emptio spei* (venda da esperança), trabalha-se com a hipótese de o negócio restar impossibilitado por motivos alheios à vontade da parte responsável pela entrega da coisa, cabendo à parte que receberia a coisa o pagamento do valor integral contratado, desde que não tenha agido com dolo ou culpa, de conformidade com artigo 458, do diploma civil.

*Emptio res speratae* (venda da coisa esperada), verifica-se naqueles casos em que há possibilidade de a quantidade da coisa esperada ser maior ou menor do que o avençado no contrato, cabendo à parte o pagamento do valor contratado por menor que seja a quantidade do que fora estipulado. A obrigação de pagamento do valor estipulado só restará

excluída se não houver quantidade nenhuma do que fora estipulado. Esta regra se extrai do artigo 459 do Código.

A solução para a venda de *coisas existentes, mas expostas a risco*, encontra-se disciplinada no artigo 460, do *codex*, segundo o qual o risco é assumido pelo adquirente. Assim, o alienante terá direito a todo o valor avençado mesmo que a coisa já tenha deixado de existir quando da contratação, desde que de sua inexistência ele não tivesse conhecimento (artigo 461, do estatuto civil).

### ***Contratos típicos (nominados) e atípicos (inominados)***

Um contrato é considerado típico quando suas características (denominação, direitos e obrigações assumidas pelas partes, peculiaridades etc.) encontram-se referidas, de modo específico, na lei. A título de exemplo, temos contrato de comissão, previsto nos artigos 693 a 709 do diploma civil, bem como a compra e venda, prevista nos artigos 481 e seguintes do mesmo estatuto.

Os contratos atípicos são aqueles que, apesar de não estarem previstos em lei (nem suas peculiaridades, ou mesmo os direitos e obrigações que são assumidas pelas partes), são firmados pelas pessoas que, no próprio instrumento contratual, estipulam as obrigações e os direitos assumidos, o nome da própria avença, as eventuais condições etc. Essa modalidade de contrato reflete, em todas as considerações, o princípio da autonomia das vontades. O fundamento para sua validade é encontrado no artigo 425 do Código Civil de 2002.

Deve-se observar que, mesmo havendo doutrina em contrário, a simples existência de regra jurídica própria para determinado contrato não é suficiente para que ele seja considerado típico; mister se faz que haja legislação que discipline direitos e obrigações naturais daquele tipo contratual. O contrato de *leasing* ainda deve ser considerado como atípico, apesar de previsto em lei, pois essa somente prescreve questões tributárias acerca da avença, não colacionando questões inerentes à disciplina contratual.

Há corrente doutrinária que salienta a existência dos denominados *contratos mistos*, que são aqueles resultantes de combinação entre contrato típico e atípico.

### **1.3. Da Extinção dos Contratos**

A extinção dá-se pelas formas preconizadas pela Teoria Geral dos Contratos, quais sejam, as formas *normais* e *anormais* de extinção:

**a) Formas normais de extinção dos contratos**

Extinção normal do contrato se dá por força do adimplemento das obrigações assumidas, extinguindo-se assim a relação jurídica obrigacional.

**b) Formas anormais de extinção dos contratos (artigos 472 a 480, do Código Civil)**

Tratam-se de formas anômalas a extinção contratual, as quais poderão ocorrer por força de *resolução*, *resilição* ou *rescisão*.

A primeira modalidade de extinção pressupõe o descumprimento, por contraente, de cláusula contratual, ou seja, sua inexecução. O descumprimento poderá se dar de maneira voluntária (quando um dos contraentes atua dolosa ou culposamente) ou involuntária (quando o descumprimento decorre de caso fortuito ou de força maior).

Este último caso (descumprimento involuntário) poderá decorrer de fatos imprevisíveis e extraordinários, caso em que restará configurada a hipótese do artigo 478 do Código Civil (resolução por onerosidade excessiva).

No que tange à resilição, esta liga-se à manifestação de vontade de uma ou ambas as partes no sentido de extinguir o que fora contratado. A denominação conferida pela doutrina a cada uma das modalidades de resilição depende da manifestação da vontade das partes, como se verifica:

*Resilição bilateral*, também denominada *distrato*: prevista no artigo 472, ocorre quando as partes contratantes, arrependendo-se do contrato firmado, de comum acordo resolvem, por bem, rescindir a avença. Salienta-se que o distrato deverá ter a mesma forma utilizada para a contratação.

*Resilição unilateral*, também denominada *denúncia*: prevista no artigo 473, ocorre quando, por haver expressa previsão legal ou contratual, ou mesmo em razão de o contrato ter sido celebrado por prazo indeterminado, é permitido à parte contratante, unilateralmente, rescindir a avença, comunicando à outra parte sua intenção, devendo, contudo, a parte interessada, cumprir um prévio aviso, geralmente previsto no próprio contrato – trata-se da denominada resilição unilateral, de acordo com os ensinamentos da doutrina. O parágrafo único do artigo 473 conferiu ao nosso ordenamento medida legal protetiva, que previne conseqüências muito desfavoráveis ao contratante que tenha empreendido muitos investimentos ao contrato, garantindo-lhe prazo compatível ao proveito dos investimentos consideráveis feitos para a execução contratual. A previsão assemelha-se ao *aviso prévio contratual*.

Importante frisar que o termo *rescisão* é utilizado normalmente como sinônimo de rescisão bem como de resolução. Entretanto, essa não é a melhor posição. Devemos entender que a *rescisão* deverá ser empregada àqueles contratos que devem ser dissolvidos pela verificação de vícios da vontade (coação ou mesmo estado de perigo) ou algum outro defeito do ato jurídico (como é o caso da lesão).

Das hipóteses acima definidas, podemos verificar alguns exemplos. Nesse sentido, se nos basearmos em um contrato de locação para fins não-residenciais, temos:

*extinção pelo adimplemento*: término do prazo do contrato com a entrega das chaves;

*resilição pelo distrato*: antes do término do contrato, as partes resolvem extinguir o contrato, com a devolução do imóvel

*resilição pela denúncia unilateral*: antes do término do contrato, o locatário devolve as chaves do imóvel locado, pagando, proporcionalmente, a multa contratual (a Lei n. 8.245 prevê a possibilidade de o locatário rescindir, antes do prazo pactuado, o contrato de locação);

⚡*resolução*: em razão da falta de pagamento dos alugueres, o locador pleiteia o despejo do locatário. Sendo decretado o despejo e reintegrado o locador na posse do imóvel locado, extinto estará o contrato de locação.

## Da Compra e Venda Mercantil



## 1. COMPRA E VENDA MERCANTIL

Por meio do contrato de compra e venda o vendedor se obriga a entregar um bem enquanto o comprador compromete-se a pagar o preço em dinheiro ou valor fiduciário correspondente (título de crédito).

Contrato de Compra e Venda Mercantil é contrato típico de Direito Comercial. Entretanto, em face da unificação do direito privado, passou a ser tratado pelo próprio Código Civil, nos artigos 481 a 532, de maneira generalizada, sendo que sua identificação ficará a cargo do objeto negociado, negociantes e finalidade almejada com a contratação.

Assim, necessária será a identificação de três requisitos na avença:

*Requisito objetivo:* o objeto do contrato deve ser um bem móvel, imóvel ou semovente. Saliente-se que o contrato que tem por objeto bem imóvel, cujo vendedor não exerce atividade econômica e o comprador é o destinatário final, é denominado contrato civil. Se o objeto do contrato for direito futuro ou ações, trata-se de contrato mercantil, também chamado contrato bolsístico.

*Requisito subjetivo:* há necessidade de que, pelo menos o comprador, seja empresário.

*Finalístico:* a compra deve ser feita com objetivo de revenda ou aluguel do bem adquirido.

Cumpramos reforçar a idéia de que esses requisitos são cumulativos, devendo encontrar-se presentes em toda compra e venda mercantil.

### 1.1. Das Avenças Entre os Contratantes

Com relação aos contratos, algumas disposições são legalmente previstas enquanto outras ficam a cargo das partes. Salienta-se que as regras legais normalmente são dispositivas posto que se relacionam a direitos patrimoniais.

No tocante ao preço, este deverá ser estabelecido com plena liberdade, pelas partes, em moeda nacional.

Poderá a compra e venda mercantil conter cláusula que subordina a realização do negócio a evento futuro e incerto, como é o caso da venda subordinada à aprovação da qualidade do bem pelo comprador (*venda a contento*). No entanto, a regra é da realização da compra e venda quando se dá o acordo de vontades entre vendedor e comprador, responsabilizando-se o primeiro pela entrega do bem enquanto ao segundo cabe o pagamento do preço estipulado.

De acordo com o que determina o artigo 490 do diploma civil, as despesas com o transporte da mercadoria cabem ao vendedor. No entanto, esta regra é meramente dispositiva: acordadas as partes, nada impede que caiba ao comprador arcar com as despesas do transporte da mercadoria.

Ainda com relação à responsabilidade pelas despesas com o transporte das mercadorias, cumpre salientar que foram criados alguns termos visando a padronização das compras e vendas internacionais. Tratam-se dos denominados *Incoterms*.

O *Incoterms 2000* divide as compras e vendas internacionais em 4 classes:

*Contratos de partida* (Grupo “E”);

*Contratos de transporte principal não pago* (Grupo “F”);

*Contratos de transporte principal pago* (Grupo “C”);

*Contratos de chegada* (Grupo “D”).

A título de exemplo, temos a cláusula EXW (*Ex Works*) que responsabiliza o comprador por toda e qualquer despesa decorrente do transporte do bem nos *contratos de partida*.

### 3. CARACTERÍSTICAS

Considerando a abordagem anterior, pode-se caracterizar a compra e venda mercantil como contrato:

*Bilateral*: gera obrigação para ambos os contratantes;

*Oneroso*: os contraentes auferem vantagem que corresponde a um sacrifício, existindo equilíbrio econômico;

*Consensual*: a manifestação de vontade torna perfeito o contrato (artigo 482 do Código Civil);

*Informal*: não exige forma predeterminada; , salvo se o bem for imóvel;

*Comutativo e aleatório*: em princípio é comutativo – pode-se antever as obrigações das partes; no entanto, será aleatório na incidência dos artigos 458 a 461 do Código Civil.

Uma vez mais, salientamos a necessidade de o aluno buscar subsídios nos módulos de Direito Civil, propriamente no módulo 11, afim de que encontre maiores detalhes sobre a matéria *Compra e Venda*, posto que o tratamento conferido aos institutos à partir do Novo Código Civil, reafirmamos, é idêntico.

## Contratos Mercantis

### 1. CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO

Os contratos chamados contratos de distribuição são aqueles que têm por objetivo o escoamento de mercadorias. Na prática, os contratos de distribuição ocorrem quando determinado comerciante, visando ampliar, manter ou criar um mercado para distribuição (escoamento) de suas mercadorias, e não interessado ou estando impossibilitado de fazê-lo diretamente, contrata terceiros para colaborar no escoamento dessas mercadorias. Os principais exemplos de contratos de distribuição são:

representação comercial;

franquia;

concessão mercantil.

### 1.1. Representação Comercial

Representação comercial é um contrato por meio do qual uma pessoa física, ou jurídica – denominada representante comercial –, realiza atividade de mediação ou de intermediação de negócios mercantis em nome da outra parte – que se denomina representado –, e recebe comissão pelos pedidos solicitados e que efetivamente se transformem em negócios a serem cumpridos pelo representado.

Esse tipo de contrato de distribuição é regulado pela Lei n. 4.886/65.

***A essência da representação comercial é a intermediação de compra e venda mercantil. A Lei n. 4.886/65 caracteriza a relação de representação comercial como contrato mercantil e não como relação de emprego; portanto, entre representante e representado não existe vínculo empregatício.***

O contrato de representação comercial é um contrato típico mercantil, pois é regulado por lei.

A lei apresenta regras que se assemelham às leis laborais; porém, três fatores diferenciam a relação de representação comercial da relação de trabalho:

possibilidade de o representante ter empregados;

arcar o representante com os custos do seu negócio, ficando clara a autonomia entre representante e representado;

poder o representante se fazer substituir por outrem no exercício de suas atividades.

Trata-se de um contrato bilateral, oneroso, típico e consensual.

### *1.1.1. Registro dos representantes perante os conselhos regionais*

Os conselhos regionais foram criados pela Lei n. 4.886/65 e funcionam como órgão fiscalizador dos representantes comerciais. O objetivo dos conselhos regionais é dar estabilidade ao mercado.

Os conselhos regionais poderão aplicar multas, determinar a suspensão ou até mesmo o cancelamento do registro, nas hipóteses de falta mencionadas no artigo 19 da Lei n. 4.886/65 como, por exemplo, negar prestação de contas ao representado.

O registro do representante no Conselho Regional é obrigatório (art. 2.º da citada lei). A sanção para a falta de registro está prevista no seu artigo 5.º e consiste na perda do direito à comissão sobre os negócios mediados.

P.: Mas é legal essa regra?

R.: A jurisprudência decidiu que não. O recebimento da remuneração pelo representante independe de registro no Conselho.

A doutrina entende que a falta de registro não impede o recebimento da comissão; porém, exclui o representante do exercício de certas prerrogativas previstas na Lei n. 4.886/65. Outros entendem que o registro é mera formalidade e que sua ausência não retiraria qualquer prerrogativa do representante.

A tendência atual é a de não condicionar a remuneração ao registro, por entender que esse condicionamento impediria o livre exercício profissional; é discutível, porém, a questão da perda do direito às prerrogativas da Lei n. 4.886/65.

### *1.1.2. Principais cláusulas no contrato de representação*

O contrato de representação, para a maioria da doutrina, deve ser escrito (art. 40 da Lei n. 4.886/65). As principais cláusulas que nele devem constar são:

*A indicação dos produtos ou artigos objeto da representação.*

*A indicação do prazo de vigência do contrato, que pode ser determinado ou indeterminado.* Vale observar que, em caso de renovação, o contrato por prazo determinado transformar-se-á em contrato por prazo indeterminado.

*A indicação da zona (ou região) em que será exercida a representação.* O contrato de representação pode ou não conceder exclusividade ao representante em relação à região. Se prevista a exclusividade, o representante terá direito a comissões por todas as vendas que se realizem no território,

mesmo se forem efetuadas diretamente pelo representado ou por terceiros. Há doutrina que entende ser obrigatória a exclusividade; não estando, porém, prevista em lei, é uma opção do representado conceder ou não a exclusividade (art. 40 da Lei n. 4.886/65).

*A indicação de exclusividade ou não da representação em favor do representado.* O representante ter liberdade de representação ou ter de representar apenas os produtos do representado dependerá de cláusula expressa no contrato. É importante, porém, observar que, mesmo o representante tendo liberdade de representação, não poderá, ao menos por via de regra, representar concorrentes do representado (vislumbra-se exceção em relação às corretoras de seguro, quando representam várias companhias). Caso isso ocorra, dará ensejo à rescisão motivada do contrato por parte do representado, e o representante não terá direito à indenização.

Pode o contrato prever quaisquer outras cláusulas, desde que não defesas por lei.

### **1.1.3. Comissões pagas aos representantes**

A remuneração do representante é a comissão, e ele só terá direito a ela após a liquidação da fatura.

O representante comercial é mero intermediador. A compra e venda é realizada entre o representado e o terceiro, e somente após o pagamento da fatura é que o representante terá direito à comissão.

O representado poderá recusar o pedido de compra e venda obtido pelo representante, não sendo, nesse caso, devida a comissão.

O prazo para recusa por parte do representado é de:

15 dias, se a venda foi realizada na mesma praça;

30 dias, se a venda foi realizada em outra praça, mas no mesmo Estado;

60 dias, se a venda foi realizada em outro Estado;

120 dias, se a venda foi realizada no Exterior.

A comissão não será devida em caso de insolvência do comprador. Se, porém, o contrato prever que sempre haverá o pagamento das comissões, ela será devida. Se for omissivo nesse ponto, a regra é de que não haverá pagamento.

#### ***1.1.4. Rescisão do contrato e indenização em favor do representante***

Há duas hipóteses a considerar: rescisão sem justa causa ou rescisão com justa causa.

##### ***a) Rescisão sem justa causa***

A rescisão sem justa causa pode se dar tanto em relação a um contrato por prazo determinado quanto a um contrato por prazo indeterminado. A indenização sempre será devida, porém irá variar de acordo com o tipo de contrato celebrado:

Se o contrato for por prazo determinado, a indenização será calculada a partir da remuneração média mensal, recebida pelo representante até a data da efetiva rescisão do contrato, multiplicada pela metade dos meses restantes para o seu término.

Exemplo:

Média mensal: R\$ 4.000,00

Prazo do contrato: 18 meses

A rescisão ocorreu no 10.º mês, portanto restavam oito meses para o término do contrato; para o cálculo da indenização utiliza-se a metade deles, ou seja, quatro meses.

Valor da indenização: R\$ 4.000,00 x 4 = R\$ 16.000,00

Se o contrato for por prazo indeterminado, a indenização equivalerá a 1/12 (um doze avos) do total das comissões recebidas durante o período de vigência do contrato.

Além do pagamento dessa indenização, na hipótese de rescisão sem justa causa, da decisão, deverá o representado notificar o representante com 30 dias de antecedência; caso não o faça, deverá pagar mais uma indenização – equivalente a 1/3 (um terço) das comissões pagas nos três meses anteriores.

##### ***b) Rescisão com justa causa***

Na rescisão pelo representado, com justa causa, não caberá ao representante qualquer indenização.

Hipóteses de rescisão por parte do representado:

desídia do representante no cumprimento de suas obrigações;

prática, pelo representante, de atos que importem descrédito comercial do representado;

descumprimento das obrigações contratuais pelo representante;

condenação definitiva do representante pelos crimes do artigo 4.º, “c”, da Lei n. 4.886/65 (crimes contra o patrimônio);

força maior – mas, nesse caso, o representado não pode alegar dificuldades financeiras.

A falência não autoriza a rescisão com justa causa do contrato de representação. O artigo 43 da Lei de Falências deixa claro que os contratos bilaterais não se rescindem com a falência e podem ou não ser executados pelo síndico, se for interessante para a massa falida. O mesmo artigo esclarece também que o contrato de representação comercial é um típico contrato bilateral.

Hipóteses de rescisão por parte do representante:

redução da sua esfera de atividade em desacordo com as cláusulas contratuais;

quebra da exclusividade, se essa era prevista no contrato;

fixação abusiva de preços, de forma a impossibilitar o desenvolvimento de suas atividades;

não pagamento da retribuição devida;

força maior.

#### ***1.1.5. Sub-representação***

Nos contratos de representação admite-se a chamada sub-representação, pela qual o representante subcontrata outrem para a prestação dos serviços de mediação em favor do representado. O contrato, porém, pode vedar a sub-representação. Se não constar nada a respeito no contrato, ela é admitida.

O sub-representante tem direito ao recebimento de comissões, porém condicionado ao recebimento dessas pelo representante.

Na sub-representação os prazos para comunicação sobre recusa de pedido são prorrogados em dez dias, ou seja, de 15 dias passa para 25 dias, e assim por diante.

O sub-representante terá direito ao aviso prévio e à indenização em caso de rescisão do contrato sem justa causa, aplicando-se aqui as mesmas regras; quanto à indenização, porém, ele a receberá de forma proporcional.



### **1.1.6. Cláusula del credere**

A cláusula *del credere* consiste em transmitir poderes para que outrem aja por conta do transmitente, mas não em seu nome, e também assuma os riscos do negócio.

Nos contratos de representação comercial é vedada a cláusula *del credere*. Assim sendo, não pode o representante ser responsabilizado pelo inadimplemento do devedor.

No contrato de comissão mercantil temos a figura do comitente, do comissário e do terceiro. O comissário age por conta do comitente, mas não em nome dele.

O comissário, como regra, não assume riscos. Nesse contrato, porém, é possível a cláusula *del credere* e, nesse caso, o comissário age em nome próprio, mas assumindo também os riscos do negócio.

Na representação, a relação existente é entre representado e terceiro, enquanto na comissão mercantil o comissário age em nome próprio. Por conta do mandato mercantil admite-se uma relação eventual, não ocorrendo o mesmo na representação.

## **1.2. Contrato de Franquia (Franchising)**

Contrato de franquia é aquele em que uma das partes, chamada franqueador, licencia o uso de sua marca a outro empresário que se denomina franqueado, prestando-lhe também serviço de organização empresarial.

O contrato de franquia está previsto na Lei n. 8.955/94; porém, não é um contrato típico. É típico o contrato em que as obrigações das partes atendem às determinações da lei. A Lei n. 8.955/94 apenas estabelece regras aplicáveis a uma situação que antecede à formação do vínculo contratual. Essa lei determina que, antes da assinatura de um contrato de franquia, deverá o franqueador divulgar a chamada Circular de Oferta e Franquia (COF), indicando as condições e obrigações relevantes do contrato.

A Circular de Oferta e Franquia deverá ser comprovadamente recebida pelo franqueado com, no mínimo, dez dias de antecedência à assinatura do contrato, sob pena de nulidade desse, facultando-se ao franqueado, nessa hipótese, exigir a devolução de todas as quantias pagas ao franqueador, bem como a indenização.

Os dois principais elementos do contrato de franquia são a cessão do uso de uma marca e a prestação de serviços de organização empresarial.

São serviços de organização empresarial:

Serviços de *engineering* (de engenharia, estruturação): consistem na elaboração e implementação do estabelecimento do franqueado. Estabelecimento, nesse caso, significa o local em que a atividade será desenvolvida.

Serviços de *management* (de gerenciamento): envolvem treinamento do franqueado e de seus funcionários, bem como a estruturação da administração dos negócios a serem desenvolvidos pelo franqueado.

Serviços de *marketing*: abrangem a promoção da venda dos produtos a serem comercializados pelo franqueado, bem como prospecção de mercado, técnicas de venda, entre outros.

### **1.2.1. Principais obrigações das partes**

#### ***a) Obrigações do franqueado***

Pagar uma taxa de adesão e um percentual sobre o faturamento.

Pagar pelos serviços de organização empresarial.

Vender apenas os produtos fabricados ou autorizados pelo franqueador, existindo, nesse caso, uma subordinação de caráter empresarial.

Observar os preços e as condições de venda estabelecidos pelo franqueador. Pode haver previsão no contrato quanto à liberdade para a fixação de preços.

#### ***b) Obrigações do franqueador***

Permitir o uso de sua marca.

Distribuir os produtos a serem comercializados pelo franqueado.

Prestar os serviços de organização empresarial.

Se o franqueador descumprir, ou cumprir de forma defeituosa, as obrigações assumidas no contrato, caberá indenização ao franqueado.

### **1.3. Concessão Mercantil**

Concessão mercantil é um contrato de distribuição pelo qual um dos contratantes, chamado concessionário, se obriga a comercializar, com ou sem cláusulas de exclusividade e de territorialidade, produtos do outro contratante, chamado concedente.

Trata-se de contrato atípico, exceto no caso de concessão para a comercialização de veículos automotores terrestres, que é regida pela *Lei Ferrari*.

## **Contratos Mercantis**

### **1. CONTRATOS BANCÁRIOS E CORRELATOS**

Os contratos bancários configuram veículos jurídicos de atividade econômica de intermediação monetária. Podem ser encontrados tanto no campo de captação (contrato firmado para que a instituição financeira capte recursos para transferi-los) como no campo de fornecimento (contrato firmado para que a instituição financeira transfira os recursos já captados), denominando-se operação passiva ou ativa, respectivamente.

Importante frisar que, para o contrato ser considerado bancário, não basta que o banco seja um dos contratantes. Mister que, além desse requisito, haja intermediação monetária.

Os contratos bancários próprios, ou seja, aqueles exclusivos dos bancos são: depósito bancário, mútuo bancário etc.

Como há dúvidas doutrinárias acerca dos exatos contornos do conceito de atividade bancária, existem contratos que, apesar de representarem intermediação monetária, acabam também sendo praticados por terceiros não considerados instituições financeiras, o que põe em discussão a sua natureza bancária. A esses contratos costuma-se atribuir a denominação contratos correlatos ou *contratos bancários impróprios*.

#### **1.1. Contrato de Arrendamento Mercantil (*Leasing*)**

Arrendamento mercantil é um contrato de natureza financeira por meio do qual uma das partes, que se denomina arrendante, aluga à outra parte, denominada arrendatário, um bem móvel ou imóvel mediante pagamento de determinado preço, mantendo o locador (arrendante) o domínio sobre o bem locado e cabendo ao arrendatário somente a posse. Caracteriza-se, o arrendamento mercantil, pela faculdade conferida ao locatário de adquirir o bem, objeto do contrato, mediante o pagamento de um valor residual.

##### ***1.1.1. Modalidades de contrato de leasing***

❓ *Leasing* operacional (*renting*): é celebrado entre o próprio fabricante ou proprietário do bem (arrendador) e o arrendatário. Não há participação de uma terceira parte. O que diferencia o *leasing* operacional do *leasing* financeiro é o fato de que, enquanto no *leasing* financeiro sempre há cláusula de obrigatoriedade do contrato por todo o período, no *leasing* operacional o contrato pode ser rescindido a qualquer momento pelo arrendatário, desde que haja aviso prévio.

❓ *Self-lease*: é realizado entre empresas que formam o mesmo grupo societário.

Tanto no *leasing* operacional quanto no *self-lease* não se aplica a Lei n. 6.099/74, que autoriza o arrendatário a utilizar as parcelas pagas de aluguel para dedução na contabilidade visando auferir contagem no imposto de renda.

❓ *Lease-back*: é o contrato celebrado entre o próprio vendedor do bem, na qualidade de arrendatário, e a arrendante compradora. Nesse caso aplica-se a regra da Lei n. 6.099/74.

Exemplo: uma empresa possui dez máquinas essenciais para o seu funcionamento. Se a empresa não tiver mais recursos para manter-se, é possível o *lease-back*, que consistiria na venda das máquinas ao arrendante, permanecendo a empresa com as mesmas, porém não mais na qualidade de proprietária, mas sim de arrendatária.

❓ *Leasing* financeiro: é a operação por meio da qual uma empresa se dedica habitual e profissionalmente a adquirir bens, produzidos por outros, para arrendá-los mediante retribuição. É o chamado arrendamento mercantil financeiro. Aqui também se aplicam as regras da Lei n. 6.099/74.

No *leasing* financeiro existem três relações jurídicas distintas:

*Contrato de mandato*: o arrendante faz tudo a mando do arrendatário, desde escolher o objeto, fazer a vistoria, entre outros itens;

*Locação*: o pagamento tem natureza de aluguel;

*Promessa de venda*: ao arrendatário cabe a opção entre comprar ou não. Pode pedir a renovação do contrato, devolver o bem, ou comprá-lo mediante o pagamento de um valor residual.

Valor residual é aquele pago para se efetuar a transferência de propriedade do bem. Difere de valor residual garantido, que é uma verdadeira garantia paga ao arrendante, geralmente no início do contrato, para que se compensem prejuízos decorrentes de inadimplemento. É como se fosse uma caução. O valor residual garantido também pode ser compensado no valor residual.

O valor residual garantido não é pagamento. Embutido em parcelas, ou cobrado antecipadamente, descaracteriza o *leasing* como arrendamento mercantil e o caracteriza como uma compra e venda, pois deixa de considerar o valor residual garantido como meio assecuratório do adimplemento futuro, admitindo-o como verdadeiro pagamento. Com efeito, em razão da edição da Súmula 263 do Superior Tribunal de Justiça Súmula, a questão restou uniformizada de acordo com seu texto, “*in verbis*”: A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação.

### **1.1.2. Inadimplemento do contrato de leasing**

Se o arrendatário descumprir a obrigação de pagar as prestações, o contrato de arrendamento se resolve, podendo o arrendante retomar o bem por meio de uma ação de reintegração de posse.

Muitos contratos acrescentam cláusula que impõe resolução imediata se não houver pagamento; contudo, no Brasil não se aplica tal cláusula. Caracterizada a mora, resolve-se o contrato de *leasing* por meio de uma interpelação judicial. Atualmente, é necessário interpelação extrajudicial.

Para que o contrato se resolva, a parte inadimplente deve ser interpelada extrajudicialmente – para caracterizar a mora. Não subsistindo qualquer título que legitime a posse, deve o arrendatário devolver o bem, pois, se não o fizer, caracterizar-se-á o esbulho, em que cabe ação de reintegração de posse, podendo também ser reclamados os valores já vencidos, mas não os valores a vencer e nem as penalidades previstas no contrato.

Valor residual garantido pode ser compensado com o valor a ser pago. Se remanescer crédito, esse pode ser cobrado. Caso haja sobra, deverá ser devolvida ao arrendatário.

## **1.2. Contrato de *Factoring***

O contrato de *faturização* ou *factoring* é aquele em que um comerciante cede a outro, na totalidade ou em parte, os créditos de suas vendas a terceiros, recebendo o valor correspondente ao montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração<sup>7</sup>.

É contrato mercantil que se realiza entre duas empresas e cujo objeto é essencialmente a compra e venda de créditos. Além da compra e venda de créditos, há elementos secundários, quais sejam:

---

<sup>7</sup> MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 15.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 468.

- administração de crédito;
- seleção e cadastramento de clientes;
- assessoria creditícia em geral.

### **1.2.1. Partes do contrato de factoring**

O contrato de *factoring* tem como elementos pessoais:

- *Factor (faturizador)*: comerciante que adquire os créditos, com ou sem adiantamento do respectivo valor, assumindo os riscos quanto ao inadimplemento do devedor.
- *Faturizado (aderente, devedor)*: empresário que cede crédito oriundo de suas relações empresariais;
- *Compradores do vendedor (clientes)*: pessoas que compram do faturizado, podendo ser pessoas físicas ou jurídicas, comerciantes ou não.

O contrato de *factoring* é um contrato mercantil, que se faz entre o faturizador e o faturizado ou vendedor, cujo objeto é a compra e venda de faturização. O *factor* é uma sociedade que deve ter seus atos constitutivos arquivados na Junta Comercial.

### **1.2.2. Objetivo do contrato de factoring**

O objetivo do contrato de *factoring* é dar às pequenas e médias empresas oportunidade de adquirir crédito, pois a dificuldade de capital de giro muitas vezes é premente.

### **1.2.3. Responsabilidade do faturizado pelo inadimplemento do devedor principal**

O faturizador assume o crédito, juntamente com os riscos; portanto, o faturizador deve pagar ao faturizado as importâncias relativas às faturas que lhe são apresentadas e assumir o risco pelo não-pagamento. Pode o faturizador escolher os créditos que quer adquirir.

No caso do crédito do faturizado estar representado por um título de crédito, a forma de transferência é o endosso, que transfere o título sem a anuência do devedor. Nesse caso vincula-se o endossante na qualidade de co-responsabilidade, prevalecendo o contrato de *factoring*. O endosso só ocorre como mero ato de transferência, feito sob a

égide do contrato de *factoring*. É o chamado endosso sem garantia, que apenas possibilita a transferência do crédito e não vincula, como co-obrigado, o endossante faturizado ao pagamento do título.

O cedente do crédito faturizado pode ser responsabilizado apenas pela existência do crédito. A garantia dada pelo cedente faturizado é garantia de existência do crédito; ele não responde pela insolvência.

Se o faturizado fosse responsabilizado pela insolvência, o contrato seria financeiro e, no caso, seria regido pelo Banco Central. Constando tal cláusula no contrato de *factoring*, ele será desconsiderado como tal pela jurisprudência.

#### **1.2.4. Remuneração em favor do factor**

Pelos serviços de faturização, a empresa poderá receber comissão calculada sobre cada crédito adquirido. O faturizador poderá cobrar juros, além de comissão.

A compra do crédito pode se dar à vista ou a prazo:

☞ *maturity factoring*: o faturizador paga apenas na data do vencimento do título;

☞ *conventional factoring*: o faturizador paga à vista.

Nas duas hipóteses, os riscos são do faturizador.

No *conventional factoring* o faturizador pode cobrar juros, que equivalem à remuneração pela utilização do dinheiro, observado o limite de 12% (doze por cento) ao ano.

Não há limites para a fixação da comissão. É contratada entre as partes.

#### **1.2.5. Caracterização do factoring como operação bancária**

O Banco Central, como fez ver na Circular n. 703/82, teve entendimento de que o *factoring* era contrato bancário e, por tal razão, as operações de *factoring* foram proibidas no país, até serem regulamentadas pelo Conselho Monetário Nacional.

Em 1988, com a Resolução n. 1.359/88, o *factoring* passou a ser considerado contrato mercantil.

