Fábio Ulhoa Coelho

Manual de Direito Comercial

Direito de Empresa

23ª edição

Editora Saraiva

Manual de Direito Comercial

Direito de Empresa

saraivajur.com.br
Visite nosso portal

Fábio Ulhoa Coelho
Professor Titular da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo

Manual de Direito Comercial

Direito de Empresa

23ª edição
2ª tiragem
2011

Editora Saraiva

Editora Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909
PABX: (11) 3613 3000
SACJUR: 0800 055 7688
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
Rua Costa Azevedo, 56 – Centro
Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE
Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)
Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro
Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO
Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL
SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 – Setor de Indústria e Abastecimento
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 – Brasília

GOIÁS/TOCANTINS
Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO
Rua 14 de Julho, 3148 – Centro
Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS
Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ
Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA
Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS
Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)
Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro
Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO
Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565
Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567
Porto Alegre

SÃO PAULO
Av. Antártica, 92 – Barra Funda
Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

102191.023.002

ISBN 978-85-02-11269-8

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Coelho, Fábio Ulhoa

Manual de direito comercial : direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. – 23. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

1. Direito comercial I. Título

10-06823 CDU-347.7

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito comercial 347.7

Diretor editorial *Antonio Luiz de Toledo Pinto*
Diretor de produção editorial *Luiz Roberto Curia*
Gerente de produção editorial *Lígia Alves*
Editor *Jônatas Junqueira de Mello*
Assistente de produção editorial *Clarissa Boraschi Maria*
Preparação de originais *Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan*
Arte e diagramação *Cristina Aparecida Agudo de Freitas*
Lídia Pereira de Morais
Revisão de provas *Rita de Cássia Queiroz Gorgati*
Simone Silberschimidt
Serviços editoriais *Ana Paula Mazzoco*
Carla Cristina Marques
Capa *Studio Bss*

Data de fechamento da edição: 13-9-2010

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

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

Para

Claudio Ferraz de Alvarenga

PRINCIPAIS ABREVIATURAS UTILIZADAS

BC	—	Banco Central
BM&F	—	Bolsa de Mercadorias e Futuro
CBA	—	Código Brasileiro de Aeronáutica
CBLC	—	Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia
CC	—	Código Civil
CCI	—	Cédula de Crédito Imobiliário
CCom	—	Código Comercial
CDA	—	Conhecimento de Depósito Agropecuário
CDC	—	Código de Defesa do Consumidor
Cetip	—	Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos
CF	—	Constituição Federal
CLT	—	Consolidação das Leis do Trabalho
CP	—	Código Penal
CPC	—	Código de Processo Civil
CPP	—	Código de Processo Penal
CRI	—	Certificado de Recebíveis Imobiliários
CTN	—	Código Tributário Nacional
CVM	—	Comissão de Valores Mobiliários
CVM-AD	—	Ato Declaratório da Comissão de Valores Mobiliários
DNRC	—	Departamento Nacional do Registro do Comércio
EOAB	—	Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94)
IN-DNRC	—	Instrução Normativa do Departamento Nacional do Registro do Comércio
INPI	—	Instituto Nacional da Propriedade Industrial
LC	—	Lei do Cheque (Lei n. 7.357/85)
LCI	—	Letra de Crédito Imobiliário
LD	—	Lei das Duplicatas (Lei n. 5.474/68)
LEF	—	Lei das Execuções Fiscais (Lei n. 6.830/80)
LF	—	Lei de Falências (Lei n. 11.101/2005)
LILE	—	Lei sobre a Intervenção e Liquidação Extrajudicial de Instituições Financeiras (Lei n. 6.024/74)
LIOE	—	Lei de Infrações à Ordem Econômica (Lei n. 8.884/94)
LL	—	Lei de Locações Prediais Urbanas (Lei n. 8.245/91)
LPI	—	Lei da Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96)

LRB — Lei da Reforma Bancária (Lei n. 4.595/64)
LRE — Lei do Registro de Empresas (Lei n. 8.934/94)
LS — Lei dos Seguros (Dec.-lei n. 73/66)
LSA — Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 6.404/76)
LU — Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias (Anexo II da Convenção de Genebra, promulgada pelo Dec. n. 57.663/66)
Res. — Resolução
SPB — Sistema de Pagamento Brasileiro
Tecban — Tecnologia Bancária S.A.
WA — *Warrant* Agropecuário

SUMÁRIO

Principais abreviaturas utilizadas 7
Prefácio 17

PRIMEIRA PARTE
TEORIA GERAL DO DIREITO COMERCIAL

Cap. 1 — ATIVIDADE EMPRESARIAL
1. Objeto do direito comercial 21
2. Comércio e empresa 23
3. Teoria da empresa 26
4. Conceito de empresário 29
5. Atividades econômicas civis 34
5.1. Profissional intelectual 35
5.2. Empresário rural 36
5.3. Cooperativas 38
6. Empresário individual 38
7. Prepostos do empresário 41
8. Autonomia do direito comercial 43

Cap. 2 — REGIME JURÍDICO DA LIVRE INICIATIVA
1. Pressupostos constitucionais do regime jurídico-comercial. 45
2. Proteção da ordem econômica e da concorrência 46
2.1. Infrações contra a ordem econômica 46
2.2. Concorrência desleal 49
3. Proibidos de exercer empresa 51
4. Microempresa e Empresa de Pequeno Porte 54

Cap. 3 — REGISTRO DE EMPRESA
1. Órgãos do Registro de Empresa 56
2. Atos do Registro de Empresa 59
3. Processo decisório do Registro de Empresa 60
4. Inatividade da empresa 61
5. Empresário irregular 62

Cap. 4 — LIVROS COMERCIAIS

1. Obrigações comuns a todos os empresários 65
2. Espécies de livros empresariais 68
3. Regularidade na escrituração 70
4. Consequências da irregularidade na escrituração 71
5. Exibição judicial e eficácia probatória dos livros 73
6. Balanços anuais 75

Cap. 5 — ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

1. Conceito e natureza do estabelecimento empresarial 77
2. Alienação do estabelecimento empresarial 80
3. Proteção ao ponto (locação empresarial) 83
4. *Shopping center* 87
5. Proteção ao título de estabelecimento 91
6. Comércio eletrônico (internete) 92

Cap. 6 — NOME EMPRESARIAL

1. Natureza e espécies 95
2. Formação do nome empresarial 98
3. Alteração do nome empresarial 102
4. Proteção ao nome empresarial 104

Cap. 7 — PROPRIEDADE INDUSTRIAL

1. Abrangência do direito industrial 107
2. Patentes 108
3. Registro industrial 111
   3.1. Desenho industrial (*design*) 111
   3.2. Marca 112
4. União de Paris 115

Cap. 8 — O EMPRESÁRIO E OS DIREITOS DO CONSUMIDOR

1. Introdução 117
2. Qualidade do produto ou serviço 118
3. Proteção contratual 123
4. Publicidade 127
5. Outras medidas protetivas 129

SEGUNDA PARTE

DIREITO SOCIETÁRIO

Cap. 9 — TEORIA GERAL DO DIREITO SOCIETÁRIO

1. Conceito de sociedade empresária 135
2. Personalização da sociedade empresária 138
3. Classificação das sociedades empresárias 141
   3.1. Classificação quanto à responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais 142
   3.2. Classificação quanto ao regime de constituição e dissolução 146
   3.3. Classificação quanto às condições de alienação da participação societária 147
4. Sociedade irregular 151
5. Desconsideração da pessoa jurídica 152

Cap. 10 — CONSTITUIÇÃO DAS SOCIEDADES CONTRATUAIS

1. Natureza do ato constitutivo da sociedade contratual 156
2. Requisitos de validade do contrato social 157
3. Cláusulas contratuais 160
4. Forma do contrato social 163
5. Alteração do contrato social 164

Cap. 11 — SÓCIO DA SOCIEDADE CONTRATUAL

1. Regime jurídico do sócio da sociedade contratual 167
2. Exclusão de sócio 171

Cap. 12 — SOCIEDADES CONTRATUAIS MENORES

1. Generalidades 174
2. Sociedade em nome coletivo 175
3. Sociedade em comandita simples 176
4. Sociedade em conta de participação 177

Cap. 13 — SOCIEDADE LIMITADA

1. Legislação aplicável 180
2. Responsabilidade dos sócios 183
3. Deliberações dos sócios 186
4. Administração 190

5. Conselho fiscal 191
6. As duas limitadas 193
7. Sociedades limitadas de grande porte 196

Cap. 14 — DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE CONTRATUAL
1. Introdução..... 198
2. Espécies de dissolução 199
3. Causas de dissolução total..... 201
4. Causas de dissolução parcial 205
5. Liquidação e apuração de haveres..... 208
6. Dissolução de fato 210

Cap. 15 — SOCIEDADES POR AÇÕES
1. Introdução..... 211
2. Características gerais da sociedade anônima 211
3. Classificação..... 216
4. Constituição..... 218
5. Valores mobiliários..... 222
6. Ações 225
7. Capital social 228
8. Órgãos sociais..... 231
9. Administração da sociedade 235
10. O acionista..... 238
11. Acordo de acionistas..... 241
12. Poder de controle..... 243
13. Demonstrações financeiras..... 245
14. Lucros, reservas e dividendos..... 248
15. Dissolução e liquidação..... 252
16. Transformação, incorporação, fusão e cisão 253
17. Grupos de sociedade e consórcio 256
18. Sociedade de economia mista 259
19. Sociedade em comandita por ações..... 260

TERCEIRA PARTE
DIREITO CAMBIÁRIO

Cap. 16 — TEORIA GERAL DO DIREITO CAMBIÁRIO
1. Conceito de título de crédito 265
2. Princípios gerais do direito cambiário..... 267
3. Classificação dos títulos de crédito 270
4. Títulos de crédito no Código Civil 272

Cap. 17 — LETRA DE CÂMBIO
1. Introdução 274
2. Legislação aplicável 274

Cap. 18 — CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO CAMBIÁRIO
1. Saque 278
2. Aceite 282
3. Endosso 285
4. Aval 290
5. O Plano Collor e os títulos de crédito 291

Cap. 19 — EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO CAMBIÁRIO
1. Introdução 295
2. Vencimento 296
3. Pagamento 298
4. Protesto 301
5. Ação cambial 303

Cap. 20 — NOTA PROMISSÓRIA
1. Requisitos 305
2. Regime jurídico 306

Cap. 21 — CHEQUE
1. Introdução 308
2. Modalidades de cheque 311
3. Pagamento do cheque 315
4. Cheque sem fundos 318

Cap. 22 — DUPLICATAS
1. Duplicata mercantil 322
2. Causalidade da duplicata mercantil 326
3. Aceite 327
4. Exigibilidade do crédito representado por duplicata 330
5. Títulos de crédito por prestação de serviços 334

Cap. 23 — TÍTULOS DE CRÉDITO IMPRÓPRIOS E TÍTULOS DE CRÉDITO ELETRÔNICOS
1. Introdução 336
2. Títulos representativos 337
3. Títulos de financiamento 340
4. Títulos de investimento 341
5. Títulos de crédito eletrônicos 342

QUARTA PARTE

DIREITO FALIMENTAR

Cap. 24 — TEORIA GERAL DO DIREITO FALIMENTAR

1. Introdução 347
2. Devedor sujeito a falência 350
3. Insolvência 354

Cap. 25 — PROCESSO FALIMENTAR

1. Introdução 359
2. Pedido de falência 361
3. Sentença declaratória da falência 365
4. Sentença denegatória da falência 367
5. Administração da falência 368
6. Apuração do ativo 373
7. Verificação de crédito 373
8. Liquidação do processo falimentar 376
9. Reabilitação do falido 380

Cap. 26 — PESSOA E BENS DO FALIDO

1. Restrições pessoais e regime patrimonial do falido 383
2. Continuação provisória da empresa do falido 385
3. Pedido de restituição e embargos de terceiro 386
4. Patrimônio separado 389

Cap. 27 — REGIME JURÍDICO DOS ATOS E CONTRATOS DO FALIDO

1. Atos ineficazes 392
2. Declaração judicial da ineficácia 396
3. Efeitos da falência quanto aos contratos do falido 398

Cap. 28 — REGIME JURÍDICO DOS CREDORES DO FALIDO

1. Credores admitidos 403
2. Efeitos da falência quanto aos credores 405
3. Classificação dos créditos 407

Cap. 29 — RECUPERAÇÃO JUDICIAL

1. Viabilidade da empresa 412
2. Meios de recuperação da empresa 413
3. Órgãos da recuperação judicial 414

3.1. Assembleia geral 415
3.2. Administrador judicial 418
3.3. Comitê 419
4. Processo da recuperação judicial 421
4.1. Fase postulatória 421
4.2. Fase de deliberação 425
4.3. Fase de execução 427
5. Microempresa e empresa de pequeno porte 429
6. Convolação em falência 430

Cap. 30 — RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL
1. Requisitos da recuperação extrajudicial 432
2. Homologação facultativa 434
3. Homologação obrigatória 435
4. Os credores na recuperação extrajudicial 437

Cap. 31 — LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS
1. Introdução 439
2. A liquidação extrajudicial 441
3. Reorganização da instituição financeira 445
4. Responsabilidade dos administradores 447

QUINTA PARTE
CONTRATOS MERCANTIS

Cap. 32 — TEORIA GERAL DOS CONTRATOS
1. Contratos mercantis 455
2. Contratos e obrigações 457
3. Constituição do vínculo contratual 460
4. Força obrigatória do contrato 463
5. Desconstituição do vínculo contratual 466

Cap. 33 — COMPRA E VENDA MERCANTIL
1. Natureza mercantil da compra e venda 468
2. Formação do contrato de compra e venda mercantil 469
3. Obrigações das partes 471
4. Especificidade da compra e venda mercantil 474

Cap. 34 — CONTRATOS DE COLABORAÇÃO
1. Introdução 476

2. Comissão 479
3. Representação comercial 481
4. Concessão comercial 484
5. Franquia 486
6. Distribuição 488

Cap. 35 — CONTRATOS BANCÁRIOS
1. Atividade bancária 492
2. Operações passivas 495
3. Operações ativas 498
3.1. Mútuo bancário 499
3.2. Desconto bancário 502
3.3. Abertura de crédito 505
3.4. Crédito documentário 506
4. Contratos bancários impróprios 508
4.1. Alienação fiduciária em garantia 508
4.2. Faturização (*factoring*) 512
4.3. Arrendamento mercantil (*leasing*) 514
4.4. Cartão de crédito 518

Cap. 36 — CONTRATOS INTELECTUAIS
1. Introdução 520
2. Cessão de direito industrial 520
3. Licença de uso de direito industrial 523
4. Transferência de tecnologia 525
5. Comercialização de *software* 528

Cap. 37 — SEGURO
1. Introdução 532
2. Sistema Nacional de Seguros Privados 533
3. Natureza do contrato de seguro 536
4. Obrigações das partes 539
5. Seguro de dano 541
6. Seguro de pessoa 543
7. Seguro-saúde 546
8. Capitalização 547

PREFÁCIO

Este livro é o que o seu título diz: um manual. Ou seja, algo para se ter à mão.

Ao escrevê-lo, pensei em compor um guia. Um instrumento que facilitasse aos estudantes e profissionais do direito se localizarem no fascinante mundo do direito comercial. Não me preocupei em discorrer sobre as muitas e interessantes discussões doutrinárias e jurisprudenciais que permeiam cada um dos temas aqui abordados, mas em fazer, quando necessário, apenas uma menção da existência de controvérsias, posições variadas ou divergências.

Perceberá o leitor, por outro lado, que, apesar dos estreitos limites dos objetivos a que se propõe este trabalho, não deixei de explicitar meu entendimento sobre as questões fundamentais da matéria. Procurei, também, manter uma linha de coerência e rigor que considero indispensável a qualquer dissertação científica ou tecnológica.

Claro está, suponho, que a reunião de todos os assuntos do direito comercial, em suas principais divisões (parte geral, direito societário, títulos de crédito, direito falimentar e contratos mercantis), em um único volume, somente poderia ter sido feita a partir de uma seleção. Optei, aqui, em primeiro lugar, por tratar daquilo que cada tema tem de essencial. Para o aprofundamento de um assunto em particular, deverá o leitor socorrer-se da bibliografia comercialista específica. Em segundo lugar, evitei a transcrição, pura e simples, de dispositivos de lei, tendo em vista a facilidade de sua consulta em outras publicações.

Este é um trabalho em evolução. Sua primeira edição é de junho de 1988. Desde então, vinte outras edições já foram tiradas, sempre com a indispensável atualização, constante revisão e ampliações. Nestes últimos anos, aliás, muitas e importantes alterações têm sido introduzidas no ordenamento jurídico nacional, que direta ou indiretamente envolvem matéria de estudo do direito comercial, e o *Manual* tem procurado acompanhá-las rigorosamente.

No mais, quero dizer que gostei muito de escrever este livro e espero que meus colegas e alunos também gostem de utilizá-lo.

Julho de 2008

O AUTOR

PRIMEIRA PARTE

TEORIA GERAL DO DIREITO COMERCIAL

CAPÍTULO 1

ATIVIDADE EMPRESARIAL

1. OBJETO DO DIREITO COMERCIAL

Os bens e serviços de que todos precisamos para viver — isto é, os que atendem às nossas necessidades de vestuário, alimentação, saúde, educação, lazer etc. — são produzidos em organizações econômicas especializadas e negociadas no mercado. Quem estrutura essas organizações são pessoas vocacionadas à tarefa de combinar determinados componentes (os "fatores de produção") e fortemente estimuladas pela possibilidade de ganhar dinheiro, muito dinheiro, com isso. São os empresários.

A atividade dos empresários pode ser vista como a de articular os fatores de produção, que no sistema capitalista são quatro: capital, mão de obra, insumo e tecnologia. As organizações em que se produzem os bens e serviços necessários ou úteis à vida humana são resultado da ação dos empresários, ou seja, nascem do aporte de *capital* — próprio ou alheio —, compra de *insumos*, contratação de *mão de obra* e desenvolvimento ou aquisição de *tecnologia* que realizam. Quando alguém com vocação para essa atividade identifica a chance de lucrar, atendendo à demanda de quantidade considerável de pessoas — quer dizer, uma necessidade, utilidade ou simples desejo de vários homens e mulhe-

res —, na tentativa de aproveitar tal oportunidade, ele deve estruturar uma organização que produza a mercadoria ou serviço correspondente, ou que os traga aos consumidores.

Estruturar a produção ou circulação de bens ou serviços significa reunir os recursos financeiros (capital), humanos (mão de obra), materiais (insumo) e tecnológicos que viabilizem oferecê-los ao mercado consumidor com preços e qualidade competitivos. Não é tarefa simples. Pelo contrário, a pessoa que se propõe realizá-la deve ter competência para isso, adquirida mais por experiência de vida que propriamente por estudos. Além disso, trata-se sempre de empreitada sujeita a risco. Por mais cautelas que adote o empresário, por mais seguro que esteja do potencial do negócio, os consumidores podem simplesmente não se interessar pelo bem ou serviço oferecido. Diversos outros fatores inteiramente alheios à sua vontade — crises políticas ou econômicas no Brasil ou exterior, acidentes ou deslealdade de concorrentes, por exemplo — podem também obstar o desenvolvimento da atividade. Nesses casos, todas as expectativas de ganho se frustram e os recursos investidos se perdem. Não há como evitar o *risco* de insucesso, inerente a qualquer atividade econômica. Por isso, boa parte da competência característica dos empresários vocacionados diz respeito à capacidade de mensurar e atenuar riscos.

O *Direito Comercial* cuida do exercício dessa atividade econômica organizada de fornecimento de bens ou serviços, denominada *empresa*. Seu objeto é o estudo dos meios socialmente estruturados de superação dos conflitos de interesses envolvendo empresários ou relacionados às empresas que exploram. As leis e a forma pela qual são interpretadas pela jurisprudência e doutrina, os valores prestigiados pela sociedade, bem assim o funcionamento dos aparatos estatal e paraestatal, na superação desses conflitos de interesses, formam o objeto da disciplina.

A denominação deste ramo do direito ("comercial") explica-se por razões históricas, examinadas na sequência; por tradição, pode-se dizer. Outras designações têm sido empregadas na identificação desta área do saber jurídico (por exemplo: direito empresarial, mercantil, dos negócios etc.), mas nenhuma ainda substituiu por completo a tradicional. Assim, embora seu objeto não se limite à disciplina jurídica do comércio, Direito Comercial tem sido o nome que identifica — nos currículos de graduação e pós-graduação em Direito, nos livros e cursos, no Brasil e em muitos outros países — o ramo jurídico voltado às questões próprias dos empresários ou das empresas; à maneira como se estrutura a produção e negociação dos bens e serviços de que todos precisamos para viver.

2. COMÉRCIO E EMPRESA

Como mencionado acima, os bens e serviços que homens e mulheres necessitam ou desejam para viver (isto é, vestir, alimentar-se, dormir, divertir-se etc.) são produzidos em organizações econômicas especializadas. Nem sempre foi assim, porém. Na Antiguidade, roupas e víveres eram produzidos na própria casa, para os seus moradores; apenas os excedentes eventuais eram trocados entre vizinhos ou na praça. Na Roma antiga, a família dos romanos não era só o conjunto de pessoas unidas por laços de sangue (pais e filhos), mas também incluía os escravos, assim como a morada não era apenas o lugar de convívio íntimo e recolhimento, mas também o de produção de vestes, alimentos, vinho e utensílios de uso diário.

Alguns povos da Antiguidade, como os fenícios, destacaram-se intensificando as trocas e, com isto, estimularam a produção de bens destinados especificamente à venda.

Esta atividade de fins econômicos, o *comércio*, expandiu-se com extraordinário vigor. Graças a ela, estabeleceram-se intercâmbios entre culturas distintas, desenvolveram-se tecnologias e meios de transporte, fortaleceram-se os estados, povoou-se o planeta de homens e mulheres; mas, também, em função do comércio, foram travadas guerras, escravizaram-se povos, recursos naturais se esgotaram. Com o processo econômico de globalização desencadeado após o fim da Segunda Guerra Mundial (na verdade, o último conflito bélico por mercados coloniais), o comércio procura derrubar as fronteiras nacionais que atrapalham sua expansão. Haverá dia em que o planeta será um único mercado.

O comércio gerou e continua gerando novas atividades econômicas. Foi a intensificação das trocas pelos comerciantes que despertou em algumas pessoas o interesse de produzirem bens de que não necessitavam diretamente; bens feitos para serem vendidos e não para serem usados por quem os fazia. É o início da atividade que, muito tempo depois, será chamada de fabril ou industrial. Os bancos e os seguros, em sua origem, destinavam-se a atender necessidades dos comerciantes. Deve-se ao comércio eletrônico a popularização da rede mundial de computadores (internete), que estimula diversas novas atividades econômicas.

Na Idade Média, o comércio já havia deixado de ser atividade característica só de algumas culturas ou povos. Difundiu-se por todo o mundo civilizado. Durante o Renascimento Comercial, na Europa, artesãos e comerciantes europeus reuniam-se em corporações de ofício, poderosas entidades burguesas (isto é, sediadas em burgos) que gozavam de significativa autonomia em face do poder real e dos senhores feudais. Nas corporações de ofício, como expressão dessa autonomia, foram paulatinamente surgindo normas destinadas a disciplinar as relações entre os seus filiados. Na

Era Moderna estas normas pseudo-sistematizadas serão chamadas de Direito Comercial. Nesta sua primeira fase de evolução, ele é o direito aplicável aos membros de determinada corporação dos comerciantes. Os usos e costumes de cada praça ou corporação tinham especial importância na sua aplicação.

No início do século XIX, em França, Napoleão, com a ambição de regular a totalidade das relações sociais, patrocina a edição de dois monumentais diplomas jurídicos: o Código Civil (1804) e o Comercial (1808). Inaugura-se, então, um *sistema* para disciplinar as atividades dos cidadãos, que repercutirá em todos os países de tradição romana, inclusive o Brasil. De acordo com este sistema, classificavam-se as relações que hoje em dia são chamadas de direito privado em *civis* e *comerciais*. Para cada regime, estabeleceram-se regras diferentes sobre contratos, obrigações, prescrição, prerrogativas, prova judiciária e foros. A delimitação do campo de incidência do Código Comercial era feita, no sistema francês, pela *teoria dos atos de comércio*. Sempre que alguém explorava atividade econômica que o direito considera ato de comércio (mercancia), submetia-se às obrigações do Código Comercial (escrituração de livros, por exemplo) e passava a usufruir da proteção por ele liberada (direito à prorrogação dos prazos de vencimento das obrigações em caso de necessidade, instituto denominado *concordata*).

Na lista dos atos de comércio não se encontravam algumas atividades econômicas que, com o tempo, passaram a ganhar importância equivalente às de comércio, banco, seguro e indústria. É o caso da prestação de serviços, cuja relevância é diretamente proporcional ao processo de urbanização. Também da lista não constavam atividades econômicas ligadas à terra, como a negociação de imóveis, agricultura ou extrativismo. Na Europa Continental, principalmen-

te em França, a burguesia foi levada a travar uma acirrada luta de classes contra o feudalismo, e um dos reflexos disso na ideologia jurídica é a desconsideração das atividades econômicas típicas dos senhores feudais no conceito aglutinador do Direito Comercial do período (o segundo, na evolução histórica da disciplina).

De qualquer modo, ultrapassados por completo os condicionantes econômicos, políticos e históricos que ambientaram sua formulação, a teoria dos atos de comércio acabou revelando suas insuficiências para delimitar o objeto do Direito Comercial. Na maioria dos países em que foi adotada, a teoria experimentou ajustes que, em certo sentido, a desnaturaram. Na Alemanha, em 1897, o Código Comercial definiu os atos de comércio como todos os que o comerciante, em sua atividade, pratica, alargando enormemente o conceito. Mesmo onde havia sido concebida, não se distinguem mais os atos de comércio dos civis segundo os parâmetros desta teoria. De fato, no direito francês, hoje, qualquer atividade econômica, independentemente de sua classificação, é regida pelo Direito Comercial se explorada por qualquer tipo de sociedade.

A insuficiência da teoria dos atos do comércio forçou o surgimento de outro critério identificador do âmbito de incidência do Direito Comercial: a teoria da empresa.

3. TEORIA DA EMPRESA

Em 1942, na Itália, surge um novo *sistema* de regulação das atividades econômicas dos particulares. Nele, alarga-se o âmbito de incidência do Direito Comercial, passando as atividades de prestação de serviços e ligadas à terra a se submeterem às mesmas normas aplicáveis às comerciais, bancárias, securitárias e industriais. Chamou-se o novo sis-

tema de disciplina das atividades privadas de *teoria da empresa*. O Direito Comercial, em sua terceira etapa evolutiva, deixa de cuidar de determinadas atividades (as de mercancia) e passa a disciplinar uma *forma específica* de produzir ou circular bens ou serviços, a empresarial. Atente para o local e ano em que a teoria da empresa se expressou pela primeira vez no ordenamento positivo. O mundo estava em guerra e, na Itália, governava o ditador fascista Mussolini.

A ideologia fascista não é tão sofisticada como a comunista, mas um pequeno paralelo entre ela e o marxismo ajuda a entender a ambientação política do surgimento da teoria da empresa. Para essas duas concepções ideológicas, burguesia e proletariado estão em luta; elas divergem sobre como a luta terminará. Para o marxismo, o proletariado tomará o poder do estado, expropriará das mãos da burguesia os bens de produção e porá fim às classes sociais (e, em seguida, ao próprio estado), reorganizando-se as relações de produção.

Já para o fascismo, a luta de classes termina em harmonização patrocinada pelo estado nacional. Burguesia e proletariado superam seus antagonismos na medida em que se unem em torno dos superiores objetivos da nação, seguindo o líder (*duce*), que é intérprete e guardião destes objetivos. A empresa, no ideário fascista, representa justamente a organização em que se harmonizam as classes em conflito. Vale notar que Asquini, um dos expoentes da doutrina comercialista italiana, ao tempo do governo fascista, costumava apontar como um dos *perfis* da empresa o *corporativo*, em que se expressava a comunhão dos propósitos de empresário e trabalhadores.

A teoria da empresa acabou se desvencilhando das raízes ideológicas fascistas. Por seus méritos jurídico-tecnológicos, sobreviveu à redemocratização da Itália e permanece

delimitando o Direito Comercial daquele país até hoje. Também por sua operacionalidade, adequada aos objetivos da disciplina da exploração de atividades econômicas por particulares no nosso tempo, a teoria da empresa inspirou a reforma da legislação comercial de outros países de tradição jurídica romana, como a Espanha em 1989.

No Brasil, o Código Comercial de 1850 (cuja primeira parte é revogada com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 — art. 2.045) sofreu forte influência da teoria dos atos de comércio. O regulamento 737, também daquele ano, que disciplinou os procedimentos a serem observados nos então existentes Tribunais do Comércio, apresentava a relação de atividades econômicas reputadas *mercancia*. Em linguagem atual, esta relação compreenderia: *a*) compra e venda de bens móveis ou semoventes, no atacado ou varejo, para revenda ou aluguel; *b*) indústria; *c*) bancos; *d*) logística; *e*) espetáculos públicos; *f*) seguros; *g*) armação e expedição de navios.

As defasagens entre a teoria dos atos de comércio e a realidade disciplinada pelo Direito Comercial — sentidas especialmente no tratamento desigual dispensado à prestação de serviços, negociação de imóveis e atividades rurais — e a atualidade do sistema italiano de bipartir o direito privado começam a ser apontadas na doutrina brasileira nos anos 1960. Principalmente depois da adoção da teoria da empresa pelo Projeto de Código Civil de 1975 (ela tinha sido também lembrada na elaboração do Projeto de Código das Obrigações, de 1965, não convertido em lei), os comercialistas brasileiros dedicam-se ao seu estudo, preparando-se para as inovações que se seguiriam à entrada em vigor da codificação unificada do direito privado, prometida para breve.

Mas, o projeto tramitou com inesperada lentidão. Durante um quarto de século, enquanto pouca coisa ou nada acontecia no Congresso e a doutrina comercialista já desen-

volvia suas reflexões à luz da teoria da empresa, alguns juízes começaram a decidir processos desconsiderando o conceito de atos de comércio — embora fosse este ainda o do direito positivo, porque ainda em vigor o antigo Código Comercial. Estes juízes concederam a pecuaristas um favor legal então existente apenas para os comerciantes (a *concordata*), decretaram a falência de negociantes de imóveis, asseguraram a renovação compulsória do contrato de aluguel em favor de prestadores de serviço, julgando, enfim, as demandas pelo critério da empresarialidade. Durante este largo tempo, também, as principais leis de interesse do direito comercial editadas já se inspiraram no sistema italiano, e não mais no francês. São exemplos o Código de Defesa do Consumidor de 1990, a Lei de Locação Predial Urbana de 1991 e a Lei do Registro de Empresas de 1994.

Em suma, pode-se dizer que o direito brasileiro já incorporara — nas lições da doutrina, na jurisprudência e em leis esparsas — a teoria da empresa, mesmo *antes* da entrada em vigor do Código Civil. Quando esta se verifica, conclui-se a demorada transição.

4. CONCEITO DE EMPRESÁRIO

Empresário é definido na lei como o profissional exercente de "atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços" (CC, art. 966). Destacam-se da definição as noções de *profissionalismo*, *atividade econômica organizada* e *produção ou circulação de bens ou serviços*.

Profissionalismo. A noção de exercício profissional de certa atividade é associada, na doutrina, a considerações de três ordens. A primeira diz respeito à habitualidade. Não se considera profissional quem realiza tarefas de modo esporá-

dico. Não será empresário, por conseguinte, aquele que organizar episodicamente a produção de certa mercadoria, mesmo destinando-a à venda no mercado. Se está apenas fazendo um teste, com o objetivo de verificar se tem apreço ou desapreço pela vida empresarial ou para socorrer situação emergencial em suas finanças, e não se torna habitual o exercício da atividade, então ele não é empresário. O segundo aspecto do profissionalismo é a pessoalidade. O empresário, no exercício da atividade empresarial, deve contratar *empregados*. São estes que, materialmente falando, produzem ou fazem circular bens ou serviços. O requisito da pessoalidade explica por que não é o empregado considerado empresário. Enquanto este último, na condição de profissional, exerce a atividade empresarial pessoalmente, os empregados, quando produzem ou circulam bens ou serviços, fazem-no em nome do empregador.

Estes dois pontos normalmente destacados pela doutrina, na discussão do conceito de profissionalismo, não são os mais importantes. A decorrência mais relevante da noção está no *monopólio das informações* que o empresário detém sobre o produto ou serviço objeto de sua empresa. Este é o sentido com que se costuma empregar o termo no âmbito das relações de consumo. Como o empresário é um profissional, as informações sobre os bens ou serviços que oferece ao mercado — especialmente as que dizem respeito às suas condições de uso, qualidade, insumos empregados, defeitos de fabricação, riscos potenciais à saúde ou vida dos consumidores — costumam ser de seu inteiro conhecimento. Porque profissional, o empresário tem o dever de conhecer estes e outros aspectos dos bens ou serviços por ele fornecidos, bem como o de informar amplamente os consumidores e usuários.

Atividade. Se empresário é o exercente profissional de uma atividade econômica organizada, então *empresa* é uma

atividade; a de produção ou circulação de bens ou serviços. É importante destacar a questão. Na linguagem cotidiana, mesmo nos meios jurídicos, usa-se a expressão "empresa" com diferentes e impróprios significados. Se alguém diz "a empresa faliu" ou "a empresa importou essas mercadorias", o termo é utilizado de forma errada, não técnica. A empresa, enquanto atividade, não se confunde com o *sujeito de direito* que a explora, o empresário. É ele que fale ou importa mercadorias. Similarmente, se uma pessoa exclama "a empresa está pegando fogo!" ou constata "a empresa foi reformada, ficou mais bonita", está empregando o conceito equivocadamente. Não se pode confundir a empresa com o *local* em que a atividade é desenvolvida. O conceito correto nessas frases é o de *estabelecimento empresarial*; este sim pode incendiar-se ou ser embelezado, nunca a atividade. Por fim, também é equivocado o uso da expressão como sinônimo de *sociedade*. Não se diz "separam-se os bens da empresa e os dos sócios em patrimônios distintos", mas "separam-se os bens sociais e os dos sócios"; não se deve dizer "fulano e beltrano abriram uma empresa", mas "eles contrataram uma sociedade".

Somente se emprega de modo técnico o conceito de empresa quando for sinônimo de *empreendimento*. Se alguém reputa "muito arriscada a empresa", está certa a forma de se expressar: o empreendimento em questão enfrenta consideráveis riscos de insucesso, na avaliação desta pessoa. Como ela se está referindo à atividade, é adequado falar em empresa. Outro exemplo: no princípio da *preservação da empresa*, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste; assim os interesses de empregados quanto aos seus postos de trabalho, de consumidores em relação

aos bens ou serviços de que necessitam, do fisco voltado à arrecadação e outros.

Econômica. A atividade empresarial é econômica no sentido de que busca gerar lucro para quem a explora. Note-se que o lucro pode ser o objetivo da produção ou circulação de bens ou serviços, ou apenas o instrumento para alcançar outras finalidades. Religiosos podem prestar serviços educacionais (numa escola ou universidade) sem visar especificamente o lucro. É evidente que, no capitalismo, nenhuma atividade econômica se mantém sem lucratividade e, por isso, o valor total das mensalidades deve superar o das despesas também nesses estabelecimentos. Mas a escola ou universidade religiosas podem ter objetivos não lucrativos, como a difusão de valores ou criação de postos de emprego para os seus sacerdotes. Neste caso, o lucro é *meio* e não *fim* da atividade econômica.

Organizada. A empresa é atividade organizada no sentido de que nela se encontram articulados, pelo empresário, os quatro fatores de produção: capital, mão de obra, insumos e tecnologia. Não é empresário quem explora atividade de produção ou circulação de bens ou serviços sem alguns desses fatores. O comerciante de perfumes que leva ele mesmo, à sacola, os produtos até os locais de trabalho ou residência dos potenciais consumidores explora atividade de circulação de bens, fá-lo com intuito de lucro, habitualidade e em nome próprio, mas não é empresário, porque em seu mister não contrata empregado, não organiza mão de obra. A tecnologia, ressalte-se, não precisa ser necessariamente *de ponta*, para que se caracterize a empresarialidade. Exige-se apenas que o empresário se valha dos conhecimentos próprios aos bens ou serviços que pretende oferecer ao mercado — sejam estes sofisticados ou de amplo conhecimento — ao estruturar a organização econômica.

Produção de bens ou serviços. Produção de bens é a fabricação de produtos ou mercadorias. Toda atividade de indústria é, por definição, empresarial. Produção de serviços, por sua vez, é a prestação de serviços. São exemplos de produtores de bens: montadoras de veículos, fábricas de eletrodomésticos, confecções de roupas; e de produtores de serviços: bancos, seguradoras, hospitais, escolas, estacionamentos, provedores de acesso à internete.

Circulação de bens ou serviços. A atividade de circular bens é a do comércio, em sua manifestação originária: ir buscar o bem no produtor para trazê-lo ao consumidor. É a atividade de intermediação na cadeia de escoamento de mercadorias. O conceito de empresário compreende tanto o atacadista como o varejista, tanto o comerciante de insumos como o de mercadorias prontas para o consumo. Os de supermercados, concessionárias de automóveis e lojas de roupas são empresários. Circular serviços é intermediar a prestação de serviços. A agência de turismo não presta os serviços de transporte aéreo, traslados e hospedagem, mas, ao montar um *pacote de viagem*, os intermedeia.

Bens ou serviços. Até a difusão do comércio eletrônico via internete, no fim dos anos 1990, a distinção entre bens ou serviços não comportava, na maioria das vezes, maiores dificuldades. Bens são corpóreos, enquanto os serviços não têm materialidade. A prestação de serviços consistia sempre numa obrigação de *fazer*. Com a intensificação do uso da internete para a realização de negócios e atos de consumo, certas atividades resistem à classificação nesses moldes. A assinatura de jornal-virtual, com exatamente o mesmo conteúdo do jornal-papel, é um bem ou serviço? Os chamados *bens virtuais*, como programas de computador ou arquivo de música baixada pela internete, em que categoria devem ser incluídos? Mesmo sem resolver essas

questões, não há dúvidas, na caracterização de empresário, de que o comércio eletrônico, em todas as suas várias manifestações (páginas B2B, B2C ou C2C), é atividade empresarial (ver *Cap. 5*, item 6).

5. ATIVIDADES ECONÔMICAS CIVIS

A teoria da empresa não acarreta a superação da bipartição do direito privado, que o legado jurídico de Napoleão tornou clássica nos países de tradição romana. Altera o critério de delimitação do objeto do Direito Comercial — que deixa de ser os *atos de comércio* e passa a ser a *empresarialidade* —, mas não suprime a dicotomia entre o regime jurídico civil e comercial. Assim, de acordo com o Código Civil, continuam excluídas da disciplina juscomercialista algumas atividades econômicas. São atividades civis, cujos exercentes não podem, por exemplo, requerer a recuperação judicial, nem falir.

São quatro hipóteses de atividades econômicas *civis*. A primeira diz respeito às exploradas por quem não se enquadra no conceito legal de empresário. Se alguém presta serviços diretamente, mas não organiza uma empresa (não tem empregados, por exemplo), mesmo que o faça profissionalmente (com intuito lucrativo e habitualidade), ele *não* é empresário e o seu regime será o civil. Aliás, com o desenvolvimento dos meios de transmissão eletrônica de dados, estão surgindo atividades econômicas de relevo exploradas sem empresa, em que o prestador dos serviços trabalha sozinho em casa.

As demais atividades civis são as dos profissionais intelectuais, dos empresários rurais não registrados na Junta Comercial e a das Cooperativas.

5.1. *Profissional intelectual*

Não se considera empresário, por força do parágrafo único do art. 966 do CC, o exercente de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo que contrate empregados para auxiliá-lo em seu trabalho. Estes profissionais exploram, portanto, atividades econômicas civis, não sujeitas ao Direito Comercial. Entre eles se encontram os profissionais liberais (advogado, médico, dentista, arquiteto etc.), os escritores e artistas de qualquer expressão (plásticos, músicos, atores etc.).

Há uma exceção, prevista no mesmo dispositivo legal, em que o profissional intelectual se enquadra no conceito de empresário. Trata-se da hipótese em que o exercício da profissão constitui *elemento de empresa*.

Para compreender o conceito legal, convém partir de um exemplo. Imagine o médico pediatra recém-formado, atendendo seus primeiros clientes no consultório. Já contrata pelo menos uma secretária, mas se encontra na condição geral dos profissionais intelectuais: não é empresário, mesmo que conte com o auxílio de colaboradores. Nesta fase, os pais buscam seus serviços em razão, basicamente, de sua competência como médico. Imagine, porém, que, passando o tempo, este profissional amplie seu consultório, contratando, além de mais pessoal de apoio (secretária, atendente, copeira etc.), também enfermeiros e outros médicos. Não chama mais o local de atendimento de consultório, mas de *clínica*. Nesta fase de transição, os clientes ainda procuram aqueles serviços de medicina pediátrica, em razão da confiança que depositam no trabalho daquele médico, titular da clínica. Mas a clientela se amplia e já há, entre os pacientes, quem nunca foi atendido diretamente pelo titular, nem o conhece. Numa fase seguinte, cresce mais ainda aquela unida-

de de serviços. Não se chama mais clínica, e sim *hospital pediátrico*. Entre os muitos funcionários, além dos médicos, enfermeiros e atendentes, há contador, advogado, nutricionista, administrador hospitalar, seguranças, motoristas e outros. Ninguém mais procura os serviços ali oferecidos em razão do trabalho pessoal do médico que os organiza. Sua individualidade se perdeu na organização empresarial. Neste momento, aquele profissional intelectual tornou-se elemento de empresa. Mesmo que continue clinicando, sua maior contribuição para a prestação dos serviços naquele hospital pediátrico é a de organizador dos fatores de produção. Foge, então, da condição geral dos profissionais intelectuais e deve ser considerado, juridicamente, empresário.

Também os outros profissionais liberais e artistas sujeitam-se à mesma regra. O escultor que contrata auxiliar para funções operacionais (atender o telefone, pagar contas no banco, fazer moldes, limpar o ateliê) não é empresário. Na medida em que expande a procura por seus trabalhos, e ele contrata vários funcionários para imprimir maior celeridade à produção, *pode* ocorrer a transição dele da condição jurídica de profissional intelectual para a de elemento de empresa. Será o caso, se a reprodução de esculturas assinaladas com sua assinatura não depender mais de nenhuma ação pessoal direta dele. Tornar-se-á, então, juridicamente empresário.

5.2. *Empresário rural*

Atividade econômica rural é a explorada normalmente fora da cidade. Certas atividades produtivas não são costumeiramente exploradas em meio urbano, por razões de diversas ordens (materiais, culturais, econômicas ou jurídicas). São rurais, por exemplo, as atividades econômicas de

plantação de vegetais destinadas a alimentos, fonte energética ou matéria-prima (agricultura, reflorestamento), a criação de animais para abate, reprodução, competição ou lazer (pecuária, suinocultura, granja, equinocultura) e o extrativismo vegetal (corte de árvores), animal (caça e pesca) e mineral (mineradoras, garimpo).

As atividades rurais, no Brasil, são exploradas em dois tipos radicalmente diferentes de organizações econômicas. Tomando-se a produção de alimentos por exemplo, encontra-se na economia brasileira, de um lado, a agroindústria (ou agronegócio) e, de outro, a agricultura familiar. Naquela, emprega-se tecnologia avançada, mão de obra assalariada (permanente e temporária), especialização de culturas, grandes áreas de cultivo; na familiar, trabalham o dono da terra e seus parentes, um ou outro empregado, e são relativamente menores as áreas de cultivo. Convém registrar que, ao contrário de outros países, principalmente na Europa, em que a pequena propriedade rural tem importância econômica no encaminhamento da questão agrícola, entre nós, a produção de alimentos é altamente industrializada e se concentra em grandes empresas rurais. Por isso, a reforma agrária, no Brasil, não é solução de nenhum problema econômico, como foi para outros povos; destina-se a solucionar apenas problemas sociais de enorme gravidade (pobreza, desemprego no campo, crescimento desordenado das cidades, violência urbana etc.).

Atento a esta realidade, o Código Civil reservou para o exercente de atividade rural um tratamento específico (art. 971). Se ele requerer sua inscrição no registro das empresas (Junta Comercial), será considerado empresário e submeter-se-á às normas de Direito Comercial. Esta deve ser a opção do agronegócio. Caso, porém, não requeira a inscrição neste registro, não se considera empresário e seu regime

será o do Direito Civil. Esta última deverá ser a opção predominante entre os titulares de negócios rurais familiares.

5.3. *Cooperativas*

Desde o tempo em que a delimitação do objeto do Direito Comercial era feita pela teoria dos atos de comércio, há duas exceções a assinalar no contexto do critério identificador desse ramo jurídico. De um lado, a *sociedade por ações*, que será sempre comercial, independentemente da atividade que explora (LSA, art. 2º, § 2º; CC, art. 982). De outro, as *cooperativas*, que são sempre sociedades simples, independentemente da atividade que exploram (art. 982).

As cooperativas, normalmente, dedicam-se às mesmas atividades dos empresários e costumam atender aos requisitos legais de caracterização destes (*profissionalismo*, *atividade econômica organizada* e *produção ou circulação de bens ou serviços*), mas, por expressa disposição do legislador, que data de 1971, não se submetem ao regime jurídico-empresarial. Quer dizer, não estão sujeitas à falência e não podem requerer a recuperação judicial. Sua disciplina legal específica encontra-se na Lei n. 5.764/71 e nos arts. 1.093 a 1.096 do CC, e seu estudo cabe ao Direito Civil.

6. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL

O empresário pode ser pessoa física ou jurídica. No primeiro caso, denomina-se *empresário individual*; no segundo, *sociedade empresária*.

Deve-se desde logo acentuar que os sócios da sociedade empresária *não* são empresários. Quando pessoas (naturais) unem seus esforços para, em sociedade, ganhar dinheiro

com a exploração empresarial de uma atividade econômica, elas não se tornam empresárias. A *sociedade* por elas constituída, uma pessoa jurídica com personalidade autônoma, sujeito de direito independente, é que será empresária, para todos os efeitos legais. Os sócios da sociedade empresária são empreendedores ou investidores, de acordo com a colaboração dada à sociedade (os empreendedores, além de capital, costumam devotar também trabalho à pessoa jurídica, na condição de seus administradores, ou as controlam; os investidores limitam-se a aportar capital). As regras que são aplicáveis ao empresário individual não se aplicam aos sócios da sociedade empresária — é muito importante apreender isto.

O empresário individual, em regra, não explora atividade economicamente importante. Em primeiro lugar, porque negócios de vulto exigem naturalmente grandes investimentos. Além disso, o risco de insucesso, inerente a empreendimento de qualquer natureza e tamanho, é proporcional às dimensões do negócio: quanto maior e mais complexa a atividade, maiores os riscos. Em consequência, as atividades de maior envergadura econômica são exploradas por sociedades empresárias *anônimas* ou *limitadas*, que são os tipos societários que melhor viabilizam a conjugação de capitais e limitação de perdas. Aos empresários individuais sobram os negócios rudimentares e marginais, muitas vezes ambulantes. Dedicam-se a atividades como varejo de produtos estrangeiros adquiridos em zonas francas (sacoleiros), confecção de bijuterias, de doces para restaurantes ou bufês, quiosques de miudezas em locais públicos, bancas de frutas ou pastelarias em feiras semanais etc.

Em relação às pessoas físicas, o exercício de atividade empresarial é vedado em duas hipóteses (relembre-se que não se está cuidando, aqui, das condições para uma pessoa física ser *sócia* de sociedade empresária, mas para ser em-

presária individual). A primeira diz respeito à proteção dela mesma, expressa em normas sobre *capacidade* (CC, arts. 972, 974 a 976); a segunda refere-se à proteção de terceiros e se manifesta em *proibições ao exercício da empresa* (CC, art. 973). Desta última, tratarei mais à frente (*Cap. 2*, item 3).

Para ser empresário individual, a pessoa deve encontrar-se em pleno gozo de sua capacidade civil. Não têm capacidade para exercer empresa, portanto, os menores de 18 anos não emancipados, ébrios habituais, viciados em tóxicos, deficientes mentais, excepcionais e os pródigos, e, nos termos da legislação própria, os índios. Destaque-se que o menor emancipado (por outorga dos pais, casamento, nomeação para emprego público efetivo, estabelecimento por economia própria, obtenção de grau em curso superior), exatamente por se encontrar no pleno gozo de sua capacidade jurídica, pode exercer empresa como o maior.

No interesse do incapaz, prevê a lei hipótese excepcional de exercício da empresa: pode ser empresário individual o incapaz *autorizado* pelo juiz. O instrumento desta autorização denomina-se *alvará*. A circunstância em que cabe essa autorização é especialíssima. Ela só poderá ser concedida pelo Judiciário para o incapaz *continuar* exercendo empresa que ele mesmo constituiu, enquanto ainda era capaz, ou que foi constituída por seus pais ou por pessoa de quem o incapaz é sucessor. Não há previsão legal para o juiz autorizar o incapaz a dar início a novo empreendimento.

O exercício da empresa por incapaz autorizado é feito mediante representação (se absoluta a incapacidade) ou assistência (se relativa). Se o representante ou o assistido for ou estiver proibido de exercer empresa, nomeia-se, com aprovação do juiz, um gerente. Mesmo não havendo impedimento, se reputar do interesse do incapaz, o juiz pode, ao

conceder a autorização, determinar que atue no negócio o gerente. A autorização pode ser revogada pelo juiz, a qualquer tempo, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito. A revogação não prejudicará os interesses de terceiros (consumidores, empregados, fisco, fornecedores etc.).

Os bens que o empresário incapaz autorizado possuía, ao tempo da sucessão ou interdição, não respondem pelas obrigações decorrentes da atividade empresarial exercida durante o prazo da autorização, a menos que tenham sido nela empregados, antes ou depois do ato autorizatório. Do alvará judicial constará a relação destes bens.

7. PREPOSTOS DO EMPRESÁRIO

Como organizador de atividade empresarial, o empresário (pessoa física ou jurídica) necessariamente deve contratar mão de obra, que é um dos fatores de produção. Seja como empregado pelo regime do Direito do Trabalho (CLT) ou como representante, autônomo ou pessoal terceirizado vinculados por contrato de prestação de serviços, vários trabalhadores desempenham tarefas sob a coordenação do empresário. Para efeitos do direito das obrigações, esses trabalhadores, independentemente da natureza do vínculo contratual mantido com o empresário, são chamados *prepostos* (CC, arts. 1.169 a 1.178).

Em termos gerais, os atos dos prepostos praticados no estabelecimento empresarial e relativos à atividade econômica ali desenvolvida obrigam o empresário preponente. Se alguém adentra a loja e se dirige a pessoa uniformizada que lá se encontra, e com ela inicia tratativas negociais (quer dizer, pede informações sobre produto exposto, indaga sobre preço e garantias, propõe forma alternativa de parcela-

mento etc.), o empresário dono daquele comércio (pessoa física ou jurídica) está sendo contratualmente responsabilizado. As informações prestadas pelo empregado ou funcionário terceirizado, bem como os compromissos por eles assumidos, atendidos aqueles pressupostos de lugar e objeto, criam obrigações para o empresário (art. 1.178).

Os prepostos, por evidente, respondem pelos seus atos de que derivam obrigações do empresário com terceiros. Se agiram com culpa, devem indenizar em regresso o preponente titular da empresa; se com dolo, respondem eles *também* perante o terceiro, em solidariedade com o empresário.

Está o preposto proibido de concorrer com o seu preponente. Quando o faz, sem autorização expressa, responde por perdas e danos. O empresário prejudicado tem também direito de retenção, até o limite dos lucros da operação econômica irregular de seu preposto, sobre os créditos deste. Configura-se, também, eventualmente o crime de concorrência desleal (LPI, art. 195).

Dois prepostos têm sua atuação referida especificamente no Código Civil: o gerente e o contabilista. O gerente é o funcionário com funções de chefia, encarregado da organização do trabalho num certo estabelecimento (sede, sucursal, filial ou agência). Os poderes do gerente podem ser limitados por ato escrito do empresário. Para produzir efeitos perante terceiros, este ato deve estar arquivado na Junta Comercial ou comprovadamente informado para estes. Não havendo limitação expressa, o gerente responsabiliza o preponente em todos os seus atos e pode, inclusive, atuar em juízo pelas obrigações resultantes do exercício de sua função. Por sua vez, o contabilista é o responsável pela escrituração dos livros do empresário. Só nas grandes empresas este preposto costuma ser empregado; nas pequenas e médias, normal-

mente, é profissional com quem o empresário mantém contrato de prestação de serviços.

Entre o gerente e o contabilista, além das diferenças de funções e responsabilidades, há também duas outras que devem ser destacadas: enquanto é facultativa a função do gerente (o empresário pode, simplesmente, não ter este tipo de preposto), a do contabilista é obrigatória (salvo se nenhum houver na localidade — CC, art. 1.182); ademais, qualquer pessoa pode trabalhar como gerente, mas apenas os regularmente inscritos no órgão profissional podem trabalhar como contador ou técnico em contabilidade.

8. AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL

O Direito Comercial (Mercantil, Empresarial ou de Negócios) é área especializada do conhecimento jurídico. Sua autonomia, como disciplina curricular ou campo de atuação profissional específico, decorre dos conhecimentos extrajurídicos que professores e advogados devem buscar, quando o elegem como ramo jurídico de atuação. Exige-se do comercialista não só dominar conceitos básicos de economia, administração de empresas, finanças e contabilidade, como principalmente compreender as necessidades próprias do empresário e a natureza de *elemento de custo* que o direito muitas vezes assume para este. Quem escolhe o Direito Comercial como sua área de estudo ou trabalho deve estar disposto a contribuir para que o empresário alcance o objetivo fundamental que o motiva na empresa: o lucro. Sem tal disposição, será melhor — para o estudioso e profissional do direito, para os empresários e para a sociedade — que ele dedique seus esforços a outra das muitas e ricas áreas jurídicas.

No Brasil, a autonomia do Direito Comercial é referida até mesmo na Constituição Federal, que, ao listar as matérias

da competência legislativa privativa da União, menciona "direito civil" em separado de "comercial" (CF, art. 22, I).

Não compromete a autonomia do Direito Comercial a opção do legislador brasileiro de 2002 no sentido de tratar a matéria correspondente ao objeto desta disciplina no Código Civil (Livro II da Parte Especial). A autonomia didática e profissional não é minimamente determinada pela legislativa. Afinal, Direito Civil não é Código Civil; assim como Direito Comercial não é Código Comercial. À forma considerada mais oportuna de organizar os textos e diplomas legais não corresponde necessariamente a melhor de estudar e ensinar o direito.

Também não compromete a autonomia da disciplina a adoção, no direito privado brasileiro, da Teoria da Empresa. Como visto, a bipartição dos regimes jurídicos disciplinadores de atividades econômicas não deixa de existir, quando se adota o critério da empresarialidade para circunscrever os contornos do âmbito de incidência do Direito Comercial. Aliás, a Teoria da Empresa não importa nem mesmo a unificação legislativa do direito privado. Na Espanha, desde 1989, o Código do Comércio incorpora os fundamentos desta teoria, permanecendo diploma separado do Código Civil.

A demonstração irrespondível de que a autonomia do Direito Comercial não é comprometida nem pela unificação legislativa do direito privado nem pela Teoria da Empresa encontra-se nos currículos dos cursos jurídicos de faculdades italianas. Já se passaram 60 anos da unificação legislativa e da adoção da Teoria da Empresa na Itália, e Direito Comercial continua sendo tratado lá como disciplina autônoma, com professores e literatura especializados. Até mesmo em reformas curriculares recentes, como a empreendida na Faculdade de Direito de Bolonha a partir do ano letivo de 1996/1997, a autonomia do Direito Comercial foi amplamente prestigiada.

CAPÍTULO 2

REGIME JURÍDICO DA LIVRE INICIATIVA

1. PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DO REGIME JURÍDICO-COMERCIAL

A Constituição Federal, ao dispor sobre a exploração de atividades econômicas, vale dizer, sobre a produção dos bens e serviços necessários à vida das pessoas em sociedade, atribuiu à iniciativa privada, aos particulares, o papel primordial, reservando ao Estado apenas uma função supletiva (art. 170). A exploração direta de atividade econômica pelo Estado só é possível em hipóteses excepcionais, quando, por exemplo, for necessária à segurança nacional ou se presente um relevante interesse coletivo (art. 173).

Estes são os pressupostos constitucionais do regime jurídico-comercial.

Ao atribuir à iniciativa privada papel de tal monta, a Constituição torna possível, sob o ponto de vista jurídico, a previsão de um regime específico pertinente às obrigações do empreendedor privado. Não poderia, em outros termos, a ordem jurídica conferir uma obrigação a alguém, sem, concomitantemente, prover os meios necessários para integral e satisfatório cumprimento dessa obrigação. Se, ao capitalista, a ordem reserva a primazia na produção, deve cuidar para que ele possa desincumbir-se, plenamente, dessa tarefa. Caso contrário, ou seja, se não houvesse um regime

jurídico específico para a exploração econômica, a iniciativa privada permaneceria inerte e toda a sociedade sofreria com a estagnação da produção dos bens e serviços indispensáveis à satisfação de suas necessidades. É claro, se o modo de produção não fosse o capitalista, e o estado fosse o responsável pela produção dos bens e serviços necessários à vida em sociedade, não teria sentido um regime jurídico próprio para a categoria de profissionais que, supletivamente, se dedicassem à exploração econômica.

Por estas razões, é pressuposto jurídico do regime jurídico-comercial uma Constituição que adote os princípios do liberalismo, ou de uma vertente neoliberal, no regramento da ordem econômica. Sem um regime econômico de livre iniciativa, de livre competição, não há direito comercial. Ao nível da legislação ordinária, o direito complementa tais pressupostos constitucionais, procurando garantir a livre iniciativa e a livre competição através da repressão ao abuso do poder econômico e à concorrência desleal.

2. PROTEÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA E DA CONCORRÊNCIA

Em consonância com a definição de um regime econômico de inspiração neoliberal, pela Constituição, o legislador ordinário estabeleceu mecanismos de amparo à liberdade de competição e de iniciativa. Estes mecanismos, basicamente, configuram a coibição de práticas empresariais incompatíveis com o referido regime, as quais se encontram agrupadas em duas categorias: infração à ordem econômica e concorrência desleal.

2.1. Infrações contra a ordem econômica

As infrações contra a ordem econômica (antigamente

chamadas de "abuso do poder econômico") estão definidas na Lei n. 8.884/94 (LIOE). Para a sua caracterização, é necessário conjugarem-se dois dispositivos deste diploma legal: de um lado, o art. 20, que estabelece o objetivo ou efeitos possíveis da prática empresarial ilícita; de outro, o art. 21, que elenca diversas hipóteses em que a infração pode ocorrer.

Note-se que somente configuram infrações contra a ordem econômica as práticas empresariais elencadas no art. 21 da LIOE se caracterizado o exercício do poder econômico através de condutas que visem a limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, ou aumentar arbitrariamente os lucros. Por exemplo, o tratamento diferenciado de adquirentes, com a fixação de preços ou condições especiais para um ou mais deles, está referido no inc. XII do art. 21 da LIOE. Essa prática discriminatória tanto pode ser absolutamente lícita como caracterizar infração contra a ordem econômica. Depende uma ou outra alternativa dos objetivos pretendidos, ou obtidos mesmo sem intenção, pela discriminação. Se o agente buscou, através dela, prejudicar a livre concorrência, dominar mercado relevante ou aumentar arbitrariamente os preços, ou um desses efeitos se realizou, então sua conduta é infracional. Caso contrário, se os objetivos pretendidos ou os efeitos da prática empresarial não têm relação com exercício abusivo do poder econômico, não existirá qualquer ilicitude.

Em suma, as condutas elencadas no art. 21 da LIOE somente caracterizam infração contra a ordem econômica se presentes os pressupostos do art. 20 da LIOE. Por outro lado, qualquer prática empresarial, ainda que não mencionada pelo legislador no art. 21, configurará infração contra a ordem econômica se os seus objetivos ou efeitos forem os referidos no art. 20. Isso porque, na verdade, a repressão a

tais condutas está fundada no texto constitucional, em que se encontra totalmente delineada (CF, art. 173, § 4º).

Na análise da vinculação entre a natureza da conduta e o seu objetivo ou efeito (potencial ou realizado), deve-se levar em conta que é irrelevante a existência ou não de culpa do empresário. Ou seja, para a caracterização da infração contra a ordem econômica basta a prova de que alguém, agindo como o acusado agiu, produziria ou poderia produzir os efeitos considerados abusivos pela lei, sem pesquisa do ânimo do empresário.

A caracterização de infração à ordem econômica dá ensejo à repressão de natureza administrativa, para a qual é competente o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Na sua atuação, o CADE será auxiliado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) daquele Ministério, com competência para a realização das averiguações preliminares e a instrução do processo administrativo.

Prevê a lei as seguintes sanções administrativas a serem impostas contra os empresários condenados pela prática de infração à ordem econômica: multa, publicação pela imprensa do extrato da decisão condenatória, proibição de contratar com o Poder Público ou com instituições financeiras oficiais, inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, recomendação de licenciamento obrigatório de Patente titularizada pelo infrator, de negativa de parcelamento de tributos ou cancelamento de benefício fiscal, bem como a determinação de atos societários como cisão ou transferência de controle compulsórios. As decisões administrativas condenatórias, proferidas pelo CADE, são títulos executivos extrajudiciais e comportam execução específica quando impõem obrigação de fazer ou não fazer, podendo o juiz para isso decretar a intervenção na empresa.

Além dessas atribuições, de ordem repressiva, os referidos órgãos atuam, também, na esfera preventiva, validando os contratos entre particulares que possam limitar ou reduzir a concorrência (LIOE, art. 54).

Paralelamente a esse procedimento de repressão administrativa, tipifica a Lei n. 8.137, de 1990, algumas práticas empresariais como crime contra a ordem econômica (arts. 4º a 6º).

2.2. *Concorrência desleal*

A repressão à concorrência desleal, por sua vez, é feita em dois níveis pelo direito. Na área do direito penal, a lei tipifica como crime de concorrência desleal os comportamentos elencados no art. 195 da LPI. São exemplos desses crimes: publicar falsa afirmação em detrimento de concorrente, com objetivo de obter vantagem; empregar meio fraudulento para desviar, em seu proveito ou de terceiro, a clientela de um certo comerciante; dar ou prometer dinheiro a empregado de concorrente para que este proporcione vantagem, faltando a dever do emprego etc. No plano civil, a repressão à concorrência desleal pode ter fundamento contratual ou extracontratual.

No caso de repressão civil com fundamento contratual, o concorrente desleal deve indenizar o empresário prejudicado, por ter descumprido a obrigação decorrente de contrato entre eles.

A jurisprudência brasileira sobre o tema teve início com uma célebre pendência judicial entre a Companhia Nacional de Tecidos de Juta e Antonio Álvares Penteado, em que tiveram atuação profissional grandes nomes do direito nacional e estrangeiro, como Rui Barbosa, Carvalho de Mendonça, Vi-

vante e Planiol. A questão era a seguinte: o Conde Álvares Penteado constituiu a Companhia Nacional de Tecidos de Juta, transferindo-lhe o estabelecimento empresarial de que era titular (a Fábrica Sant'Anna), e em seguida alienou todas as suas ações nesta sociedade. Algum tempo depois, restabeleceu-se na mesma praça, constituindo uma sociedade concorrente (a Companhia Paulista de Aniagem). O instrumento da alienação era omisso quanto à possibilidade de restabelecimento do alienante, e a Companhia Nacional de Tecidos de Juta defendia a tese de que a cláusula de não restabelecimento seria implícita em avenças desta natureza. Esta tese, que hoje é dominante na jurisprudência e na doutrina, não logrou, naquela oportunidade, sagrar-se vencedora.

Desde a entrada em vigor do Código Civil, na omissão do contrato, o alienante de estabelecimento empresarial não pode restabelecer-se na mesma praça, concorrendo com o adquirente, no prazo de 5 anos seguintes ao negócio, sob pena de ser obrigado a cessar suas atividades e indenizar este último pelos danos provenientes de desvio eficaz de clientela sobrevindos durante o período do restabelecimento (art. 1.147). É hipótese de concorrência desleal cuja repressão tem base contratual.

A repressão civil da concorrência desleal com fundamento extracontratual comporta algumas dificuldades. Em primeiro lugar, quando se tratar de concorrência criminosa (LPI, art. 195), não há dúvida que o comportamento correspondente gera, além da responsabilidade penal, a responsabilidade civil de compor eventuais danos. Mas a própria lei (LPI, art. 209) prevê a possibilidade de o prejudicado haver perdas e danos por atos de concorrência desleal não tipificados como crime, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, criar confusão entre estabelecimentos comerciais ou entre produtos.

O problema é que a teoria clássica da responsabilidade civil, baseada na culpa, não confere solução satisfatória para a aplicação desse dispositivo legal. Ressalte-se, com efeito, que todo empresário, em regime de competição, está com a deliberada intenção de atrair clientela alheia ao seu estabelecimento, provocando, com isso, dano aos demais empresários do mesmo setor. Tanto a concorrência regular quanto a desleal reúnem os elementos que a teoria clássica da responsabilidade civil elegeu para caracterizar a obrigação de indenizar (dolo, dano e relação causal). Contudo, somente uma dessas modalidades de concorrência — a desleal — está apta a gerar responsabilidade civil. A distinção entre a concorrência regular e a concorrência desleal é bastante imprecisa e depende de uma apreciação especial e subjetiva das relações costumeiras entre os empresários, não havendo, pois, critério geral e objetivo para a caracterização da concorrência desleal não criminosa.

3. PROIBIDOS DE EXERCER EMPRESA

Em determinadas hipóteses, à vista da mais variada gama de razões, o direito obstaculiza o acesso ao exercício da empresa a certas pessoas. Trata-se de hipótese distinta da incapacidade jurídica. Os proibidos de exercer empresa são plenamente capazes para a prática dos atos e negócios jurídicos, mas o ordenamento em vigor entendeu conveniente vedar-lhes o exercício dessa atividade profissional. É a própria Constituição, ao estabelecer que o exercício de profissão estará sujeito ao atendimento dos requisitos previstos em lei ordinária (CF, art. 5º, XIII), que fundamenta a validade das proibições ao exercício da empresa.

O principal caso de proibição de exercer empresa que interessa ao direito comercial, hoje, é o do falido não

reabilitado. O empresário que teve sua quebra decretada judicialmente só poderá retornar a exercer atividade empresarial após a reabilitação também decretada pelo juiz. Se a falência não foi fraudulenta, ou seja, não incorreu o falido em crime falimentar, basta a declaração de extinção das obrigações para considerar-se reabilitado. Se, no entanto, foi o falido condenado por crime falimentar, deverá, após o decurso do prazo legal, obter, além da declaração de extinção das obrigações, a sua reabilitação penal.

O direito comercial proíbe o exercício da empresa também àqueles que foram condenados pela prática de crime cuja pena vede o acesso à atividade empresarial. É o que decorre do disposto no art. 35, II, da LRE. Assim, se for aplicada, pelo juízo criminal, a pena de vedação do exercício do comércio a determinada pessoa, a Junta Comercial não poderá arquivar ato constitutivo de empresa, individual ou societária, em que o nome dessa pessoa figure como titular ou administrador. Claro que, uma vez concedida a reabilitação penal, cessa a proibição.

Outra hipótese de proibição do exercício do comércio encontrada no direito comercial diz respeito ao leiloeiro (Decreto n. 21.981/32, art. 36, § 1º).

As demais hipóteses de proibição do exercício de atividade empresarial não interessam, senão indiretamente, ao direito comercial. São previsões localizadas em outros campos do direito, mais precisamente no direito público.

No direito administrativo, é comum prever o estatuto dos funcionários públicos a proibição para que estes exerçam o comércio, como forma, argumenta-se, de evitar que eles se preocupem com assuntos alheios aos pertinentes ao seu cargo ou função pública.

No direito aeronáutico, os serviços de transporte aéreo doméstico são reservados às pessoas jurídicas brasileiras (CBA, art. 216).

No direito constitucional, preveem-se hipóteses em que se proíbe o exercício de determinadas atividades econômicas ao estrangeiro ou às sociedades não sediadas no Brasil, ou não constituídas segundo as nossas leis. É o caso, por exemplo, da assistência à saúde, vedada a empresas com capitais estrangeiros, salvo nas exceções legais (CF, art. 199, § 3º).

Há, por fim, no direito previdenciário, norma estabelecendo a proibição do exercício de atividade empresarial aos devedores do INSS (Lei n. 8.212/91, art. 95, § 2º, *d*).

O impedido que exercer empresa que inobserva a vedação está sujeito a consequências de caráter administrativo ou penal. Para fins do direito comercial, ou seja, no que pertine às obrigações em que se envolve o proibido, nenhuma consequência existe. Não poderá ele, ou quem com ele tenha contratado, liberar-se dos vínculos obrigacionais, de origem contratual ou legal, alegando a proibição do exercício da atividade (CC, art. 973).

A doutrina costuma acentuar a diferença básica entre a incapacidade para o exercício da empresa e a proibição de ser empresário. A primeira é estabelecida para a proteção do próprio incapaz, afastando-o dos riscos inerentes à atividade econômica, ao passo que as hipóteses de proibição estão relacionadas com a tutela do interesse público ou mesmo das pessoas que se relacionam com o empresário. O direito tem em vista a proteção do interdito ao bloquear o seu acesso à prática da atividade comercial, atento à sua deficiência de discernimento. Mas, ao definir que ao falido é vedado o exercício da empresa, o objetivo é o de resguardar os interesses dos demais agentes econômicos que poderiam com este entabular negociações.

4. MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE

A Constituição Federal, no art. 179, estabelece que o Poder Público dispensará tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, no sentido de simplificar o atendimento às obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, podendo a lei, inclusive, reduzir ou eliminar tais obrigações. O objetivo dessa norma é o de incentivar tais empresas, criando as condições para o seu desenvolvimento.

Em cumprimento à prescrição constitucional, editou-se a Lei Complementar n. 123, de 2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte).

Atualmente, a lei define Microempresa como aquela cuja receita bruta anual é de até R$ 240.000,00, e Empresa de Pequeno Porte, aquela que tem receita bruta anual entre esse valor e R$ 2.400.000,00 (Estatuto, art. 3º). No cômputo da receita bruta anual, que é conceito sinônimo de faturamento, considera-se a soma de todos os ingressos derivados do exercício da atividade comercial ou econômica a que se dedica o empresário. Esses valores são periodicamente atualizados pelo Poder Executivo.

Os empresários individuais ou as sociedades empresárias que atenderem aos limites legais deverão acrescer ao seu nome empresarial as expressões "Microempresa" ou "Empresa de Pequeno Porte", ou as abreviaturas ME ou EPP, conforme o caso.

O Estatuto criou o "Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte", cuja sigla é Simples Nacional. Trata-se de um regime tributário simplificado ao qual podem aderir as microempresas e empresas de pequeno porte. Os optantes do Simples Nacional pagam

diversos tributos (IR, PIS, IPI, contribuições e, eventualmente, o ICMS e o ISS) mediante um único recolhimento mensal proporcional ao seu faturamento.

As microempresas e empresas de pequeno porte que optarem pelo Simples Nacional estão dispensadas de manter escrituração mercantil, embora devam emitir nota fiscal e conservar em boa guarda os documentos relativos à sua atividade. Os não optantes devem, além disso, manter a escrituração contábil específica do livro-*Caixa* (Estatuto, art. 26, § 2º). Retomo este assunto mais à frente (*Cap. 4*, item 1), porque o art. 29, VII, do Estatuto torna a questão um tanto mais complexa.

CAPÍTULO 3

REGISTRO DE EMPRESA

1. ÓRGÃOS DO REGISTRO DE EMPRESA

Uma das obrigações do empresário, isto é, do exercente de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços é a de inscrever-se no Registro das Empresas, antes de dar início à exploração de seu negócio (CC, art. 967). O Registro das Empresas está estruturado de acordo com a Lei n. 8.934, de 1994 (LRE), que dispõe sobre o registro público de empresas mercantis e atividades afins. Trata-se de um sistema integrado por órgãos de dois níveis diferentes de governo: no âmbito federal, o Departamento Nacional do Registro do Comércio (DNRC); e no âmbito estadual, a Junta Comercial. Essa peculiaridade do sistema repercute no tocante à vinculação hierárquica de seus órgãos, que varia em função da matéria.

O Departamento Nacional do Registro do Comércio integra o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, e é o órgão máximo do sistema. Entre as suas atribuições, destacam-se as seguintes:

a) supervisionar e coordenar a execução do registro de empresa, expedindo, para esse fim, as normas e instruções necessárias, dirigidas às Juntas Comerciais de todo o País;

b) orientar e fiscalizar as Juntas Comerciais, zelando pela regularidade na execução do registro de empresa. Caso suas instruções não sejam satisfatoriamente atendidas, caberá, na forma da lei, promover a representação às autoridades administrativas competentes, como os Secretários de Estado a que esteja vinculada a Junta ou, até mesmo, ao próprio Governador;

c) promover ou providenciar medidas correicionais do Registro de Empresa. Dessa competência não deriva o poder para intervir unilateralmente nos serviços da Junta Comercial, quando necessário à correção de falhas ou deficiências. Como a competência do DNRC tem natureza exclusivamente supletiva, conforme esclarece a própria lei, em obediência ao princípio constitucional federativo, só poderá ocorrer a intervenção se resultar frutífera a representação endereçada à autoridade estadual hierarquicamente superior à Junta e essa autoridade, então, concordar que a correção se faça pelo órgão federal;

d) organizar e manter atualizado o Cadastro Nacional das Empresas Mercantis. Esse cadastro não tem efeitos registrários, ou seja, a inscrição do empresário nele efetuada não supre o registro na Junta Comercial, para fins de regularidade do exercício do comércio; cuida-se, isto sim, de um simples banco de dados de natureza essencialmente estatística, que serve de subsídio à política econômica federal.

Por esse rol das principais atribuições do DNRC, pode-se ter uma ideia do perfil que o legislador lhe conferiu. Trata-se de órgão do sistema de registro de empresas sem função executiva, isto é, ele não realiza qualquer ato de registro de empresa. Compete-lhe, todavia, fixar as diretrizes gerais para a prática dos atos registrários, pelas Juntas Comerciais, acompanhando a sua aplicação e corrigindo distorções.

Já às Juntas Comerciais, órgãos da administração estadual, cabe a execução do registro de empresa, além de outras atribuições legalmente estabelecidas. Destacam-se as seguintes competências:

a) assentamento dos usos e práticas mercantis. O comércio rege-se também por normas consuetudinárias, cuja compilação é da incumbência da Junta Comercial. Na forma de seu regimento interno, o assentamento deve ser precedido de ampla discussão no meio empresarial e análise de sua adequação à ordem jurídica vigente, pela Procuradoria. Uma vez deliberado o assentamento, a Junta pode expedir aos interessados as correspondentes certidões, que servem em juízo como início de prova;

b) habilitação e nomeação de tradutores públicos e intérpretes comerciais. A Junta funciona, nesse caso, como órgão profissional dessas categorias paracomerciais, cabendo-lhe exercer o poder disciplinar, bem como estabelecer o código de ética da atividade e controlar o exercício da profissão;

c) expedição da carteira de exercício profissional de empresário e demais pessoas legalmente inscritas no registro de empresa.

A subordinação hierárquica da Junta Comercial é híbrida. Deve esse órgão, de acordo com a matéria em pauta, reportar-se ou ao DNRC ou ao governo estadual a que pertença, segundo se trate, respectivamente, de matéria técnica de registro de empresa ou de matéria administrativa. Assim, não pode o governador do Estado expedir decreto referente a registro de sociedade empresária, assim como o DNRC não pode interferir com as questões específicas do funcionalismo ou da dotação orçamentária do órgão estadual. Em se tratando, portanto, de questões de direito comercial, a su-

bordinação hierárquica da Junta diz respeito ao DNRC; já em termos de direito administrativo e financeiro, diz respeito ao Poder Executivo estadual de que faça parte.

A Junta Comercial, no exercício de suas funções registrárias, está adstrita aos aspectos exclusivamente formais dos documentos que lhe são dirigidos. Não lhe compete negar a prática do ato registral senão com fundamento em vício de forma, sempre sanável. E, mesmo nesta seara, a sua atuação deve orientar-se pelas prescrições legais, sendo-lhe defeso exigir o atendimento de requisito formal não estabelecido no ordenamento jurídico em vigor. O prejudicado por ilegalidade da Junta poderá, evidentemente, socorrer-se do Poder Judiciário. A propósito, a Justiça competente para conhecer a validade dos atos da Junta Comercial é a Estadual, a menos que se trate de *mandado de segurança* contra ato pertinente ao registro das empresas, hipótese em que o órgão estadual age por orientação do DNRC e, por essa razão, é da Justiça Federal a competência (CF, art. 109, VIII).

2. ATOS DO REGISTRO DE EMPRESA

A lei de 1994, simplificando bastante a sistemática anterior, reduziu para três os atos do registro de empresa: a matrícula, o arquivamento e a autenticação.

A matrícula é o nome do ato de inscrição dos tradutores públicos, intérpretes comerciais, leiloeiros, trapicheiros e administradores de armazéns-gerais. Trata-se de profissionais que desenvolvem atividades paracomerciais. Os dois primeiros, além de matriculados, são também habilitados e nomeados pela Junta, enquanto os três últimos são apenas matriculados.

O arquivamento é pertinente à inscrição do empresário individual, isto é, do empresário que exerce sua atividade

econômica como pessoa física, bem como à constituição, dissolução e alteração contratual das sociedades empresárias. As cooperativas, embora sejam sociedades simples, continuam a ter os seus atos arquivados no registro de empresa (em razão de questionável entendimento do DNRC). São igualmente arquivados os atos relacionados aos consórcios de empresas e aos grupos de sociedades, assim como os concernentes a empresas mercantis estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil. Arquivam-se, finalmente, as declarações de microempresa e, analogicamente, também as de empresa de pequeno porte, além de quaisquer outros documentos ou atos de interesse de empresários. O Código Civil determina que os atos modificativos da inscrição do empresário sejam *averbados* à margem desta (art. 968, § 1º). A averbação é uma espécie de arquivamento.

Já a autenticação está ligada aos denominados instrumentos de escrituração, que são os livros comerciais e as fichas escriturais. Nesse caso, a autenticação é condição de regularidade do documento, já que configura requisito extrínseco de validade da escrituração mercantil. Ela pode revestir-se, contudo, também de outra natureza, isto é, a de mero ato confirmatório da correspondência material entre cópia e original do mesmo documento, desde que esteja registrado na Junta (LRE, art. 39, II).

3. PROCESSO DECISÓRIO DO REGISTRO DE EMPRESA

Prevê a lei dois regimes de execução do registro de empresa: o da decisão colegiada e o singular (LRE, arts. 41 e 42).

Processa-se pelo regime de decisão colegiada o arquivamento de atos relacionados com a sociedade anônima, tais como os estatutos, as atas de assembleias gerais, do conselho de administração etc. Nesse mesmo regime se enquadra o

arquivamento da transformação, incorporação, fusão e cisão de sociedade empresária de qualquer tipo, além dos relacionados a consórcio de empresas ou grupo de sociedade.

As Juntas Comerciais possuem dois órgãos colegiados: o Plenário e as Turmas. No primeiro, têm assento os vogais (no mínimo 11 e no máximo 23), que, excluídos o Presidente e o Vice-Presidente, serão distribuídos, na sessão inaugural do órgão, em Turmas de 3 membros cada. As decisões colegiadas competem às Turmas (LRE, art. 21), que deliberam por maioria. O prazo para a decisão colegiada é de 5 dias, findos os quais poderão os interessados requerer o arquivamento independentemente de deliberação.

Já o regime de decisão singular compreende a matrícula, a autenticação e todos os demais arquivamentos. Assim, o contrato social de uma sociedade limitada, sua alteração contratual e a inscrição do empresário individual são, por exemplo, arquivados por decisão singular. Quem determina a prática do ato registral sujeito ao regime de decisão singular é o Presidente da Junta ou o vogal por ele designado. Possibilita a lei também que a designação recaia sobre funcionário público do órgão, que possua conhecimentos comprovados de direito comercial e de registro de empresa. O prazo para a decisão singular é de 2 dias.

O julgamento de recurso dos atos praticados pela Junta sempre se faz pelo regime de decisão colegiada, ainda que o ato recorrido tenha sido praticado em outro regime. A instância competente para julgar o recurso é o Plenário (LRE, art. 19).

4. INATIVIDADE DA EMPRESA

O empresário individual e a sociedade empresária que não procederem a qualquer arquivamento no período de dez

anos devem comunicar à Junta que ainda se encontram em atividade, nos termos do art. 60 da LRE. Se não o fizerem, serão considerados inativos. A inatividade da empresa autoriza a Junta a proceder ao cancelamento do registro, com a consequente perda da proteção do nome empresarial pelo titular inativo.

Exige a lei que a Junta comunique, previamente, o empresário acerca da possibilidade do cancelamento, podendo fazê-lo por edital. Se atendida a comunicação, desfaz-se a inatividade; no caso de não atendimento, efetua-se o cancelamento do registro, informando-se o fisco. Se, no futuro, o empresário pretender reativar o registro, deverá obedecer aos mesmos procedimentos relacionados com a constituição de uma nova empresa, não tendo o direito de reivindicar o mesmo nome empresarial anteriormente adotado, caso este tenha sido registrado por outro empresário.

Do cancelamento do registro por inatividade não decorre a dissolução da sociedade, mas apenas a sua irregularidade na hipótese de continuar funcionando. Quer dizer, a sociedade com arquivamento cancelado não deve necessariamente entrar em liquidação; mas sobrevêm as consequências do exercício irregular da atividade empresarial, caso os sócios não a encerrem (*Cap. 9*, item 4).

5. EMPRESÁRIO IRREGULAR

O registro no órgão próprio não é da essência do conceito de empresário. Será empresário o exercente profissional de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, esteja ou não inscrito no registro das empresas. Entretanto, o empresário não registrado não pode usufruir dos benefícios que o direito comercial libera em seu favor, de sorte que a eles se aplicam as seguin-

tes restrições, quando se tratar de exercente individual da empresa:

a) o empresário irregular não tem legitimidade ativa para o pedido de falência de seu devedor, consoante prescreve o art. 97, § 1º, da LF. Por este dispositivo, somente o empresário inscrito na Junta Comercial e que exiba o comprovante desta inscrição está em condições de postular a falência de outro empresário. O irregular, embora não possa requerer a falência de outro exercente de empresa, pode ter a sua própria falência requerida e decretada e pode requerer a própria falência (autofalência);

b) o empresário irregular não tem legitimidade ativa para requerer a recuperação judicial, na medida em que a lei elege a inscrição no Registro de Empresa como condição para ter acesso ao favor legal (LF, art. 51, V);

c) o empresário irregular não pode ter os seus livros autenticados no Registro de Empresa, em virtude da falta de inscrição (CC, art. 1.181). Desta maneira, não poderá se valer da eficácia probatória que a legislação processual atribui a esses instrumentos, no art. 379 do CPC; outrossim, se for decretada a sua falência, esta será, necessariamente, fraudulenta, incorrendo o empresário no crime falimentar previsto no art. 178 da LF.

Essas são as consequências que advêm do exercício de atividade empresarial por pessoa física sem regular inscrição no Registro de Empresa. Quando se tratar de sociedade empresária, como se verá no momento oportuno, além dessas consequências, deve-se acrescentar mais a do art. 990 do CC ("sociedade em comum"), vale dizer, a responsabilidade pelas obrigações sociais solidária e ilimitada dos sócios, respondendo diretamente aquele que, dentre estes, administrou a sociedade.

Além das consequências acima referidas, verdadeiras sanções reservadas pelo direito comercial aos empresários irregulares, podem ser divisados os seguintes efeitos secundários do exercício da empresa sem o necessário registro na Junta Comercial: *a*) impossibilidade de participar de licitações, nas modalidades de concorrência pública e tomada de preço (Lei n. 8.666/93, art. 28, II e III); *b*) impossibilidade de inscrição em Cadastros Fiscais (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas — CNPJ, Cadastro de Contribuintes Mobiliários — CCM, e outros), com as decorrentes sanções pelo descumprimento dessa obrigação tributária acessória; *c*) ausência de matrícula junto ao INSS, que, em relação aos empresários, é processada simultaneamente à inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica — CNPJ, o que o sujeita à pena de multa (Lei n. 8.212/91, art. 49, I) e, na hipótese de sociedade empresária, também a proibição de contratar com o Poder Público (CF, art. 195, § 3º).

CAPÍTULO 4

LIVROS COMERCIAIS

1. OBRIGAÇÕES COMUNS A TODOS OS EMPRESÁRIOS

Todos os empresários estão sujeitos às três seguintes obrigações: *a*) registrar-se no Registro de Empresa antes de iniciar suas atividades (CC, art. 967); *b*) escriturar regularmente os livros obrigatórios; *c*) levantar balanço patrimonial e de resultado econômico a cada ano (CC, art. 1.179).

A inobservância de cada uma dessas obrigações não exclui o empresário do regime jurídico-comercial, mas importa consequências diversas, que visam mais a estimular o cumprimento dessas obrigações que, propriamente, punir o empresário pelo descumprimento. Isso não significa que tais consequências sejam desprovidas de caráter sancionador. Pelo contrário, elas importam, até, em alguns casos, prática de crime. A inobservância da obrigação de promover sua inscrição no órgão de empresas, antes de iniciar suas atividades, tem por consequência a irregularidade do exercício da atividade empresarial, ou seja, a ilegitimidade ativa para o pedido de falência e de recuperação judicial, a ineficácia probatória dos livros e a responsabilidade ilimitada dos sócios pelas obrigações da sociedade, conforme já referido anteriormente (*Cap. 3*, item 5). O descumprimento das duas

outras obrigações — escrituração dos livros obrigatórios e levantamento anual de balanço — será objeto de estudo no presente capítulo.

Em princípio, assim, o empresário, pessoa física ou jurídica, independentemente do ramo de atividade em que atue, da forma societária adotada ou quaisquer outras circunstâncias, é obrigado a escriturar os livros obrigatórios, sujeitando-se os que não o fizerem às consequências que se estudarão em seguida.

Existe apenas uma categoria de empresários que se encontra dispensada de escriturar os livros obrigatórios: é a dos microempresários e empresários de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional.

O Código Civil contempla norma que exonera o titular de pequena empresa do dever geral de escrituração (CC, arts. 970 e 1.179, § 2º), e este dispositivo deve ser interpretado como aplicável aos microempresários e aos empresários de pequeno porte (LC 123/2006, art. 26). Note-se, porém, que, quando não são optantes pelo Simples Nacional, um regime tributário que permite o recolhimento de diversos impostos e contribuições mediante um único pagamento mensal, o microempresário e o empresário de pequeno porte são obrigados a manter escrituração simplificada. A lei é clara ao preceituar, neste caso, apenas um certo grau de simplificação da escrita contábil e não a dispensa. Diz, nesse sentido, o art. 26, § 2º, da Lei Complementar n. 123/2006 que os não optantes pelo Simples Nacional manterão a escrituração regular do livro-*Caixa*, a menos que sejam empresários individuais com receita anual de até R$ 36.000,00. Para a completa compreensão da matéria, contudo, não se pode esquecer que o art. 29, VIII, do Estatuto determina a exclusão do Simples Nacional quando, *in literis*, "houver falta de escrituração do livro-*Caixa* ou não permitir a iden-

tificação da movimentação financeira, inclusive bancária". Aparentemente, haveria uma contradição na lei. O que o art. 26 dispensaria (escrituração do livro-*Caixa*), o art. 29, VIII, exigiria indiretamente. Na verdade, a melhor forma de interpretar esses dispositivos, conferindo sistematicidade ao texto legal, consiste em reconhecer aos optantes pelo Simples Nacional duas alternativas: ou bem eles mantêm documentação que permita a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, ou bem escrituram o livro-*Caixa*. Quer dizer, o optante somente está dispensado de qualquer escrituração mercantil se a documentação que mantiver arquivada nos termos do art. 26, II, do Estatuto permitir a identificação da movimentação financeira, incluindo a bancária. Se os documentos guardados não têm essa aptidão, a escrituração do livro-*Caixa* deverá ser feita para suprir a deficiência. Em suma, o optante pelo Simples Nacional tem, na verdade, a escolha entre manter documentação que permita a identificação da movimentação financeira, dispensando-se de manter qualquer escrituração mercantil, ou escriturar o livro-*Caixa*. Continua, assim, dispensado do dever geral de escrituração impostos aos empresários, em razão da primeira alternativa ao seu alcance.

Em conclusão, os microempresários e empresários de pequeno porte estão dispensados de escrituração mercantil desde que sejam optantes pelo Simples Nacional e mantenham arquivados documentos referentes ao seu giro empresarial que permitam a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária. Os demais microempresários e empresários de pequeno porte devem escriturar o livro-*Caixa*, a menos que sejam empresários individuais com faturamento anual módico. Ressalte-se, por outro lado, que a sociedade limitada de propósito específico (SPE), constituída por microempresários ou empresários de pequeno porte optantes do Simples Nacional para exploração do comércio

nacional ou internacional, não se beneficia da dispensa da escrituração mercantil. O art. 56, IV, do Estatuto (redação dada pela Lei Complementar n. 128/08) apenas autoriza a SPE a manter um regime próprio de escrituração mercantil, que compreende dois livros: *Diário* e *Razão*.

2. ESPÉCIES DE LIVROS EMPRESARIAIS

Primeiro, é necessário distinguir entre livros empresariais e livros do empresário. Livros empresariais são aqueles cuja escrituração é obrigatória ou facultativa ao empresário, em virtude da legislação comercial. Porém, além destes, também se encontra o empresário obrigado a escriturar outros livros, não mais por causa do direito comercial, mas, sim, por força de legislação de natureza tributária, trabalhista ou previdenciária. Os livros empresariais são uma parte dos livros do empresário.

Os livros empresariais, por sua vez, são de duas espécies: obrigatórios ou facultativos. Obrigatórios são aqueles cuja escrituração é imposta ao empresário; a sua ausência, por isso, traz consequências sancionadoras (inclusive no campo penal). Já os facultativos são os livros que o empresário escritura com vistas a um melhor controle sobre os seus negócios e cuja ausência não importa nenhuma sanção.

Sendo obrigatórios, os livros empresariais se subdividem em duas categorias: os comuns e os especiais. Comuns são os livros obrigatórios cuja escrituração é imposta a todos os empresários, indistintamente; ao passo que especiais são aqueles cuja escrituração é imposta apenas a uma determinada categoria de exercentes de atividade empresarial.

No direito comercial brasileiro de hoje há apenas *um* livro comercial obrigatório comum, que é o "Diário", por

força do art. 1.180 do CC. Somente a escrituração deste livro é obrigatória a todos os empresários, independentemente da natureza da atividade econômica que exploram, do tipo de sociedade adotado ou outras condições. Qualquer empresário e todos os empresários, pessoas físicas ou jurídicas, devem escriturar o livro "Diário" (ou os instrumentos contábeis que legalmente os substituem).

Já na categoria dos livros obrigatórios especiais, cabe menção ao livro "Registro de Duplicatas", cuja escrituração é imposta a todos os empresários que emitem duplicatas, em razão do prescrito pelo art. 19 da Lei n. 5.474, de 1968. O livro de "Entrada e Saída de Mercadorias" deve ser escriturado pelo empresário que explora Armazém-Geral, nos termos do art. 7º do Decreto n. 1.102, de 1903. Por sua vez, o art. 100 da Lei n. 6.404, de 1976, prevê uma relação de livros cuja escrituração é imposta a todas as sociedades por ações, da qual podem ser destacados os seguintes exemplos: "Registro de Ações Nominativas", "Transferência de Ações Nominativas", "Atas das Assembleias Gerais", "Presença dos Acionistas" etc. São, todos os mencionados, exemplos de livros empresariais obrigatórios especiais, já que sua escrituração não é imposta a *todos*, mas apenas a uma parcela dos empresários. A relação completa dos livros desta categoria é bastante extensa e variada, contemplando menção a livros especiais de banco, leiloeiro, corretores navais e outros comerciantes e empresários.

Entre os livros facultativos, que não são muito usados, podem-se citar o *Caixa* e o *Conta-Corrente*. Aliás, o empresário pode criar instrumentos de registro contábil novos, de acordo com as suas necessidades gerenciais, os quais integrarão, sem dúvida, a categoria de livros empresariais facultativos.

3. REGULARIDADE NA ESCRITURAÇÃO

Um livro empresarial obrigatório, comum ou especial, ou facultativo, para produzir os efeitos jurídicos que a lei lhe atribui, deve atender a requisitos de duas ordens: intrínsecos e extrínsecos.

Intrínsecos são os requisitos pertinentes à técnica contábil, estudada pela Contabilidade. Vêm definidos, legalmente, pelo art. 1.183 do CC. Por este dispositivo, a escrituração deve ser feita em idioma e moeda corrente nacionais, em forma mercantil, por ordem cronológica de dia, mês e ano, sem intervalos em branco, nem entrelinhas, borrões, emendas ou transportes para as margens. Em livro separado próprio, o empresário poderá assentar os códigos numéricos ou abreviaturas utilizadas em sua escrituração. Para os livros se apresentarem intrinsecamente regulares, a correção de eventuais erros só pode ser feita por meio de estornos. Extrínsecos são os requisitos relacionados com a segurança dos livros empresariais. Atende aos requisitos desta ordem o livro que contiver termos de abertura e de encerramento, e estiver autenticado pela Junta Comercial (CC, art. 1.181).

Somente é considerada regular a escrituração do livro empresarial que observe ambos os requisitos. Um livro irregularmente escriturado, vale dizer, que não preencha qualquer dos requisitos legais, equivale a um não livro. O titular de um livro, a que falte requisito intrínseco ou extrínseco, é, para o direito, titular de livro nenhum.

Com o desenvolvimento tecnológico, os empresários e seus contabilistas têm-se valido de instrumentos de escrituração cada vez mais simples e operacionais. O direito tem acompanhado essa evolução para disciplinar o uso de instrumentos alternativos aos livros manuscritados. Assim, os empresários podem optar por proceder à escrituração de sua

contabilidade por meio de processo mecânico (datilografia) em fichas soltas, que devem ser encadernadas, com termo de abertura e encerramento, antes de serem levadas ao Registro de Empresa para autenticação (Dec.-lei n. 305, de 1967, art. 4º). Neste caso, o empresário pode substituir a escrituração do livro "Diário" por dois outros instrumentos contábeis: as fichas e o livro "Balancetes Diários e Balanços" (CC, art. 1.185). É admissível a microfilmagem da escrituração, observada a disciplina da Lei n. 5.433, de 1968. Pode, também, o empresário valer-se de processo eletrônico (informatizado), encadernando os formulários contínuos ou papéis impressos à semelhança das fichas ou microfichas geradas por microfilmagem de saída direta de computador. Também é admissível a escrituração em "livro digital", vale dizer, feita, processada e armazenada exclusivamente em meio eletrônico (IN-DNRC 102/06). Qualquer que seja o processamento, no entanto, os requisitos a atender, intrínsecos ou extrínsecos, são os mesmos.

Para fins penais (CP, art. 297, § 2º), os livros mercantis (comerciais ou empresariais) se equiparam ao documento público. Assim sendo, quem falsificar a escrituração do livro comercial estará sujeito a pena mais grave que a reservada para o crime de falsificação de documentos administrativos não contábeis do empresário. Outrossim, um livro empresarial falsificado não tem a eficácia probatória que lhe é própria.

4. CONSEQUÊNCIAS DA IRREGULARIDADE NA ESCRITURAÇÃO

Se faltar a um livro obrigatório do empresário um dos requisitos legais — intrínseco ou extrínseco — ou se não possuir livro obrigatório, estará ele sujeito a consequências na órbita civil e penal.

No plano civil, o empresário não poderá valer-se da eficácia probatória que o Código de Processo Civil concede aos livros empresariais (art. 379). É, reconheça-se, uma consequência de menor vulto ao empresário que mantém irregular a sua escrituração, na medida em que apenas impede que ele usufrua de benefícios que a lei outorga aos empresários que cumprem, satisfatoriamente, a obrigação de escrituração contábil. Fica à vontade do empresário decidir por abrir mão, diga-se assim, do exercício desses direitos.

No entanto, esta não é a única consequência para a irregularidade ou inexistência de escrituração empresarial na órbita das relações civis. Com efeito, pelo art. 358, I, do CPC, se for requerida a exibição de livro obrigatório contra o empresário, não o possuindo, ou possuindo-o irregular, presumir-se-ão como verdadeiros os fatos relatados pelo requerente, acerca dos quais fariam prova os livros em questão. Esta é a sanção, na esfera do direito civil, mais séria para o empresário que não cumpre a obrigação de manter escrituração regular de seu negócio.

No campo do direito penal, a consequência para a ausência ou irregularidade na escrituração de livro obrigatório encontra-se no art. 178 da LF, que reputa crime falimentar "deixar de elaborar, escriturar ou autenticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar o plano de recuperação extrajudicial, os documentos de escrituração contábil obrigatórios". Falindo o empresário ou sociedade empresária que não cumpre a obrigação de manter escrituração regular de seu negócio, a falência será necessariamente fraudulenta. Veja que não há impedimento à solicitação da recuperação judicial ou homologação da recuperação extrajudicial, nesse caso, mas se o empresário irregular o fizer, responderá por crime falimentar também.

Os livros empresariais devem ser conservados até a prescrição das obrigações neles escrituradas (CC, art. 1.194). Após o decurso do prazo prescricional de todas as obrigações escrituradas em certo livro, a sua inexistência ou mesmo irregularidade não acarretam as consequências, civis e penais, acima listadas.

Os microempresários e os empresários de pequeno porte, conforme assinalado anteriormente (*item 1 deste Capítulo*), estão dispensados de manter escrituração mercantil, exceto se não optaram pelo Simples Nacional e tiverem faturamento superior a R$ 36.000,00. Nesse sentido, o empresário de uma dessas categorias que não mantiver o livro contábil exigido pela regra de escrituração mercantil simplificada do art. 26, § 2º, da LC n. 23/2006 estará sujeito às mesmas consequências que a lei reserva aos empresários em geral, quando descumprem o dever de escrituração, isto é, ele não poderá usá-los em juízo para fazer prova em seu favor e, falindo, incorrerá em crime falimentar.

5. EXIBIÇÃO JUDICIAL E EFICÁCIA PROBATÓRIA DOS LIVROS

Os livros comerciais, em tese, gozam da proteção do princípio do sigilo, cujo perfil legal encontra-se no art. 1.190 do CC. A exibição de livros empresariais em juízo, por esta razão, não pode ser feita por simples vontade das partes ou por decisão do juiz, senão em determinadas hipóteses da lei.

Em primeiro lugar, deve-se distinguir a exibição parcial da exibição total. Aquela se destina a garantir o princípio do sigilo, resguardando da curiosidade alheia as partes da escrituração mercantil que não interessam a uma certa demanda judicial, além de, é claro, não dificultar a sua elaboração e utilização. Assim, a exibição parcial se faz por

extração da suma que interessa ao juízo e restituição imediata do livro ao empresário. Já a exibição total dos livros pode importar sua retenção em cartório durante todo o andamento da ação, não se assegurando o sigilo de seus dados e dificultando a sua utilização e escrituração pelo empresário.

Por estas razões é que a exibição total dos livros comerciais só pode ser determinada pelo juiz, a requerimento da parte, em apenas algumas ações (por exemplo: questões relativas a sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem ou falência), ao passo que a exibição parcial pode ser decretada de ofício ou a requerimento da parte, em qualquer ação judicial, sempre que útil à solução da demanda. É o que preveem os arts. 381 e 382 do CPC, além do art. 1.191 do CC, que não os revogou. Somente na falência pode o juiz determinar de ofício a exibição total dos livros. A Súmula 260 do STF, pela qual "o exame de livros comerciais, em ação judicial, fica limitado às transações entre os litigantes", não exclui a exibição total da escrita dos empresários, quando autorizada em lei.

Exibido total ou parcialmente, ou tendo sido objeto de perícia judicial contábil, o livro empresarial terá a força probante (ou eficácia probatória) que a lei estabelece nos arts. 378 e 379 do CPC. Ou seja, o livro empresarial prova contra o seu titular, sendo-lhe permitido, contudo, demonstrar, por outros meios probatórios, a eventual inveracidade dos dados contábeis que lhe são desfavoráveis; e prova a favor de seu titular, em demanda entre empresários, desde que atendidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos já assinalados. Conclui-se, pois, que, de um lado, para que tenha eficácia probatória contra o seu titular, o livro empresarial não precisa, necessariamente, atender aos requisitos legais de escrituração, os quais a lei só exige para fins de eficácia probatória em favor do empresário que os escriturou; além disso, o li-

vro empresarial não tem eficácia probatória inquestionável em favor de seu titular, quando se tratar de demanda contra não empresário, em razão do princípio constitucional da igualdade, posto que o ordenamento jurídico não confere idêntico direito à outra parte judicial.

A tutela do sigilo dos livros empresariais não tem o alcance de eximir o empresário da sua exibição para determinadas autoridades administrativas (CC, art. 1.193). Ao contrário, em duas hipóteses o legislador expressamente garante a certos funcionários públicos irrestrito acesso à escrituração mercantil. O art. 195 do CTN prevê a inaplicabilidade de qualquer exclusão do direito de exame da escrituração do empresário pela autoridade fiscal e o art. 33, § 1º, da Lei n. 8.212/91 reconhece à fiscalização da Seguridade Social idêntica prerrogativa. Evidentemente, quanto às demais autoridades administrativas, prevalece ainda o princípio do sigilo consagrado pela legislação cível. O funcionário da Prefeitura do setor de fiscalização da segurança de uso dos imóveis, por exemplo, não pode ter acesso à escrituração do empresário, porque não existe expressa disposição na legislação federal que afaste a incidência do art. 1.190 do CC na espécie.

6. BALANÇOS ANUAIS

A obrigação de levantar, anualmente, dois balanços — o *balanço patrimonial*, demonstrando o ativo e passivo, compreendendo todos os bens, créditos e débitos, e o *balanço de resultado econômico*, demonstrando a conta dos lucros e perdas — é imposta a todos os empresários, pessoas físicas ou jurídicas (CC, art. 1.179, *in fine*). A esta obrigação não pode furtar-se nenhum empresário, exceto o microempresário e o de pequeno porte. Há empresários obrigados a levantar balanço e outros demonstrativos em período mais

breve que o anual (como as instituições financeiras que, em virtude do contido no art. 31 da LRB, devem fazê-lo semestralmente).

A Lei de Falências, no art. 178, define como crime falimentar a inexistência dos documentos de escrituração contábil obrigatórios, entre os quais se incluem os balanços patrimoniais e de resultado econômico. Assim, incorrem em conduta criminosa o empresário e os representantes legais da sociedade empresária *caso* venha a ser decretada a sua falência se os balanços anuais não tinham sido levantados, escriturados e autenticados pelo Registro do Comércio.

A obrigação de levantamento anual de balanço, dessa forma, traz ao empresário que a descumpre e vem a falir, requer a recuperação judicial ou homologação da recuperação extrajudicial, a sanção penal do art. 178 da LF. Além de afastar a conduta criminosa, o cumprimento dessa obrigação traz benefícios ou evita prejuízos para o empresário. Por exemplo: *a*) as sociedades anônimas estão sujeitas a regime próprio sobre demonstrações financeiras, que incluem o balanço patrimonial (LSA, arts. 178 a 184) e o demonstrativo de resultados do exercício (art. 187), e a ausência de seu levantamento acarreta responsabilidade dos administradores; *b*) a legislação tributária sobre imposto de renda sujeita determinadas categorias de empresários contribuintes ao dever de elaboração de balanços periódicos; *c*) o acesso ao crédito bancário tem sido condicionado à apresentação dos balanços regularmente elaborados, de modo a restar fechado o acesso ao crédito bancário aos empresários que não os possuam; *d*) a participação em licitações públicas depende de comprovação da regularidade econômico-financeira, feita inclusive por meio da apresentação de balanços (Lei n. 8.666/93, art. 31, I).

CAPÍTULO 5

ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

1. CONCEITO E NATUREZA DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

O complexo de bens reunidos pelo empresário para o desenvolvimento de sua atividade econômica é o *estabelecimento empresarial*.

Para se entender a natureza desse instituto jurídico é útil socorrer-se de uma analogia com outro conjunto de bens: a biblioteca. Nela, não há apenas livros agrupados ao acaso, mas um conjunto de livros sistematicamente reunidos, dispostos organizadamente, com vistas a um fim — possibilitar o acesso racional a determinado tipo de informação. Uma biblioteca tem o valor comercial superior ao da simples soma dos preços dos livros que a compõem, justamente em razão desse *plus*, dessa organização racional das informações contidas nos livros nela reunidos.

O estabelecimento empresarial é a reunião dos bens necessários ao desenvolvimento da atividade econômica. Quando o empresário reúne bens de variada natureza, como as mercadorias, máquinas, instalações, tecnologia, prédio etc., em função do exercício de uma atividade, ele agrega a

esse conjunto de bens uma organização racional que importará em aumento do seu valor *enquanto* continuarem reunidos. Alguns autores usam a expressão "aviamento" para se referir a esse valor acrescido.

Devido à intangibilidade dessa organização racional que o empresário introduz na utilização dos bens integrantes do estabelecimento empresarial, e tendo em vista que ela tem valor de mercado, o direito necessita desenvolver mecanismos para tutela desse *plus* e do valor que ele representa. Cada bem, isoladamente, possui uma proteção jurídica específica (como, por exemplo, os interditos possessórios ou a responsabilização civil e penal por dano patrimonial etc.); o estabelecimento empresarial, essa disposição racional dos bens em vista do exercício da atividade econômica, por sua vez, necessita de uma forma própria de proteção. O direito, assim, em geral, deve garantir a justa retribuição ao empresário quando este perde, por culpa que não lhe seja imputável, o valor representado pelo estabelecimento empresarial. Assim, em caso de desapropriação do imóvel em que o empresário mantém o seu estabelecimento empresarial, a indenização correspondente deve compreender o valor do fundo de empresa por ele criado. Na sucessão por morte ou na separação do empresário individual, o estabelecimento empresarial deve ser considerado não apenas pelo valor do simples somatório do preço dos bens, singularmente considerados, que o compõem, mas pelo valor destes agregado ao decorrente da situação peculiar em que se encontram — reunidos para possibilitar o pleno desenvolvimento de uma atividade empresarial.

O estabelecimento empresarial, como um bem do patrimônio do empresário, não se confunde, assim, com os bens que o compõem. Desta forma, admite-se, até certos limites, que os seus elementos componentes sejam desagrega-

dos do estabelecimento empresarial, sem que este tenha sequer o seu valor diminuído. Claro está que a desarticulação de todos os bens, a desorganização daquilo que se encontrava organizado, importará desativação do estabelecimento empresarial, em sua destruição, perdendo-se o valor agregado pelo empresário ao dos elementos que o compunham.

Atente-se, no entanto, para a circunstância de que, embora seja resultante da reunião de diversos bens com vistas ao exercício da atividade econômica, o estabelecimento empresarial pode ser descentralizado, ou seja, o empresário pode manter filiais, sucursais ou agências, depósitos em prédios isolados, unidades de sua organização administrativas lotadas em locais próprios etc. Cada parcela descentralizada do estabelecimento empresarial pode, ou não, ter um valor independente, em razão de inúmeros condicionantes de fato.

Por vezes, o patrimônio do empresário — principalmente se se trata de sociedade empresária — resume-se no estabelecimento empresarial. Trata-se, no entanto, de institutos jurídicos distintos. Todo estabelecimento empresarial integra o patrimônio de seu titular, mas este não se reduz àquele necessariamente. Os bens de propriedade do empresário, cuja exploração não se relaciona com o desenvolvimento da atividade econômica, integram o seu patrimônio, mas não o estabelecimento empresarial. Além disso, também as obrigações passivas fazem parte do patrimônio do empresário.

O estabelecimento empresarial é composto por bens corpóreos — como as mercadorias, instalações, equipamentos, utensílios, veículos etc. — e por bens incorpóreos — assim as marcas, patentes, direitos, ponto etc. O direito civil e o penal compreendem normas pertinentes à proteção dos bens corpóreos (proteção possessória, responsabilidade civil, crime de dano, roubo etc.); o direito industrial tutela a propriedade da marca, invenções etc.; já a Lei de Locações

protege o ponto explorado pelo empresário; a proteção do nome empresarial tem o seu estatuto próprio, e assim por diante; cada elemento do estabelecimento empresarial tem a sua proteção jurídica específica. O direito comercial, enquanto conjunto de conhecimentos jurídicos, tradicionalmente se preocupou com a abordagem apenas da tutela dos bens incorpóreos do estabelecimento empresarial, uma vez que do regime dos corpóreos costumam cuidar outros ramos do saber jurídico (direito das coisas e direito penal).

2. ALIENAÇÃO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

O estabelecimento empresarial, por ser bem integrante do patrimônio do empresário, é também garantia dos seus credores. Por esta razão, a alienação do estabelecimento empresarial está sujeita à observância de cautelas específicas, que a lei criou com vistas à tutela dos interesses dos credores de seu titular. Em primeiro lugar, o contrato de alienação deve ser celebrado por escrito para que possa ser arquivado na Junta Comercial e publicado pela imprensa oficial (CC, art. 1.144). Enquanto não providenciadas estas formalidades, a alienação não produzirá efeitos perante terceiros.

O empresário tem sobre o estabelecimento empresarial a mesma livre disponibilidade que tem sobre os demais bens de seu patrimônio. Ocorre que a lei sujeita a alienação do estabelecimento empresarial à anuência dos seus credores. Referida anuência pode ser expressa ou tácita, decorrendo esta última modalidade do silêncio do credor após 30 dias da notificação da alienação que o devedor lhe deve endereçar (CC, art. 1.145). Todo empresário deve, ao proceder à alienação de seu estabelecimento empresarial, colher a concordância por escrito de seus credores, ou fazer a notifi-

cação a eles, pois somente em uma hipótese está dispensado da observância desta cautela: no caso de restarem, em seu patrimônio, bens suficientes para solvência do passivo.

Se o empresário não observar tais cautelas, poderá ter sua falência decretada, com fundamento no art. 94, III, *c*, da LF, e, vindo a falir, a alienação será considerada ineficaz, perante a massa falida, nos termos do art. 129, VI, da LF, podendo o estabelecimento empresarial ser reivindicado das mãos de seu adquirente. A rigor, portanto, a anuência dos credores em relação à alienação do estabelecimento empresarial é cautela que interessa mais ao adquirente que propriamente ao alienante.

O passivo regularmente escriturado do alienante — em dissonância com os princípios de que se valeu o legislador para criar a obrigação da anuência dos credores para eficácia do ato — transfere-se ao adquirente do estabelecimento empresarial. Continua o alienante responsável por esse passivo, durante certo prazo (1 ano, contado da publicação do contrato de alienação, para as obrigações vencidas antes do negócio; e contado da data de vencimento, para as demais). Na hipótese de transferência do estabelecimento, portanto, o adquirente será sucessor do alienante, podendo os credores deste demandar aquele para cobrança de seus créditos.

Podem as partes do contrato de alienação de estabelecimento estipular que o alienante ressarcirá o adquirente, por uma ou mais obrigações, principalmente as que se encontram *sub judice*. Entre eles, prevalecerá, ainda que numa etapa regressiva, exatamente o que contrataram. A cláusula de não transferência de passivo, por certo, não libera o adquirente, que poderá ser demandado pelo credor, cabendo-lhe, então, o direito de regresso contra o alienante. O credor do alienante somente perde o direito de cobrar o crédito do adquirente do

estabelecimento se expressamente renunciou ao direito quando anuiu com o contrato. Mas, uma vez pagando a terceiro por obrigação que, pelo contrato firmado com o alienante, não lhe cabia suportar, o adquirente tem direito de se ressarcir com base na cláusula de não transferência de passivo.

Está protegido, de modo particular, o credor trabalhista do alienante do estabelecimento empresarial. Nos termos do art. 448 da CLT, que consagra a imunidade dos contratos de trabalho em face da mudança na propriedade ou estrutura jurídica da empresa, o empregado pode demandar o adquirente ou o alienante, indiferentemente. É certo, também, que enquanto não prescrito o direito trabalhista, o alienante responde, mesmo que já vencido o prazo ânuo do Código Civil. Também o credor tributário está sujeito a condições específicas, na hipótese de venda do estabelecimento empresarial. Consoante o previsto pelo art. 133 do CTN, o adquirente tem responsabilidade subsidiária ou integral pelas obrigações fiscais do alienante, caso este continue ou não a explorar atividade econômica.

O adquirente não responde, porém, pelas obrigações do alienante — inclusive as de natureza trabalhista e fiscal — se adquiriu o estabelecimento empresarial mediante lance dado em leilão judicial promovido em processo de recuperação judicial ou falência (LF, arts. 60, parágrafo único, e 141, II). Nesse caso, ele não é considerado sucessor do antigo titular do estabelecimento empresarial. Essa regra, que ressalva a responsabilidade do adquirente, é prevista em lei não só como forma de atrair o interesse de potenciais licitantes no leilão como principalmente para proporcionar o mais elevado pagamento por esse ativo do devedor em recuperação ou falido. No final, em função de tais objetivos, os credores acabam sendo beneficiados pela regra da exclusão de responsabilidade do adquirente.

Finalmente, lembre-se de que a cláusula de não restabelecimento é implícita em qualquer contrato de alienação de estabelecimento empresarial. O alienante não poderá, nos 5 anos subsequentes à transferência, restabelecer-se em idêntico ramo de atividade empresarial, concorrendo com o adquirente, salvo se devidamente autorizado em contrato (*Cap. 2*, item 2.2).

3. PROTEÇÃO AO PONTO (LOCAÇÃO EMPRESARIAL)

Dentre os elementos do estabelecimento empresarial, figura o chamado "ponto", que compreende o local específico em que ele se encontra. Em função do ramo de atividade explorado pelo empresário, a localização do estabelecimento empresarial pode importar acréscimo, por vezes substantivo, no seu valor.

Se o empresário se encontra estabelecido em imóvel de sua propriedade, a proteção jurídica deste valor se faz pelas normas ordinárias de tutela da propriedade imobiliária do direito civil. Já, se está estabelecido em imóvel alheio, que locou, a proteção jurídica do valor agregado pelo estabelecimento seguirá a disciplina da locação não residencial caracterizada pelo art. 51 da LL (locação empresarial).

No direito brasileiro, duas grandes espécies de locação predial podem ser discernidas. São elas: a locação residencial e a não residencial. O uso que o locatário está autorizado a imprimir ao imóvel é o critério de distinção entre essas duas modalidades de regime locatício. Ao locatário da locação residencial não é possível, em regra, explorar qualquer atividade econômica no imóvel objeto de locação; já o locatário da locação não residencial está contratualmente autorizado a explorar atividade econômica no imóvel locado. Se a locação não residencial atender a certos requisitos, o direito

reconhecerá ao locatário a prerrogativa de pleitear a renovação compulsória do contrato.

Para que uma locação possa ser considerada empresarial, isto é, para que se submeta ao regime jurídico da renovação compulsória, é necessário que satisfaça os seguintes três requisitos (LL, art. 51):

a) O locatário deve ser empresário (a lei, anterior ao CC, menciona comerciante ou sociedade civil com fim lucrativo). A lei cogita de atividade industrial também, mas trata-se de redundância, porque esta é uma das espécies da atividade empresarial, conforme já examinado. Por esse requisito, ficam excluídos do regime da locação empresarial os profissionais liberais que individualmente exercem a sua atividade econômica, as associações civis sem fins lucrativos, as fundações etc.

b) A locação deve ser contratada por tempo determinado de, no mínimo, 5 anos, admitida a soma dos prazos de contratos sucessivamente renovados por acordo amigável. Soma esta, inclusive, que pode ser feita pelo sucessor ou cessionário do locatário (STF, Súmula 482).

c) O locatário deve-se encontrar na exploração do mesmo ramo de atividade econômica pelo prazo mínimo e ininterrupto de 3 anos, à data da propositura da ação renovatória. Requisito que a lei cria tendo em vista a necessidade de um tempo de estabelecimento em certo ponto para que este agregue valor minimamente apreciável à empresa lá explorada.

Assim, a lei reconhece ao locatário empresário que explore o mesmo ramo de empresa, há pelo menos 3 anos ininterruptos, em imóvel locado por prazo determinado não inferior a 5 anos, o direito à renovação compulsória de seu contrato de locação. Tutela-se o valor agregado ao estabelecimento

pelo uso de um mesmo ponto durante certo lapso temporal. Chama-se esta tutela de garantia de inerência no ponto, ou seja, ampara-se o interesse do empresário de continuar estabelecido exatamente no local daquele imóvel locado.

O exercício desse direito se faz por uma ação judicial própria, denominada "renovatória", que deve ser aforada entre 1 ano e 6 meses anteriores ao término do contrato a renovar, sob pena de decadência do direito (LL, art. 51, § 5º).

O direito de inerência do locatário, no entanto, é relativo, já que a legislação ordinária não pode reconhecê-lo em detrimento do direito de propriedade do locador. Este tem fundamento constitucional e, portanto, eventual lei que criasse o direito à renovação compulsória do contrato de locação, desconsiderando o direito de uso, gozo e disposição sobre o bem de que é titular o locador, seria um diploma inconstitucional. O direito que se concede ao empresário no sentido de garantir-lhe a continuidade da exploração de um imóvel locado não pode representar, jamais, o aniquilamento do direito de propriedade que o locador exerce sobre dito bem. Por esta razão, quando a renovação compulsória do contrato de locação for incompatível com a proteção jurídica da propriedade, em virtude do fundamento constitucional desta última contraposta ao fundamento ordinário daquela, prevalecerá a tutela aos interesses do locador, devendo o locatário entregar o imóvel. O locatário que não puder exercer o seu direito de inerência, em virtude da tutela constitucional da propriedade, deverá ser, em determinadas hipóteses, indenizado pelo valor que acresceu ao bem.

É a própria lei que define os casos em que o direito à renovação compulsória será ineficaz, em face da tutela do direito de propriedade. Trata-se de elenco legal meramente exemplificativo, posto que a inoperância do direito à renovação, nesses casos, decorre das disposições constitucionais.

Sempre que o direito de propriedade for desprestigiado em decorrência da renovação da relação locatícia, esta não poderá ocorrer, mesmo que inexista específica previsão legal, pois a tutela do direito do locador no tocante à exceção de retomada deflui diretamente da Constituição.

São os seguintes os fatores referidos pela legislação ordinária em que o locador pode suscitar exceção de retomada:

a) Insuficiência da proposta de renovação apresentada pelo locatário (LL, art. 72, II). Em sua ação renovatória, deverá o empresário apresentar uma proposta de novo aluguel. Se o valor locatício de mercado do imóvel for superior, a renovação do contrato pelo aluguel proposto importaria em desconsideração do direito de propriedade do locador. Por essa razão, se não melhorar o locatário a sua proposta, a locação não será renovada. Algumas decisões judiciais têm determinado a renovação pelo valor de aluguel apurado em perícia, compatibilizando-se dessa forma os interesses das partes.

b) Proposta melhor de terceiro (LL, art. 72, III). Se o locatário oferece novo aluguel compatível com o mercado, mas o locador possui proposta melhor de outra pessoa, a renovação acarretaria ofensa ao seu direito de propriedade. Assim sendo, a menos que o locatário concorde em pagar o equivalente ao ofertado pelo terceiro, a locação não será renovada.

c) Reforma substancial no prédio locado (LL, art. 52, I). Se o Poder Público obriga o locador a introduzir reformas no imóvel ou se o proprietário mesmo quer reformá-lo, para valorização do seu patrimônio, então o locatário não terá reconhecido o seu direito de inerência ao ponto. Nessa hipótese, será devida a indenização se o início das obras retardar por mais de 3 meses contados da desocupação.

d) Uso próprio (LL, art. 52, II). O proprietário pode querer utilizar o imóvel, seja para finalidades econômicas ou não. A lei restringe essa exceção, vedando-a no caso de pretender o locador explorar no prédio a mesma atividade explorada pelo locatário (salvo se a locação compreendia o prédio e também o estabelecimento empresarial nele existente, a chamada locação-gerência). Essa limitação é inconstitucional, incompatível com o direito de propriedade. O locador pode, em qualquer caso, pretender a retomada para uso próprio, ainda que o seu objetivo seja o de competir com o locatário. Claro que, assim sendo, será devida indenização pela perda do ponto, para que não se caracterize o enriquecimento indevido do locador. Exceção feita, no tocante à indenização, quando se tratar de locação-gerência, na medida em que, neste caso, o ponto de referência dos consumidores foi constituído pelo próprio locador e não pelo locatário.

e) Transferência de estabelecimento empresarial existente há mais de 1 ano e titularizado por ascendente, descendente ou cônjuge (ou sociedade por eles controlada), desde que atue em ramo diverso do locatário (LL, art. 52, II). Terá este direito à indenização apenas se, a despeito da restrição legal, o novo usuário do prédio explorar atividade igual ou semelhante à sua, ou, entendo, se não se realizar o uso nas condições alegadas que impediram a renovação (se o imóvel é locado a terceiros, p. ex.).

4. "SHOPPING CENTER"

O empresário que se dedica ao ramo dos *shopping 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 resu-

me à locação de lojas aleatoriamente reunidas em um mesmo local. Ele, decididamente, não é um empreendedor imobiliário comum.

O que distingue o empresário do *shopping center* dos empreendedores imobiliários em geral é a organização da distribuição da oferta de produtos e serviços centralizados em seu complexo (*tenant mix*). A ideia básica do negócio é pôr à disposição dos consumidores, em um mesmo local, de cômodo acesso e seguro, a mais ampla gama de produtos e serviços. Em outros termos, deve haver um planejamento da distribuição da oferta, uma relativa organização da competição interna. Assim, as locações dos espaços devem atender às múltiplas necessidades do consumidor, de sorte que não faltem certos tipos de serviço (banco, correio, cinema, lazer etc.) ou de comércio (restaurante, papelaria, farmácia etc.), mesmo quando há uma atividade central desenvolvida pelo *shopping center* (moda, utilidades domésticas, material de construção etc.).

Um mero empreendedor imobiliário apenas loca os seus prédios comerciais a quem se propuser a pagar o aluguel que ele considera adequado. A sua preocupação volta-se unicamente ao valor locatício de mercado do seu imóvel e à solvência do locatário. Um empreendedor de *shopping center*, por sua vez, organiza o *tenant mix*, isto é, fica atento às evoluções do mercado consumidor, à ascensão ou decadência das marcas, às novidades tecnológicas e de *marketing*, bem como ao potencial econômico de cada negociante instalado no seu complexo. Tudo isso com o objetivo de atrair o consumidor. Se ele descuidar-se da organização da distribuição dos produtos e serviços abrigados no seu empreendimento, poderá perder valiosos pontos na competição entre os *shopping centers*.

Em razão dessas particularidades, discutiu-se muito sobre a tutela do interesse de inerência ao ponto dos locatários de espaços em *shopping*. A dinâmica característica desse tipo de empreendimento, em certas ocasiões, revela-se incompatível com a permanência de alguns negociantes. Se, por exemplo, uma determinada marca de produtos de perfumaria tem recebido uma aceitação entre os consumidores maior que outra, o *shopping center* com espaço locado pelo titular desta última tem interesse, partilhado por todos os demais locatários, em substituí-lo pelo titular daquela primeira, em ascensão. A lei reconhece o direito de inerência ao ponto aos locatários de espaços em *shopping centers* (LL, art. 52, § 2º), mas, em determinadas situações, a renovação compulsória do contrato de locação pode representar um entrave ao pleno desenvolvimento do complexo. Atentos a essa circunstância e meditando sobre a intrincada relação jurídica que se estabelece entre o empreendedor do *shopping* e o lojista, muitos autores procuraram discutir se a sua natureza seria, mesmo, a de uma locação. Orlando Gomes, por exemplo, considera-a como de um contrato atípico misto. Requião vê nessa relação uma coligação de contratos, entre os quais a locação. Para Buzaid, trata-se de um contrato de "estabelecimento", enquanto Villaça Azevedo o denomina contrato de "centro comercial".

O entendimento mais adequado, contudo, parece ser o do reconhecimento de aspectos bastante específicos na relação contratual em questão, mas não a ponto de descaracterizar a sua natureza locatícia (Carvalhosa, Caio Mário, Washington). E, neste sentido, o direito de inerência do lojista não pode implicar o esvaziamento do direito de propriedade do empreendedor do *shopping*. Se ficar provado que este último não poderia estar organizando, plenamente, o *tenant mix* na hipótese de acolhimento da ação renovatória, então esta deve ser rejeitada para que seja efetiva a tute-

la constitucional do direito de propriedade. Nessa equação, nenhuma especificidade se nota quanto ao contrato de locação entre o empreendedor de *shopping* e o lojista, posto que, conforme assinalado anteriormente, sempre que o reconhecimento do direito de inerência do locatário, na locação empresarial, redundar em desrespeito ao direito de propriedade do locador, deve-se prestigiar este último, porque a sua proteção tem natureza constitucional, ao passo que aquele tem sua origem na lei ordinária.

O contrato de locação desse tipo costuma contemplar um aluguel com características bastante peculiares, desdobrado em parcelas fixas, reajustáveis de acordo com o índice e a periodicidade definidos no instrumento contratual, e em parcelas variáveis, geralmente um percentual do faturamento obtido pelo locatário no estabelecimento locado. Para mensurar o valor da parcela variável do aluguel, o locador pode auditar as contas do locatário, bem como vistoriar as suas instalações ou fiscalizar o seu movimento econômico. Além do aluguel, há outras obrigações pecuniárias assumidas pelo locatário de loja em *shopping center*. Em geral, paga-se uma prestação conhecida por *res sperata*, retributiva das vantagens de se estabelecer em um complexo comercial que já possui clientela própria. Deve o locatário também filiar-se à associação dos lojistas, pagando a mensalidade correspondente. Esta associação suporta as despesas de interesse comum, como as de publicidade. É, igualmente, usual a cobrança do aluguel em dobro no mês de dezembro, em decorrência do extraordinário movimento econômico que se costuma verificar nessa época do ano. Estes e outros encargos podem ser livremente pactuados, prevendo a lei apenas a proibição de cobrança de despesas extraordinárias de condomínio e os gastos com obras ou substituição de equipamentos modificativos do projeto originário, bem como as despesas não previstas em orçamento prévio (LL, art. 54, §§ 1º e 2º).

Em tempos de recessão econômica, surgem formas específicas de ocupação de estabelecimentos comerciais, que guardam semelhança com os *shopping centers* apenas em seu aspecto externo, isto é, somente enquanto espaço de concentração de diferentes empresários. Trata-se dos chamados *outlet centers*, estabelecimentos em que os próprios fabricantes, grandes distribuidores e, por vezes, alguns varejistas instalam-se em pequenos *stands*, para a venda de seus produtos por preços atrativos, com vistas a propiciar o escoamento de estoque. A locação desses espaços é feita, em geral, por curtíssimo prazo, e os locatários assumem obrigação contratual de praticar preços inferiores aos de mercado.

5. PROTEÇÃO AO TÍTULO DE ESTABELECIMENTO

O elemento de identificação do estabelecimento empresarial não se confunde com o nome empresarial, que identifica o sujeito de direito empresário, nem com a marca, identidade de produto. Não se confundem estes três elementos de identificação disciplinados no direito comercial, recebendo da lei, cada um deles, uma proteção específica, consistente na prerrogativa de utilização exclusiva.

O título de estabelecimento não precisa, necessariamente, compor-se dos mesmos elementos linguísticos presentes no nome empresarial e na marca. Uma sociedade empresária pode chamar-se "Comércio e Indústria Antonio Silva & Cia. Ltda.", ser titular da marca "Alvorada" e seu estabelecimento denominar-se "Loja da Esquina". Terá ela direito de uso exclusivo das três diferentes expressões, observadas as peculiaridades da proteção jurídica deferida a cada uma delas.

A proteção do título de estabelecimento se faz, atualmente, por regras de responsabilidade civil e penal, na me-

dida em que caracteriza concorrência desleal (LPI, arts. 195, V, e 209). O empresário que imitar ou utilizar o título de estabelecimento que outro havia adotado anteriormente deve indenizar este último pelo desvio eficaz de clientela.

6. COMÉRCIO ELETRÔNICO (INTERNETE)

A rede mundial de computadores (internete) tem sido largamente utilizada para a realização de negócios. Em razão disto, criou-se um novo tipo de estabelecimento, o *virtual*. Distingue-se do estabelecimento empresarial *físico*, em razão dos meios de acessibilidade. Aquele o consumidor ou adquirente de bens ou serviços acessa exclusivamente por transmissão eletrônica de dados, enquanto o estabelecimento físico é acessível pelo deslocamento no espaço. A natureza do bem ou serviço objeto de negociação é irrelevante para a definição da virtualidade do estabelecimento. Se alguém adquire, via internete, um eletrodoméstico, a mercadoria nada tem de virtual, mas como a sua compra decorreu de contrato celebrado com o envio e recepção eletrônicos de dados via rede mundial de computadores, considera-se realizada num estabelecimento virtual.

Comércio eletrônico, assim, significa os atos de circulação de bens, prestação ou intermediação de serviços em que as tratativas pré-contratuais e a celebração do contrato se fazem por transmissão e recebimento de dados por via eletrônica, normalmente no ambiente da internete.

Muitos empresários mantêm estabelecimentos físico e virtual. Há, por outro lado, os que só possuem o virtual. Quem quiser adquirir bens ou serviços destes, deve procurá-los necessariamente na internete. Aliás, os que hoje exploram atividade empresarial apenas em estabelecimentos físi-

cos enfrentam crescentes dificuldades de manterem a competitividade.

São três os tipos de estabelecimentos virtuais: B2B (que deriva da expressão *business to business*), em que os internetenautas compradores são também empresários, e se destinam a negociar insumos; B2C (denominação derivada de *business to consumer*), em que os internetenautas são consumidores, na acepção legal do termo (CDC, art. 2º); e C2C (*consumer to consumer*), em que os negócios são feitos entre internetenautas consumidores, cumprindo o empresário titular do *site* apenas funções de intermediação (é o caso dos leilões virtuais). Os contratos celebrados via página B2B regem-se pelas normas do direito comercial. Os celebrados via página B2C, pelo direito do consumidor. No caso da página C2C, as relações entre o empresário titular do estabelecimento virtual e os internetenautas regem-se também pelo direito do consumidor, mas o contrato celebrado entre esses últimos está sujeito ao regime contratual de direito civil (ver *Cap. 8*, item 3).

Os estabelecimentos virtuais possuem endereço eletrônico, que é o seu *nome de domínio*. O da livraria Saraiva, por exemplo, é "www.saraiva.com.br". O nome de domínio cumpre duas funções. A primeira é técnica: proporciona a interconexão dos equipamentos. Por meio do endereço eletrônico, o computador do comprador põe-se em rede com os equipamentos que geram a página do empresário (vendedor). É esta função similar à do número de telefone. A segunda função tem sentido jurídico: identifica o estabelecimento virtual na rede. Cumpre, assim, em relação à página acessível via internete, igual função à do *título de estabelecimento* em relação ao ponto.

Os nomes de domínio, até dezembro de 2005, eram registrados, no Brasil, pela Fundação de Amparo à Pesquisa

do Estado de São Paulo — FAPESP. Desde então, o registro é feito junto ao Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), uma associação civil de direito privado sem fins econômicos.

CAPÍTULO 6

NOME EMPRESARIAL

1. NATUREZA E ESPÉCIES

O empresário, seja pessoa física ou jurídica, tem um nome empresarial, que é aquele com que se apresenta nas relações de fundo econômico. Quando se trata de empresário individual, o nome empresarial pode não coincidir com o civil; e, mesmo quando coincidentes, têm o nome civil e o empresarial naturezas diversas. A pessoa jurídica empresária, por sua vez, não tem outro nome além do empresarial. O Código Civil reconhece no nome, civil ou empresarial, a manifestação de um direito da personalidade da pessoa física ou jurídica (arts. 16, 52 e 1.164).

Como elemento de identificação do empresário, o nome empresarial não se confunde com outros elementos identificadores que habitam o comércio e a empresa, os quais têm, também, proteção jurídica, assim a marca, o nome de domínio e o título de estabelecimento. Enquanto o nome empresarial identifica o sujeito que exerce a empresa, o empresário, a marca identifica, direta ou indiretamente, produtos ou serviços, o nome de domínio identifica a página na rede mundial de computadores e o título do estabelecimento, o ponto. Na maioria das vezes, por conveniência econômica ou estratégia mercadológica, opta-se pela ado-

ção de expressões idênticas ou assemelhadas, o que, a rigor, não tem nenhuma relevância jurídica, posto que nome empresarial, marca, nome de domínio e título de estabelecimento continuam a ser considerados institutos distintos, ainda quando possuírem um mesmo conteúdo e forma. Cada um destes elementos de identificação recebe, do direito, tratamentos específicos, próprios, decorrentes de sua natureza, dos quais se cuida no momento oportuno (*Cap. 5*, itens 5 e 6; *Cap. 7*, item 3.2). Por ora, basta ressaltar que o nome empresarial não se confunde com esses outros designativos empresariais.

O direito contempla duas espécies de nome empresarial: a firma e a denominação. No linguajar cotidiano do comércio, firma tem o sentido de sociedade ou de empresa, mas, no rigor da técnica jurídica, essa expressão é reservada para uma das espécies de nome empresarial.

A firma e a denominação se distinguem em dois planos, a saber: quanto à estrutura, ou seja, aos elementos linguísticos que podem ter por base; e quanto à função, isto é, a utilização que se pode imprimir ao nome empresarial.

No tocante à estrutura, a firma só pode ter por base nome civil, do empresário individual ou dos sócios da sociedade empresária. O núcleo do nome empresarial dessa espécie será sempre um ou mais nomes civis. Já a denominação deve designar o objeto da empresa e pode adotar por base nome civil ou qualquer outra expressão linguística (que a doutrina costuma chamar de *elemento fantasia*). Assim, "A. Silva & Pereira Cosméticos Ltda." é exemplo de nome empresarial baseado em nomes civis; já "Alvorada Cosméticos Ltda." é nome empresarial baseado em elemento fantasia.

Somente levando-se em conta a estrutura, por vezes, não é possível discernir se um determinado nome empresa-

rial é firma ou denominação. Claro, se não há referência ao ramo de atividade econômica, não pode ser denominação; se fundado em elemento fantasia, não pode ser firma. Mas, desde que ambas as espécies podem adotar nome civil como base para a construção do nome empresarial, a identificação de uma ou outra espécie não deve deixar de considerar a função que o nome empresarial exerce. No exemplo acima citado de nome empresarial composto sobre nome civil, é rigorosamente impossível descobrir sua espécie sem consulta ao contrato social da sociedade limitada e análise da sua utilização.

Explique-se: quanto à função, os nomes empresariais se diferenciam na medida em que a firma, além de identidade do empresário, é também a sua assinatura, ao passo que a denominação é exclusivamente elemento de identificação do exercente da atividade empresarial, não prestando a outra função.

O empresário individual, ao se obrigar juridicamente, e o representante legal da sociedade empresária que adota firma, ao obrigá-la juridicamente, devem ambos assinar o respectivo instrumento não com o seu nome civil, mas com o empresarial. Portanto, se Antonio Silva Pereira é empresário individual inscrito sob a firma "Silva Pereira, Livros Técnicos", a assinatura apropriada para os instrumentos obrigacionais relacionados com o seu giro econômico deverá reproduzir essas expressões, inclusive "livros técnicos". Se ele é administrador de sociedade que comercie sob a firma "Silva Pereira e Cia. Ltda.", não deverá assinar sua assinatura civil, mesmo que sobre o nome empresarial da sociedade, escrito, impresso ou carimbado. Deverá assinar o nome empresarial da sociedade, na forma com que assinou, no campo próprio, o contrato social; isto é, reproduzindo com seu estilo individual as expressões constituintes da firma, inclusive

"e Cia. Ltda.". Já o representante legal de sociedade empresária que gire sob a denominação "Alvorada Cosméticos Ltda.", para obrigar a sociedade, deve lançar a sua assinatura civil sobre o nome empresarial dela, escrito, impresso ou carimbado. Não poderá, neste caso, assinar a denominação.

Por esta razão, pelas diferenças funcionais entre a firma e a denominação, é que os contratos sociais de sociedades empresárias que adotam firma devem ter campo próprio para que o representante ou representantes legais assinem o nome empresarial. Geralmente, ao pé da última página do instrumento, sob o título "firma por quem de direito", é que eles lançam a assinatura que usarão no exercício dos poderes de representação. E geralmente fazem uso da mesma assinatura que têm para os atos da vida civil, o que, embora, a rigor, não corresponda à prescrição legal, vem sendo sedimentado há tempos pelo costume.

Conclui-se, pois, que a análise da natureza do nome empresarial daqueles empresários legalmente autorizados a usarem firma ou denominação, e que adotaram nome empresarial baseado em nome civil, não pode prescindir da consulta ao ato constitutivo (contrato social ou estatuto). Se dele constar cláusula em que o representante legal assenta a assinatura que usará nos instrumentos obrigacionais relativos aos negócios sociais, então é o caso de firma. Na ausência de cláusula com tal objetivo, será denominação. A simples análise da estrutura do nome empresarial é insuficiente para uma conclusão correta sobre o assunto.

2. FORMAÇÃO DO NOME EMPRESARIAL

Em relação ao empresário individual e a cada tipo de sociedade empresária, o direito contempla regras específicas de formação do nome empresarial. Outrossim, há tipos

de sociedades empresárias que podem adotar firma ou denominação, segundo a vontade de seus sócios, e há tipos que só podem adotar uma ou outra espécie de nome empresarial.

Analise-se cada hipótese em particular.

O empresário individual só está autorizado a adotar firma, baseado, naturalmente, em seu nome civil. Poderá ou não abreviá-lo na composição do nome empresarial e poderá, se desejar, agregar o ramo de atividade a que se dedica. Desta forma podem-se elencar as seguintes alternativas para o nome empresarial de uma pessoa física chamada Antonio Silva Pereira que se inscreva como empresário individual na Junta Comercial: "Antonio Silva Pereira"; "A. S. Pereira"; "Silva Pereira"; "S. Pereira, Livros Técnicos" etc.

A sociedade em nome coletivo está autorizada apenas a adotar firma social, que pode ter por base o nome civil de um, alguns ou todos os seus sócios. Esses nomes poderão ser aproveitados por extenso ou abreviadamente, de acordo com a vontade dos seus titulares. Se acaso não constar o nome de todos os sócios, é obrigatória a utilização da partícula "e companhia" (ou abreviadamente: "& Cia."). Poderão, também, os sócios agregar, ou não, o ramo de empresa correspondente. Uma sociedade empresária dessa natureza, composta pelos sócios Antonio Silva, Benedito Pereira e Carlos Sousa, poderá optar por uma das seguintes soluções: "Antonio Silva, Benedito Pereira & Carlos Sousa", "Pereira, Silva & Sousa", "A. Silva, B. Pereira & Sousa, Livros Técnicos", "Antonio Silva & Cia." etc.

A sociedade em comandita simples também só pode compor nome empresarial por meio de firma, da qual conste nome civil de sócio ou sócios comanditados. Os sócios comanditários não podem ter seus nomes aproveitados na formação do nome empresarial, posto que não têm responsa-

bilidade ilimitada pelas obrigações da sociedade. Desta maneira, será obrigatória a utilização da partícula "e companhia", por extenso ou abreviadamente, para fazer referência aos sócios dessa categoria. O nome civil do sócio comanditado pode ser usado por extenso ou abreviadamente, e pode-se agregar o ramo de negócio explorado pela sociedade. Assim, pode-se cogitar das seguintes alternativas para o nome empresarial de uma sociedade em comandita simples, em que os sócios comanditados sejam Antonio Silva e Benedito Pereira: "Antonio Silva, Benedito Pereira & Cia.", "B. Pereira & Companhia", "Silva, Pereira & Cia. — Livros Técnicos" etc.

A sociedade em conta de participação, por sua natureza de sociedade secreta, está proibida de adotar nome empresarial (firma ou denominação) que denuncie a sua existência(CC, art. 1.162).

A sociedade limitada está autorizada, por lei, a girar sob firma ou denominação. Se optar por firma, poderá incluir nela o nome civil de um, alguns ou todos os sócios que a compõem, por extenso ou abreviadamente, valendo-se da partícula "e companhia" ou "& Cia.", sempre que omitir o nome de pelo menos um deles. Mas, adotando firma ou denominação, não poderá o nome empresarial deixar de contemplar a identificação do tipo societário por meio da expressão "limitada", por extenso ou abreviada ("Ltda."), sob pena de responsabilização ilimitada dos administradores que fizerem uso do nome empresarial (CC, art. 1.158). A identificação do ramo de atividade no nome empresarial é optativa quando a limitada adota firma, e obrigatória quando adota denominação. São, assim, exemplos de nome empresarial de sociedade limitada: "Antonio & Silva Ltda.", "Silva & Pereira, limitada", "A. Silva & Pereira, Livros Técnicos Ltda.", "Alvorada Comércio de Livros Técnicos Ltda." etc.

A sociedade anônima só pode adotar denominação de que deve constar referência ao objeto social, desde a entrada em vigor do Código Civil (art. 1.160). É obrigatória a identificação do tipo societário no nome empresarial por meio da locução "sociedade anônima", por extenso ou abreviadamente, usada no início, no meio ou no fim da denominação, ou pela expressão "companhia", por extenso ou abreviada, constante do início ou do meio da denominação, segundo prescreve o art. 3º da Lei n. 6.404/76. Também é autorizado o emprego de nomes civis de pessoas que fundaram a companhia ou concorrem para o seu bom êxito. Exemplos: "S/A Alvorada — Livros Técnicos"; "Alvorada S.A. — Livros Técnicos"; "Alvorada Livros Técnicos Sociedade Anônima"; "Companhia Editora de Livros Técnicos Alvorada"; "Alvorada — Cia. Comercial de Livros Técnicos", "Indústrias Demóstenes de Alcântara S/A" etc.

A sociedade em comandita por ações pode adotar firma ou denominação. No primeiro caso, pode aproveitar apenas o nome civil, por extenso ou abreviado, dos sócios diretores ou administradores que respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais. Na denominação, exige-se referência ao objeto social. Adotando firma ou denominação, será obrigatória a identificação do tipo societário pela locução "comandita por ações", mesmo abreviada. Se fundado no nome civil de um ou mais acionistas com responsabilidade ilimitada (diretores), é obrigatória a locução "e companhia", por extenso ou abreviada. Exemplificativamente: "Antonio Silva e Companhia, Comandita por Ações"; "Alvorada Livros Técnicos C.A."; "Comandita por Ações Silva, Pereira & Cia." etc.

A sociedade empresária de qualquer tipo que tenha ingressado em juízo com a medida de recuperação judicial deve acrescer ao seu nome, em todos os atos, contratos e

documentos, a expressão "em Recuperação Judicial" (LF, art. 69).

Finalmente, deve-se mencionar que o empresário, pessoa física ou jurídica, ao se registrar como microempresário ou empresário de pequeno porte, terá acrescido ao seu nome a locução identificativa destas condições (ME ou EPP), conforme estabelece o art. 72 da Lei Complementar n. 123/2006.

3. ALTERAÇÃO DO NOME EMPRESARIAL

O nome empresarial, ao contrário do nome civil, pode ser alterado pela simples vontade do empresário, seja este pessoa física ou jurídica, desde que respeitadas as normas de formação já analisadas. É a hipótese de alteração voluntária do nome empresarial, que depende exclusivamente da vontade do seu titular. Se sociedade empresária, é claro, a alteração voluntária exigirá a concorrência da vontade de sócios que detenham participação do capital social que lhe assegure o direito de alterar o contrato social.

Além desta hipótese, há outras em que a alteração do nome empresarial opera-se independentemente da vontade do empresário. Trata-se, agora, de alteração obrigatória, ou vinculada.

Em relação aos nomes empresariais fundados em nome civil, são causas de alteração obrigatória:

a) saída, retirada, exclusão ou morte de sócio cujo nome civil constava da firma social: neste caso, enquanto não se proceder à alteração do nome empresarial, o ex-sócio, ou o seu espólio, continua a responder pelas obrigações sociais nas mesmas condições em que respondia quando ainda integrava o quadro associativo (CC, arts. 1.158, § 1º, e 1.165);

b) alteração da categoria do sócio, quanto à sua responsabilidade pelas obrigações sociais, se o nome civil dele integrava o nome empresarial: se sócio comanditado de uma sociedade em comandita simples passa a ser comanditário, ou se o acionista não diretor da sociedade em comandita por ações deixa as funções administrativas, o seu nome civil não poderá continuar a compor o nome da sociedade, a firma social. Até que se altere este nome, o sócio continuará a responder pelas obrigações sociais como se ainda integrasse a categoria anterior (CC, art. 1.157);

c) alienação do estabelecimento por ato entre vivos: o empresário individual ou a sociedade empresária não podem alienar o nome empresarial (CC, art. 1.164). Mas, na hipótese de alienação do estabelecimento empresarial, por ato entre vivos, se previsto em contrato, o adquirente pode usar o nome do alienante, precedido do seu, com a qualificação de *sucessor de*.

Estas três causas de alteração obrigatória do nome empresarial fundado em nome civil decorrem de regra de composição que se costuma chamar de "princípio da veracidade" (LRE, art. 34). De acordo com este princípio, é defeso ao empresário valer-se, na composição de seu nome empresarial, de elementos estranhos ao nome civil, de que seja titular como pessoa física, ou de que sejam titulares os seus sócios, se pessoa jurídica. Este princípio não se aplica, integralmente, à denominação da sociedade anônima, que pode ser composta por nome civil de fundador ou pessoa que tenha concorrido para o êxito da empresa, ainda que não seja mais acionista (CC, art. 1.160, parágrafo único; LSA, art. 3º).

Além das alterações em decorrência do princípio da veracidade, prevê o direito duas outras causas que ensejam a mudança compulsória da firma ou denominação:

a) Transformação: a sociedade empresária pode experimentar alteração de tipo societário (passar de sociedade limitada para anônima, ou vice-versa). Nesta hipótese, as regras de formação do nome empresarial relativas ao tipo societário em que se transformou a sociedade devem ser observadas, alterando-se os aspectos do nome empresarial então existentes que com elas forem incompatíveis. A consequência da não alteração do nome comercial será a ineficácia da transformação perante terceiros que contratarem com a sociedade.

b) Lesão a direito de outro empresário: pelo sistema de proteção do nome empresarial, que adiante se especifica, o empresário estará obrigado a alterar o seu nome empresarial sempre que este lesar direito de outro exercente de atividade empresarial, sob pena de alteração coercitiva e responsabilização por perdas e danos.

4. PROTEÇÃO AO NOME EMPRESARIAL

Inicialmente, deve-se atentar para o fato de que o direito protege o nome empresarial com vistas à tutela de dois diferentes interesses do empresário: de um lado, o interesse na preservação da clientela; de outro, o da preservação do crédito. Com efeito, se determinado empresário, conceituado no meio empresarial, vê um concorrente usando nome empresarial idêntico, ou mesmo semelhante ao seu, podem ocorrer consequências, que devem ser prevenidas, em dois níveis. Quanto à clientela, pode acontecer de alguns mais desavisados entrarem em transações com o usurpador do nome empresarial, imaginando que o fazem com aquele empresário conceituado, importando o uso indevido do nome idêntico ou assemelhado em inequívoco desvio de clientela. Quanto ao crédito daquele empresário conceituado, poderá ser, parcial e temporariamente, abalado com o protesto de títulos ou pedido de falência do usurpador. Tanto num quan-

to noutro nível, o empresário que teve o seu nome imitado poderá sofrer consequências patrimoniais danosas.

Ao proteger o nome empresarial, portanto, o direito tem em vista a tutela desses dois interesses. Por esta razão, porque não visa somente a evitar o desvio desleal de clientela, é que a proteção não deve se restringir aos empresários que atuem no mesmo ramo da atividade empresarial. Como tem em mira, também, a preservação do crédito, não pode o empresário que explora determinada atividade pretender usar nome imitado de empresário explorador de atividade diversa, sob o pretexto de não ser possível a concorrência entre ambos. Salvo, é claro, autorização contratual, pela qual o titular do nome empresarial legitima o uso de nome idêntico ou semelhante por outro empresário.

O titular de um nome empresarial tem o direito à exclusividade de uso, podendo impedir que outro empresário se identifique com nome idêntico ou semelhante, que possa provocar confusão em consumidores ou no meio empresarial. Assim, em caso de identidade ou semelhança de nomes, o empresário que anteriormente haja feito uso dele terá direito de obrigar o outro a acrescer ao seu nome distintivos suficientes, alterando-o totalmente, inclusive, se não houver outra forma de distingui-los com segurança. É o que decorre dos arts. 35, V, da LRE, 1.163 do CC e 3º, § 2º, da LSA.

Mas o que seja um nome idêntico ou semelhante, isto a lei não esclarece. A solução, assim, é dada pelo seguinte critério de natureza doutrinal: a identidade ou semelhança não diz respeito senão ao núcleo do nome empresarial. Os elementos identificadores do tipo societário, do ramo de atividade, bem como as partículas gerais ("& Cia.", "Irmãos", "Sucessor de" etc.), devem ser desprezados na análise da identidade ou semelhança entre dois nomes empresariais. Por núcleo do nome empresarial se entende a expressão que

é própria do seu titular, aquela que o torna conhecido, tanto entre os consumidores como entre os fornecedores. É a parte do nome empresarial que não se pode abstrair sem desnaturá-lo, sem perder de vista aquele específico sujeito de direito que se pretende identificar.

Exemplificativamente, considerem-se os seguintes três nomes empresariais:

a) "Alvorada — Comércio e Indústria Ltda.";

b) "Primavera — Comércio e Indústria Ltda.";

c) "Companhia Exportadora e Importadora Primavera".

Os nomes *a* e *b*, embora tenham mais elementos absolutamente idênticos entre si, são nomes empresariais diferentes e o titular de um deles não tem qualquer direito em relação ao titular do outro. Isto porque o núcleo de um ("Alvorada") é inconfundível com o do outro ("Primavera"). Já os nomes *b* e *c* possuem somente uma expressão idêntica, sendo todas as demais completamente diferentes. Inobstante, o titular do nome empresarial anterior terá direito de obrigar o titular do outro a abster-se de fazer uso dele, posto que o núcleo de ambos é igual ("Primavera").

O Registro do Comércio adota esse entendimento de restringir ao núcleo do nome empresarial a análise da identidade ou semelhança apenas quando se trata de denominação com expressões de fantasia incomuns. Em relação às demais denominações e às firmas, recomenda o Departamento Nacional do Registro do Comércio que as Juntas levem em conta a composição total do nome, sendo idênticos os homógrafos e semelhantes os homófonos (LRE, art. 35, V).

No campo do direito penal, a lei define a usurpação de nome empresarial como crime de concorrência desleal (LPI, art. 195, V).

CAPÍTULO 7

PROPRIEDADE INDUSTRIAL

1. ABRANGÊNCIA DO DIREITO INDUSTRIAL

Quatro são os bens imateriais protegidos pelo direito industrial: a patente de invenção, a de modelo de utilidade, o registro de desenho industrial e o de marca (LPI, art. 2º, I a III). O empresário titular desses bens — patente ou registro — tem o direito de explorar economicamente o objeto correspondente, com inteira exclusividade. O empresário com sua marca registrada pode impedir que a concorrência se utilize da mesma marca, ou de alguma semelhante. Para que uma pessoa explore bem industrial patenteado ou registrado (invenção, modelo, desenho ou marca), ela necessita da autorização ou licença do titular do bem. Como os demais bens integrantes do patrimônio do empresário, as patentes e registros podem ser alienadas por ato *inter vivos* (*Cap. 36*) ou *mortis causa*.

Os direitos industriais são concedidos pelo Estado, por meio de uma autarquia federal, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Nasce o direito à exploração exclusiva do objeto da patente ou do registro a partir do ato concessivo correspondente. Ninguém pode reivindicar o direito de exploração econômica com exclusividade de qualquer invenção, modelo de utilidade, desenho industrial ou marca se não obteve do INPI a correspondente concessão.

2. PATENTES

A patente diz respeito à invenção ou ao modelo de utilidade.

Invenção é o ato original do gênio humano. Toda vez que alguém projeta algo que desconhecia, estará produzindo uma invenção. Embora toda invenção seja, assim, original, nem sempre será nova, ou seja, desconhecida das demais pessoas. E a novidade, conforme se verá em seguida, é condição de privilegiabilidade da invenção.

Modelo de utilidade é o objeto de uso prático suscetível de aplicação industrial, com novo formato de que resulta melhores condições de uso ou fabricação. Não há, propriamente, invenção, mas acréscimo na utilidade de alguma ferramenta, instrumento de trabalho ou utensílio, pela ação da novidade parcial que se lhe agrega. É chamada, também, de "pequena invenção" e goza de proteção autônoma em relação à da invenção cuja utilidade foi melhorada.

A patenteabilidade de invenções e modelos de utilidade está sujeita aos seguintes requisitos:

a) *Novidade* — não basta, para a obtenção do direito industrial, que a invenção ou o modelo sejam originais, característica de natureza subjetiva (isto é, relacionada ao sujeito criador). É necessário que a criação seja desconhecida pela comunidade científica, técnica ou industrial (numa palavra, os *experts* da área). Ou, para fazer uso do termo da lei, a criação não poderá estar compreendida no estado da técnica (LPI, art. 11).

b) *Atividade inventiva* — a lei define que a invenção apresenta inventividade quando não é uma decorrência óbvia do estado da técnica (LPI, art. 13). Em outros termos, a invenção deve despertar no espírito dos técnicos da área o

sentido de um real progresso. Ao seu turno, o modelo de utilidade atende ao requisito, se não decorrer de maneira comum ou vulgar do estado da técnica, segundo o parecer dos especialistas no assunto (LPI, art. 14).

c) *Aplicação industrial* — somente a invenção ou modelo suscetível de aproveitamento industrial pode ser patenteado (LPI, art. 15). Quem cria uma máquina cujo funcionamento depende de combustível inexistente, por exemplo, não tem direito à patente por faltar à sua invenção o requisito da industriabilidade.

d) *Não impedimento* — a lei proíbe, por razões de ordem técnica ou de atendimento ao interesse público, a patenteabilidade de determinadas invenções ou modelos (LPI, art. 18). São exemplos de impedimento legal: afronta à moral, aos bons costumes, à segurança, à ordem e à saúde públicas; substâncias resultantes de transformação do núcleo atômico; seres vivos, exceto os dotados de características não alcançáveis pela espécie em condições naturais (os *seres transgênicos*).

Após o devido procedimento administrativo o INPI expedirá a respectiva patente, único instrumento de prova admissível pelo direito para demonstração da concessão do direito de exploração exclusiva da invenção ou do modelo de utilidade.

A patente tem prazo de duração determinado, sendo de 20 anos para a invenção e 15 para o modelo de utilidade, contados do depósito do pedido de patente (isto é, da data em que o pedido foi protocolado no INPI). Para garantir ao inventor pelo menos um tempo razoável de utilização da invenção ou modelo, contudo, o prazo de duração do direito industrial não poderá ser inferior a 10 anos, para as invenções, ou 7, para os modelos, contados da expedição da patente (LPI,

art. 40). Atendidas estas regras, não haverá prorrogação, em nenhuma hipótese, do prazo de duração da patente.

Há situações em que o titular da patente está obrigado a licenciar terceiros na exploração da invenção ou do modelo de utilidade correspondente. Isto porque o direito considera relevante o interesse social relacionado ao acesso às comodidades propiciadas pelo desenvolvimento industrial. Em outros termos, se o titular da patente de invenção ou modelo de utilidade não está exercendo o seu direito de forma a atender regular e convenientemente o mercado, outros empresários interessados e capacitados terão o direito de explorá-la, por meio da licença compulsória. Evidentemente, os licenciados remunerarão o dono da patente. Assim, se os direitos concedidos pelo INPI são exercidos de forma abusiva, ou se, por meio deles, se pratica abuso do poder econômico, caberá a licença compulsória. Também se impõe esta licença se o titular da patente, tendo já transcorridos 3 anos da sua expedição, não a explora por completo, ou se verifica o caso de insatisfatória comercialização (LPI, art. 68 e §§ 1º e 5º).

Concedida a primeira licença compulsória, prevê a lei o prazo de 2 anos para que a exploração econômica da invenção ou modelo de utilidade seja feita, agora pelo licenciado, de forma satisfatória. Vencido tal prazo e persistindo a situação irregular que houvera dado ensejo ao licenciamento obrigatório, opera-se a caducidade da patente; isto é, o inventor perde todos os direitos industriais que titularizava, e a invenção ou modelo caem em domínio público (LPI, art. 79).

Além do término do prazo de duração e da caducidade, são hipóteses legais de extinção da patente: *a*) a renúncia aos direitos industriais, que somente poderá ser feita se não houver prejuízo para terceiros (licenciados, por exemplo); *b*) a falta de pagamento da taxa devida ao INPI, denominada

"retribuição anual"; *c*) a falta de representante no Brasil, quando o titular é domiciliado no exterior.

3. REGISTRO INDUSTRIAL

A marca e o desenho industrial são registráveis no INPI, para fins de concessão do direito de exploração exclusiva. O direito brasileiro, desde o CPI de 1969, conferiu ao registro industrial o 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 da anterioridade do registro.

Desenho industrial diz respeito à forma dos objetos, e serve tanto para conferir-lhe um ornamento harmonioso como para distingui-los de outros do mesmo gênero. Lembre-se, por exemplo, a cadeira *Hill House*, projetada pelo arquiteto Charles Mackintosh em 1902, cuja forma (desenho industrial, *design*) tem especificidades que permitem sua imediata identificação. A marca, por sua vez, é o signo que identifica produtos e serviços, como *Coca-cola, Saraiva, Itaú*.

3.1. *Desenho industrial ("design")*

O registro de desenho industrial está sujeito aos seguintes requisitos:

a) *Novidade* — a exemplo do que estabelece a lei relativamente aos objetos das patentes, o desenho industrial deve ser novo, isto é, não compreendido no estado da técnica (LPI, art. 96). A forma criada pelo *designer* deve, para merecer a proteção do direito industrial, propiciar um resultado visual inédito, desconhecido dos técnicos do setor.

b) *Originalidade* — o desenho industrial é original quando apresenta uma configuração própria, não encontrada em outros objetos, ou quando combina com originalidade elementos já conhecidos (LPI, art. 97). Enquanto a novidade é uma questão técnica, a originalidade é estética.

c) *Desimpedimento* — a lei impede o registro de desenho industrial em determinadas situações (LPI, art. 100). São exemplos de impedimento: desenhos contrários à moral e aos bons costumes, ofensivos à honra ou imagem de pessoas ou atentatórios à liberdade de consciência; formas comuns, vulgares ou necessárias.

O registro de desenho industrial tem o prazo de duração de 10 anos, contados da data do depósito, e pode ser prorrogável por até 3 períodos sucessivos de 5 anos cada (LPI, art. 108). A taxa devida ao INPI pelo titular deste registro, denominada retribuição, tem incidência quinquenal (LPI, art. 120).

3.2. *Marca*

A marca é o designativo que identifica produtos e serviços. Não se confunde com outros designativos presentes na empresa, assim o nome empresarial, que identifica o empresário e o título de estabelecimento, referido ao local do exercício da atividade econômica. A lei da propriedade industrial de 1996 introduziu no direito brasileiro, além da marca de produtos e serviços, duas outras categorias: a marca de certificação e a marca coletiva (LPI, art. 123, II e III). A primeira atesta que determinado produto ou serviço atende a certas normas de qualidade, fixadas por organismo oficial ou particular, enquanto a segunda informa que o fornecedor do produto ou serviço é filiado a uma entidade, geralmente a associação dos produtores ou importadores do setor.

Para que uma marca possa ser registrada é indispensável o atendimento dos seguintes requisitos:

a) *Novidade relativa* — não se exige da marca que represente uma novidade absoluta, isto é, a expressão linguística ou signo utilizado não precisam ser, necessariamente, criados pelo empresário. O que deve ser nova é a utilização daquele signo na identificação de produtos industrializados ou comercializados, ou de serviços prestados. Por esta razão, inclusive, a marca é protegida, em princípio, apenas no segmento de atividade econômica explorada pelo titular da marca, em relação aos produtos ou serviços com os quais o identificado por ela pode eventualmente ser confundido pelos consumidores.

b) *Não colidência com marca notória* — as marcas notoriamente conhecidas, mesmo que não registradas no INPI, merecem a tutela do direito industrial, em razão da Convenção de Paris, da qual participa o Brasil (LPI, art. 126).

c) *Não impedimento* — a lei impede o registro, como marca, de determinados signos. Por exemplo, as armas oficiais do Estado, ou o nome civil, salvo autorização pelo seu titular etc. (LPI, art. 124). Para ser registrado como marca, não pode o signo correspondente enquadrar-se nos impedimentos legais.

A proteção da marca se restringe aos produtos e serviços com os quais o marcado pode ser confundido pelo consumidor. Se não houver a possibilidade de confusão — isto é, de o consumidor considerar que o fornecedor de certo produto ou serviço é o mesmo de outro com marca igual ou semelhante —, não decorrerá do registro nenhum direito de exclusividade. O INPI classifica as diversas atividades econômicas de indústria, comércio e serviços, agrupando-as se-

gundo o critério da afinidade, em classes, que auxiliam a pesquisa de possíveis fontes de confusão. O titular do registro de uma marca terá direito à sua exploração exclusiva nos limites fixados por este critério. Não poderá, por conseguinte, opor-se à utilização de marca idêntica ou semelhante por outro empresário se estiver afastada qualquer possibilidade de confusão. Exceção feita, apenas, ao titular de marca de alto renome, cuja proteção se estende a todos os ramos de atividade econômica (LPI, art. 125). O registro de determinada marca na categoria das de alto renome é ato discricionário do INPI, insuscetível de revisão pelo Poder Judiciário, senão quanto aos seus aspectos formais, em vista da tripartição constitucional dos poderes do Estado. Uma vez registrada a marca nesta categoria, o seu titular poderá impedir o uso de marca semelhante ou idêntica em qualquer ramo da atividade econômica.

O registro de marca tem a duração de 10 anos, a partir da sua concessão (LPI, art. 133). Este, ao contrário do prazo da patente, é prorrogável por períodos iguais e sucessivos, devendo o interessado pleitear a prorrogação sempre no último ano de vigência do registro.

A taxa devida ao INPI para eficácia do registro de marca denomina-se retribuição e é devida na concessão e a cada prorrogação do registro (LPI, arts. 133, § 1º, e 155, III).

O registro de marca caduca, salvo força maior, se a sua exploração econômica não tiver início no Brasil em 5 anos, a partir da sua concessão, na hipótese de interrupção desta exploração, por período de 5 anos consecutivos, ou na de alteração substancial da marca.

Com o desenvolvimento do comércio eletrônico, surgiram conflitos envolvendo o uso indevido de marcas alheias no registro de nome de domínio. Lembre-se que os endere-

ços eletrônicos da internete são registrados pelo NIC.br (Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR). Esta associação civil de direito privado, porém, não tem competência para conceder ou negar propriedade sobre expressões de identificação de produtos ou serviços; tal função é, como visto, do INPI. Em consequência, e também com o objetivo de agilizar os serviços atributivos de endereços eletrônicos, observa-se a ordem de chegada no registro dos nomes de domínio. Se um nome está disponível, o primeiro que o solicitar poderá identificar sua página na internete com ele. Em virtude dessa sistemática, algumas pessoas usurparam marcas de renome na formação de seu endereço eletrônico.

No conflito entre a anterioridade na solicitação do nome de domínio e o registro da marca no INPI, prevalece este último. Assim, o legítimo titular de marca registrada tem o direito de reivindicar o endereço eletrônico concedido pelo NIC.br a outra pessoa, sempre que o domínio reproduzir sua marca. A ordem de chegada só prevalecerá se os dois interessados possuírem (cada um, numa classe diferente) o registro da marca adotada no nome de domínio.

4. UNIÃO DE PARIS

O Brasil é país *unionista*, isto é, signatário de uma convenção internacional referente à propriedade industrial — a Convenção de Paris. Em função disto, vigoram no direito brasileiro os princípios e normas consagrados pela referida Convenção, também conhecida por "União de Paris".

Assim, não é admissível, no direito brasileiro, a criação de distinções entre nacionais e estrangeiros, em matéria de direito industrial. Seria inválida, salvo denúncia da Convenção, uma lei interna que, por hipótese, concedesse prazo de duração maior para as patentes de que fosse titular

o inventor nacional, como medida de protecionismo ao desenvolvimento de nossa tecnologia. É o chamado princípio da assimilação.

Outrossim, o direito brasileiro reconhece o princípio da prioridade, pelo qual é possível a qualquer cidadão de país signatário da União reivindicar prioridade de patente ou registro industrial, no Brasil, à vista de igual concessão obtida, anteriormente, em seu país de origem, desde que o faça em 6 meses, para o modelo ou desenho industriais, marca ou sinal de propaganda, ou em 12 meses, para a invenção ou modelo de utilidade, contados da apresentação de seu primeiro pedido. Equivale, na prática, à eliminação das fronteiras nacionais, para fins de proteção da propriedade industrial. Claro está que idêntico direito tem o brasileiro em relação aos demais países da União.

CAPÍTULO 8

O EMPRESÁRIO E OS DIREITOS DO CONSUMIDOR

1. INTRODUÇÃO

Antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), as relações e contratos dos consumidores com os empresários estavam disciplinadas pelo direito civil ou comercial, observados os limites da teoria dos atos de comércio. Quando eram consumidos produtos que, por esta teoria, tinham a natureza de mercantis, aplicavam-se as normas do Código Comercial de 1850. Caso contrário, sujeitava-se o negócio ao Código Civil de 1916. Com o advento do CDC, as relações e contratos de consumo passaram a contar com regime jurídico próprio, cujas normas visam a proteção dos consumidores.

Aplica-se, assim, o CDC sempre que os sujeitos de direito se encontram numa *relação de consumo*, que é legalmente caracterizada. A relação de consumo envolve sempre, em um dos polos, alguém enquadrável no conceito legal de fornecedor (CDC, art. 3º) e, no outro, no de consumidor (CDC, art. 2º).

Fornecedor é a pessoa que desenvolve *atividade* de oferecimento de bens ou serviços ao mercado, e consumidor aquela que os adquire ou utiliza como *destinatária final*.

Sempre que a relação jurídica ligar exercente de atividade de oferecimento de bens ou serviços ao mercado e o destinatário final destes, ela é uma relação de consumo e sua disciplina será a do regime de tutela do consumidor.

Os contratos de compra e venda, nesse sentido, podem ser de duas naturezas distintas, segundo o direito privado brasileiro da atualidade. Será compra e venda *ao consumidor* se configurada a relação de consumo, isto é, se o vendedor puder caracterizar-se como fornecedor e o comprador como consumidor (no caso, por exemplo, da aquisição de automóvel na concessionária); mas será *mercantil*, se o comprador não for o destinatário final da coisa (compra de automóveis pela concessionária junto à fábrica), ou civil se o vendedor não exercer atividade de fornecimento do bem em questão (venda do automóvel usado a um amigo, por exemplo). No primeiro caso, aplica-se o CDC; nos dois últimos, o CC.

A definição da natureza da relação ou do contrato e, por via de consequência, do regime jurídico aplicável repercute em diversos aspectos, notadamente quanto aos direitos do comprador, aos prazos para o seu exercício, obrigações do vendedor, garantias, cláusulas do contrato etc.

O conceito de empresário, núcleo do moderno direito comercial (*Cap. 1*, item 4), está compreendido no de fornecedor. Todo empresário é fornecedor. Desse modo, os deveres e responsabilidades previstos pelo CDC para os fornecedores são também pertinentes aos empresários nas suas relações com os consumidores.

2. QUALIDADE DO PRODUTO OU SERVIÇO

Ao disciplinar a qualidade dos produtos ou serviços, o CDC introduziu três conceitos: fornecimento perigoso, defeituoso e viciado.

O fornecimento é perigoso se da utilização dos produtos ou serviços decorre dano, motivado pela insuficiência ou inadequação das informações prestadas pelo fornecedor sobre os riscos a que se expõe o consumidor. Todo produto ou serviço pode expô-lo a variados graus de risco à vida, saúde ou integridade física. Se inexiste defeito no produto ou serviço, então o dano é consequência de sua má utilização pelo consumidor. Ora, a má utilização pode ter sido motivada pela insuficiência ou inadequação das informações prestadas pelo fornecedor, situação em que o fornecimento perigoso se caracteriza.

Certo desinfetante pode ser tóxico para pessoas alérgicas. A rigor, o produto não apresenta nenhum problema (defeito ou vício), mas apenas produz efeitos nocivos em determinados consumidores. O fornecedor tem o dever de informar a possibilidade de tais efeitos na embalagem ou no rótulo da mercadoria. Ele somente está dispensado de alertar os consumidores acerca dos riscos amplamente conhecidos pelas pessoas em geral (o legislador, no art. 8º do CDC, fala em "riscos considerados normais e previsíveis"). O fabricante de facas, por exemplo, não precisa informar sobre o potencial letal do produto, suficientemente difundido entre os consumidores (as crianças aprendem, desde cedo, as cautelas necessárias ao seu manuseio).

Todas as questões relacionadas com o fornecimento perigoso resolvem-se na análise da suficiência e adequação das informações prestadas pelo fornecedor, acerca dos riscos do produto ou serviço. Proíbe a lei (CDC, art. 10) o fornecimento com alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança do usuário. O produto ou serviço possuirá essa natureza apenas se for impossível prestar adequadamente aos consumidores as informações que os capacitem à sua utilização sem riscos. Não é qualquer carac-

terística intrínseca à mercadoria ou ao serviço que irá torná-los mais ou menos seguros, mas sim a suficiência e adequabilidade das informações prestadas pelo fornecedor.

Pelos danos decorrentes de fornecimento perigoso respondem, objetivamente, o fabricante, o produtor, o construtor, o importador (CDC, art. 12, *in fine*) e o prestador de serviços (CDC, art. 14).

Fornecimento defeituoso é aquele em que o produto ou serviço apresenta alguma impropriedade danosa ao consumidor. Porém, aqui, o dano não se origina da má utilização do produto ou serviço, ocasionada pela insuficiência ou inadequação das informações sobre os seus riscos, mas em razão de problema intrínseco ao fornecimento. Por erro no envasamento do refrigerante, por exemplo, ocorreu maior concentração de gás, e desta resultaram a quebra da garrafa e ferimentos no consumidor.

A responsabilidade do fabricante, produtor, construtor e importador dos produtos ou do prestador de serviços pela indenização dos danos decorrentes de fornecimento defeituoso é *objetiva* (CDC, arts. 12 e 14). Ou seja, independe de culpa. Na verdade, o empresário pode, atualmente, antecipar em certa medida alguns dos possíveis acidentes de consumo. Por meio de cálculos atuariais, é dimensionável a probabilidade de alguns refrigerantes, durante o ano, serem envasados com concentração superior de gás. Esses defeitos não decorrem de culpa do empresário, mas de limitação da capacidade de agir e do conhecimento humanos. Isto é, por mais cauteloso e diligente que seja o fornecedor, por mais que invista em controle de qualidade e em aperfeiçoamento tecnológico de sua empresa, alguma inevitável margem de defeituosidade no fornecimento acaba ocorrendo. Na teoria tradicional da responsabilidade civil, o agente só deve indenizar a vítima se agiu com culpa. Assim, no passado, a ex-

plosão da garrafa aqui exemplificada seria tida por caso fortuito ou força maior, hipótese em que a própria vítima arcava com os custos do infortúnio.

A legislação consumerista opera uma inversão na hipótese. Se o fornecedor pode antecipar a probabilidade de defeitos e seus desdobramentos danosos, ele poderá então considerar a indenização correspondente como item de custo, para, em seguida, repassá-lo ao preço do fornecimento, socializando entre todos os consumidores as repercussões econômicas do evento danoso. Exatamente por possuir as condições para proceder à socialização dos custos relacionados com os acidentes de consumo, ao empresário pode-se atribuir responsabilidade *objetiva*.

São excludentes da responsabilidade objetiva desses fornecedores, nos termos do art. 12, § 2º, do CDC: *a*) a prova de que não houve fornecimento (detectado o defeito, o produto foi separado para inutilização, mas terceiros o furtaram e o comercializaram, por exemplo); *b*) inexistência do defeito (situação em que os danos somente podem ser atribuídos a outros fatores, como a força maior ou o caso fortuito *posteriores* ao fornecimento); *c*) culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (anotando-se que a culpa concorrente não exonera o fornecedor).

O empresário comerciante responde pelo acidente de consumo apenas se conservou inadequadamente produto perecível ou se o fabricante, o produtor, o construtor ou o importador não puderem ser facilmente identificáveis (CDC, art. 13). Por sua vez, o profissional liberal responde de modo subjetivo (CDC, art. 14, § 4º).

O prazo prescricional para a responsabilização do fornecedor é de 5 anos (CDC, art. 27).

O fornecimento viciado, por fim, é aquele em que o produto ou serviço apresenta impropriedade inócua, isto é, da qual não decorre dano considerável ao consumidor. A mesma impropriedade pode ser *defeito* ou *vício*, dependendo da circunstância de causar, ou não, prejuízo. Se o automóvel apresenta problema em seu sistema de freios, mas isto é detectado pelo consumidor antes de qualquer acidente, verifica-se fornecimento viciado; se, contudo, o problema não é detectado a tempo, e, em razão dele, ocorre acidente de trânsito, verifica-se fornecimento defeituoso.

Diante de vício no fornecimento, o consumidor pode optar, *grosso modo*, por uma de três alternativas: *a*) desfazimento do negócio, com a devolução dos valores já pagos, devidamente corrigidos (ação redibitória); *b*) redução proporcional do preço (ação estimatória); *c*) eliminação do vício, se necessário com a substituição do produto ou a reexecução do serviço (ação executória específica). Na compra e venda civil e na comercial, o comprador de coisa viciada dispõe apenas da alternativa entre a ação redibitória e a estimatória.

A legislação consumerista trata de três espécies de fornecimentos viciados: vício de qualidade ou de quantidade dos produtos e de qualidade dos serviços. Caracteriza-se vício de qualidade do produto se este é impróprio ao consumo, tem impropriedade que lhe reduz o valor ou se há disparidade entre a sua realidade e as informações do fornecedor (CDC, art. 18). O produto é impróprio ao consumo se está vencido o seu prazo de validade, se há adulteração, alteração, avaria, falsificação, inobservância de normas técnicas ou se, por qualquer razão, não atende às finalidades a que se destina (CDC, art. 18, § 6º).

No fornecimento viciado de produtos, sendo o vício de qualidade, tem o fornecedor direito de tentar o saneamento da impropriedade (CDC, art. 18). Esse direito não

existe se o produto for essencial ao consumidor ou se a eliminação do vício não for possível sem o comprometimento da sua eficácia, características ou valor (CDC, art. 18, § 4º).

O vício de quantidade dos produtos ocorre se o seu conteúdo líquido é inferior às indicações constantes da rotulagem, embalagem ou publicidade, salvo as variações próprias de sua natureza. Diante de vício deste tipo, pode o consumidor pleitear, de imediato, o seu saneamento, mediante a complementação do peso ou medida (CDC, art. 19, II), além da ação redibitória e estimatória.

Há viciamento de qualidade no serviço se este é inadequado para o fim que razoavelmente dele se espera, ou ocorrer inobservância de normas regulamentares de prestabilidade (CDC, art. 20, § 2º).

O direito de reclamar por vícios no fornecimento decai no prazo de 30 dias (produtos e serviços não duráveis) ou de 90 dias (produtos e serviços duráveis). Alimentos e bebidas são produtos não duráveis; já a lavagem de automóvel é exemplo de serviço não durável; o eletrodoméstico é produto durável, enquanto a pintura de casa é serviço durável. O termo inicial para a fluência desse prazo é a entrega do produto ou o término da execução do serviço, quando o vício é aparente ou de fácil constatação (CDC, art. 26, § 1º), e é a sua manifestação, na hipótese de vício oculto (CDC, art. 26, § 3º).

3. PROTEÇÃO CONTRATUAL

A legislação civil sobre contratos pressupõe a existência de partes livres e iguais que transigem sobre os seus respectivos interesses, com pleno domínio da vontade. As pessoas, neste contexto, contratam *se* quiserem, *com quem* qui-

serem e *como* quiserem. A ideia de ser o contrato *lei entre as partes* corresponde a este cenário pressuposto das normas civis e empresariais.

A realidade das relações de consumo, no entanto, é bem diferente. O consumidor não contrata se quiser, com quem quiser e como quiser, mas se vê muitas vezes obrigado a contratar bens e serviços essenciais, de um ou poucos fornecedores e sem a menor possibilidade de discutir os termos da negociação. Pense-se, por exemplo, no contrato de fornecimento de energia elétrica, na aquisição de alimentos e utensílios básicos etc. O consumidor encontra-se, perante o fornecedor, numa clara situação de vulnerabilidade. Em geral, ele tem relativamente ao produto ou serviço que consome *muito menos informações* do que o fornecedor.

O Código de Defesa do Consumidor confere ao consumidor os meios jurídicos para atenuar as distorções derivadas da vulnerabilidade em que se encontra perante o fornecedor. Cinco princípios podem ser destacados nessa matéria:

a) *Irrenunciabilidade de direitos* — são nulas as cláusulas contratuais que importem, tácita ou expressamente, renúncia, pelo consumidor, dos direitos que lhe são assegurados. Em termos gerais, este princípio se encontra inscrito no art. 51, I, do CDC. Outras disposições, contudo, são exteriorizações desta concepção básica, segundo a qual a proteção jurídica do consumidor é de ordem pública, com caráter cogente. São exemplos de aplicação específica do princípio: nulidade da desconsideração do direito de optar pelo reembolso da quantia paga, quando autorizado por lei (CDC, art. 51, II), vedação da transferência de responsabilidade (CDC, art. 51, III), impossibilidade de inversão do ônus de prova em detrimento do consumidor (CDC, art. 51, VI), imposição de arbitragem necessária (CDC, art. 51, VII) e invalidade de cláusulas em desacordo com o sistema legal

de proteção ao consumidor (CDC, art. 51, XV). Em virtude desse princípio, não tem validade qualquer disposição contratual, mesmo que indubitavelmente assinada pelo consumidor, que importe limitação ou frustração do exercício de direito legalmente reconhecido. No contrato de consumo, não é admitida a renúncia a direito nem mesmo por meio de cláusula *adicionada* a contrato de adesão, como permite a lei relativamente aos contratos cíveis: o art. 424 do CC considera nula a renúncia do aderente apenas se for *antecipada*, ou seja, constar já do formulário ou de outro instrumento do contrato de adesão preparado pelo estipulante.

b) *Equilíbrio contratual* — a equidade nas relações de consumo é um dos valores fundamentais presentes no sistema de proteção contratual. Nenhuma oneração excessiva será imposta aos consumidores, que não podem ficar em situação desvantajosa perante o empresário. Com este espírito o legislador fulminou com a nulidade o estabelecimento de faculdades ao empresário que não sejam correspondentes às reconhecidas aos consumidores (CDC, art. 51, XI e XII). Também não se encontram respaldadas juridicamente as disposições contratuais autorizando o empresário, unilateralmente, a alterar as condições do negócio (CDC, art. 51, X e XIII). Igualmente são inválidas as cláusulas com exigências injustificáveis da parte do empresário (CDC, art. 51, VII e VIII).

c) *Transparência* — as relações de consumo devem pautar-se na mais absoluta transparência, ou seja, o consumidor deve ter prévio e completo conhecimento da exata extensão das obrigações assumidas por ele e pelo empresário, em decorrência do contrato. Neste sentido, o consumidor não estará vinculado se não lhe for dada ciência prévia do conteúdo do instrumento ou se este for redigido de modo a dificultar a compreensão do seu alcance (CDC, art. 46).

Por outro lado, as informações precisas constantes de mensagem publicitária, transmitida por qualquer meio de comunicação, integram o contrato (CDC, art. 30). Por fim, o legislador determina que os contratos de adesão escritos devem ser redigidos de forma clara e compreensível e elaborados com destaque para as cláusulas limitativas de direitos do consumidor (CDC, art. 54, §§ 3º e 4º). Como se nota, a transparência nas relações de consumo significa a possibilidade de o consumidor ter acesso às informações relativas às condições do negócio que está realizando ou pretende realizar. Nenhum expediente poderá ser validamente utilizado pelo empresário para impedir que o consumidor celebre contrato ignorando parcialmente as obrigações ou os direitos assumidos.

d) *Interpretação favorável ao consumidor* — como o instrumento contratual é elaborado unilateralmente pelo fornecedor, a lei (CDC, art. 47) estabelece que a sua interpretação deve favorecer o consumidor, de modo que eventual tentativa de redação ambígua ou obscura do contrato resulte ineficaz. Segundo este princípio, se a disposição do contrato comportar mais de uma interpretação, a que trouxer maiores vantagens ao consumidor deve ter preferência sobre as demais.

e) *Execução específica dos contratos de consumo* — os contratos de consumo comportam execução específica, ou seja, pode o juiz adotar toda e qualquer medida que viabilize o atingimento do efeito concreto pretendido pelas partes. Em regra, as obrigações de fazer decorrentes de contrato de consumo se resolvem em perdas e danos, somente por opção do autor da demanda ou por impossibilidade material da tutela específica ou de resultado prático correspondente (CDC, art. 84). A mesma proteção é deferida a toda manifestação escrita de vontade, recibos e pré-contratos (CDC,

art. 48). Tanto o empresário como o consumidor encontram-se sujeitos a esta regra, de sorte que o primeiro pode, por exemplo, obter ordem judicial que o autorize a realizar, por conta do consumidor, as revisões no bem vendido, se este último assumiu a obrigação de as fazer.

Convém notar, afinal, que aos dois últimos princípios de tutela dos consumidores correspondem, desde a entrada em vigor do Código Civil em 2003, regras gerais do direito contratual. Também os contratos cíveis, não sujeitos ao CDC, devem ser interpretados em favor do aderente (quando são de adesão) e comportam, em regra, execução específica (CC, arts. 423 e 475).

4. PUBLICIDADE

Há três formas de publicidade ilícita previstas pelo Código de Defesa do Consumidor: a simulada, a enganosa e a abusiva.

Publicidade simulada é a que procura ocultar o seu caráter de propaganda. Estabelece o art. 36 que a veiculação da publicidade deve ser feita de modo que o consumidor possa percebê-la, fácil e imediatamente, adotando as cautelas próprias diante da natureza necessariamente parcial da mensagem transmitida. São exemplos de publicidade simulada a inserção, em jornais e periódicos, de propaganda com a aparência externa de reportagem, ou a subliminar, captável pelo inconsciente, mas imperceptível ao consciente.

O parágrafo único do art. 67 do projeto de CDC aprovado pelo Legislativo previa como crime a realização de publicidade simulada, mas houve veto presidencial, e, assim, inexiste qualquer tipo de sanção para essa hipótese de publicidade ilícita.

Publicidade enganosa é aquela capaz de induzir o consumidor em erro. Na lei (CDC, art. 37, § 1º), menciona-se a transmissão de informação parcial ou totalmente falsa, mas o conceito não é ajustado. A publicidade pode ser falsa e não ser necessariamente enganosa. Isso porque o instrumento principal da veiculação publicitária é a mobilização do imaginário do consumidor, com o objetivo de tornar o produto ou serviço desejado. Ora, o fantasioso (necessariamente falso) nem sempre induz ou é capaz de induzir o consumidor em erro. A promoção, por exemplo, de *drops*, por meio da apresentação de filme com pessoas levitando ao consumi-lo, implica a veiculação de informações falsas (a guloseima não tem o efeito apresentado), mas evidentemente insuscetível de enganar o consumidor. Não é necessário que exista dolo do fornecedor, para se caracterizar a enganosidade. Esta é aferida de modo objetivo, isto é, a partir do potencial de enganosidade apresentado pelo anúncio.

Já a publicidade abusiva (CDC, art. 37, § 2º) é aquela que agride os valores sociais. O fabricante de armas não pode promover o seu produto reforçando a ideologia da violência como meio de resolução de conflitos, ainda que esta solução resultasse eficiente, em termos mercadológicos, junto a determinados segmentos da sociedade, inclusive os consumidores de armamentos. Também é abusiva a publicidade racista, sexista, discriminatória e a lesiva ao meio ambiente. Na avaliação da abusividade, no entanto, é necessário não confundir agressão a valores sociais com desconfortos derivados de problemas pessoais. O palavrão, a nudez, o erotismo não são necessariamente abusivos, dependendo do contexto de sua apresentação pelo anúncio.

Como se relaciona intimamente com os valores socialmente aceitos, a publicidade considerada abusiva em deter-

minado momento histórico pode deixar de sê-lo em outro e vice-versa.

A realização de publicidade enganosa ou abusiva gera responsabilidade civil, penal e administrativa. Assim, o fornecedor que as promover deve indenizar, material e moralmente, o consumidor. Além disso, responderá pela prática de crime (CDC, art. 67) e deverá veicular contrapropaganda, que desfaça os efeitos do engano ou do abuso (CDC, arts. 56, XII, e 60).

Em virtude do princípio da transparência, as informações precisas que o empresário veicula por meio da publicidade integram o contrato que vier a ser celebrado com o consumidor (CDC, art. 30). Têm estas informações caráter vinculativo e obrigam, também, aqueles que, embora não patrocinem a publicidade, dela se utilizam. É o caso do comerciante que reforça a propaganda do fabricante da mercadoria. Anote-se, contudo, que apenas as informações suficientemente precisas têm este caráter vinculativo. As genéricas podem eventualmente dar ensejo à caracterização de algum tipo de publicidade ilícita, mas não constituem condição de negócio.

Se o empresário negar cumprimento ao veiculado pela publicidade, pode o consumidor exigir a observância estrita das condições anunciadas ou optar por produto ou serviço semelhante ou pela resolução do contrato com indenização (CDC, art. 35). As mesmas consequências são previstas em relação à oferta ou apresentação do produto ou serviço.

5. OUTRAS MEDIDAS PROTETIVAS

Além das muitas já examinadas, o Código de Defesa do Consumidor trouxe outras importantes inovações, inclusive em matéria penal, processual e societária.

Para assegurar a proteção ao consumidor, a lei tipifica como crime a inobservância de quase todos os deveres impostos aos empresários. Assim, desde a omissão de informações sobre a periculosidade do produto até a promoção de publicidade enganosa ou abusiva, define o CDC uma série de infrações penais, responsabilizando qualquer pessoa que concorrer para a prática criminosa, bem como o representante legal da sociedade empresária (administrador, gerente ou diretor) que promover, permitir ou aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços em condições vedadas pela lei (CDC, arts. 61 a 80).

Por outro lado, o CDC introduziu no direito nacional um dispositivo que autoriza, expressamente, a desconsideração da personalidade jurídica (art. 28). Para impedir que a autonomia patrimonial da sociedade empresária possa ser utilizada como instrumento de fraude ou abuso de direito em prejuízo da satisfação de um interesse do consumidor, prevê-se a desconsideração daquela autonomia para a efetivação da responsabilidade sobre bens do patrimônio de quem perpetrou o mau uso da pessoa jurídica. O dispositivo não adotou, totalmente, os fundamentos da teoria da desconsideração (*Cap. 9*, item 5), elegendo como causas para o superamento da forma societária alguns fatos que mais caracterizam a responsabilidade pessoal de administrador por ato próprio do que abuso da autonomia patrimonial. O art. 28, § 5º, por sua vez, só pode ser aplicado em relação às sanções não pecuniárias (p. ex., as do art. 56, V, VI e VII), posto que um entendimento diverso tornaria letra morta o *caput* do dispositivo.

Junto com a previsão expressa da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades, também deve ser mencionada a disciplina das ações coletivas (CDC, arts. 91

a 100, 103 e 104) e dos bancos de dados e cadastros (CDC, arts. 43 e 44) como relevantes novidades no cenário jurídico nacional. Apesar da incidência específica de tais dispositivos em matéria de defesa dos consumidores, é inegável o seu potencial, em termos de aplicação analógica, para a tutela de outros interesses, individuais ou coletivos.

SEGUNDA PARTE

DIREITO SOCIETÁRIO

CAPÍTULO 9

TEORIA GERAL DO DIREITO SOCIETÁRIO

1. CONCEITO DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA

Na construção do conceito de sociedade empresária, dois institutos jurídicos servem de alicerces. De um lado, a pessoa jurídica, de outro, a atividade empresarial. Uma primeira aproximação ao conteúdo deste conceito se faz pela ideia de pessoa jurídica empresária, ou seja, que exerce atividade econômica sob a forma de empresa. É uma ideia correta, mas incompleta ainda. Somente algumas espécies de pessoa jurídica que exploram atividade definida pelo direito como de natureza empresarial é que podem ser conceituadas como sociedades empresárias. Além disso, há pessoas jurídicas que são sempre empresárias, qualquer que seja o seu objeto. Um ponto de partida, assim, para a conceituação de sociedade empresária é o da sua localização no quadro geral das pessoas jurídicas.

No direito brasileiro, as pessoas jurídicas são divididas em dois grandes grupos. De um lado, as pessoas jurídicas de direito público, tais a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, os Territórios e as autarquias; de outro, as de direito privado, compreendendo todas as demais. O que diferencia um de outro grupo é o regime jurídico a que se encontram submetidos. As pessoas jurídicas de direito público gozam de uma posição jurídica diferenciada

em razão da supremacia dos interesses que o direito encarregou-as de tutelar; já as de direito privado estão sujeitas a um regime jurídico caracterizado pela isonomia, inexistindo valoração diferenciada dos interesses defendidos por elas. Uma pessoa jurídica de direito público se relaciona com uma pessoa jurídica de direito privado em posição privilegiada, ao passo que as de direito privado se relacionam entre si em pé de igualdade. É irrelevante, para se determinar o enquadramento de uma pessoa jurídica num ou noutro destes grupos, a origem dos recursos destinados à sua constituição. Isto porque o direito contempla pessoas jurídicas constituídas, exclusivamente, por recursos públicos, mas que se encontram, por determinação constitucional, sujeitas ao regime de direito privado, que são as empresas públicas.

Por esta ideia, inclusive, introduz-se a subdivisão existente no grupo das pessoas jurídicas de direito privado. De um lado, as chamadas estatais, cujo capital social é formado, majoritária ou totalmente, por recursos provenientes do poder público, que compreende a sociedade de economia mista, da qual particulares também participam, embora minoritariamente, e a já lembrada empresa pública. De outro lado, as pessoas jurídicas de direito privado não estatais, que compreendem a fundação, a associação e as sociedades. As sociedades, por sua vez, se distinguem da associação e da fundação em virtude de seu escopo negocial, e se subdividem em sociedades simples e empresárias.

A distinção entre sociedade simples e empresária não reside, como se poderia pensar, no intuito lucrativo. Embora seja da essência de qualquer sociedade empresária a persecução de lucros — inexiste pessoa jurídica dessa categoria com fins filantrópicos ou pios —, este é um critério insuficiente para destacá-la da sociedade simples. Isto porque também há sociedades não empresárias com escopo lucrati-

vo, tais as sociedades de advogados, as rurais sem registro na Junta etc.

O que irá, de verdade, caracterizar a pessoa jurídica de direito privado não estatal como sociedade simples ou empresária será o modo de explorar seu objeto. O objeto social explorado sem empresarialidade (isto é, sem profissionalmente organizar os fatores de produção) confere à sociedade o caráter de simples, enquanto a exploração empresarial do objeto social caracterizará a sociedade como empresária. Acerca do conceito de *empresa*, é necessário ter-se presente o já realizado estudo do tema (*Cap. 1*).

Por critério de identificação da sociedade empresária elegeu, pois, o direito o modo de exploração do objeto social. Esse critério material, que dá relevo à maneira de se desenvolver a atividade efetivamente exercida pela sociedade, na definição de sua natureza empresarial, é apenas excepcionado em relação às sociedades por ações. Estas serão sempre empresárias, ainda que o seu objeto não seja empresarialmente explorado (CC, art. 982, parágrafo único; LSA, art. 2º, § 1º). De outro lado, as cooperativas nunca serão empresárias, mas necessariamente sociedades simples, independentemente de qualquer outra característica que as cerque (CC, art. 982, parágrafo único). Salvo nestas hipóteses — sociedade anônima, em comandita por ações ou cooperativas —, o enquadramento de uma sociedade no regime jurídico empresarial dependerá, exclusivamente, da forma com que explora seu objeto. Uma sociedade limitada, em decorrência, poderá ser empresária ou simples: se for exercente de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, será empresária; caso contrário ou se dedicando a atividade econômica civil (sociedade de profissionais intelectuais ou dedicada à atividade rural sem registro na Junta Comercial), será simples.

Assentadas estas premissas, a sociedade empresária pode ser conceituada como a pessoa jurídica de direito privado não estatal, que explora empresarialmente seu objeto social ou adota a forma de sociedade por ações.

2. PERSONALIZAÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA

A pessoa jurídica não se confunde com as pessoas que a compõem. Este princípio, de suma importância para o regime dos entes morais, também se aplica à sociedade empresária. Tem ela personalidade jurídica distinta da de seus sócios; são pessoas inconfundíveis, independentes entre si.

Pessoa jurídica é um expediente do direito destinado a simplificar a disciplina de determinadas relações entre os homens em sociedade. Ela não tem existência fora do direito, ou seja, fora dos conceitos tecnológicos partilhados pelos integrantes da comunidade jurídica. Tal expediente tem o sentido, bastante preciso, de autorizar determinados sujeitos de direito à prática de atos jurídicos em geral.

Explique-se: sujeito de direito e pessoa não são conceitos sinônimos. Antes, sujeito de direito é gênero do qual pessoa é espécie. Todos os centros subjetivos de referência de direito ou dever, vale dizer, tudo aquilo que a ordem jurídica reputa apto a ser titular de direito ou devedor de prestação, é chamado de sujeito de direito. Ora, isto inclui determinadas entidades que não são consideradas pessoas, tais a massa falida, o condomínio horizontal, o nascituro, o espólio etc. Estas entidades, despersonalizadas, compõem juntamente com as pessoas o universo dos sujeitos de direito.

O que distingue o sujeito de direito despersonalizado do personalizado é o regime jurídico a que ele está submetido, em termos de autorização genérica para a prática dos

atos jurídicos. Enquanto as pessoas estão autorizadas a praticar todos os atos jurídicos a que não estejam expressamente proibidas, os sujeitos de direito despersonalizados só poderão praticar os atos a que estejam, explicitamente, autorizados pelo direito.

Assim, a uma indagação do tipo "tal sujeito pode praticar tal ato jurídico?" deve-se responder partindo da definição da natureza personalizada ou despersonalizada do sujeito. No primeiro caso, a resposta será afirmativa se inexistir proibição; no segundo caso, será afirmativa se existir uma permissão explícita. Por exemplo: qualquer pessoa capaz pode exercer empresa, desde que não esteja proibida; já o nascituro, o condomínio horizontal, a massa falida, os sujeitos de direito despersonalizados em geral não poderão exercer atividade empresarial (mesmo inexistente proibição que os alcance) por faltar, no ordenamento jurídico em vigor, norma permissiva expressa.

Estas definições acerca do regime jurídico dos sujeitos de direito personalizados e despersonalizados convivem com três exceções: os atos jurídicos típicos da pessoa física, como o casamento ou a adoção, não podem ser praticados pela pessoa jurídica, mesmo se, eventualmente, o ordenamento jurídico deixar de prever vedação expressa neste sentido; os atos jurídicos da essência dos sujeitos de direito despersonalizados podem ser por estes praticados, mesmo se, eventualmente, o ordenamento deixar de autorizá-los expressamente, como no caso da celebração de contrato de trabalho pelo condomínio horizontal; finalmente, o Estado, embora seja pessoa jurídica, depende de autorização expressa do direito para praticar, validamente, negócio jurídico, em virtude do sentido específico que assume o princípio da legalidade no direito público.

De qualquer forma, a sociedade empresária, como uma pessoa jurídica, é sujeito de direito personalizado, e poderá, por isso, praticar todo e qualquer ato ou negócio jurídico em relação ao qual inexista proibição expressa.

A personalização das sociedades empresariais gera três consequências bastante precisas, a saber:

a) *Titularidade negocial* — quando a sociedade empresária realiza negócios jurídicos (compra matéria-prima, celebra contrato de trabalho, aceita uma duplicata etc.), embora ela o faça necessariamente pelas mãos de seu representante legal (Pontes de Miranda diria "presentante legal", por não ser a sociedade incapaz), é ela, pessoa jurídica, como sujeito de direito autônomo, personalizado, que assume um dos polos da relação negocial. O eventual sócio que a representou não é parte do negócio jurídico, mas sim a sociedade.

b) *Titularidade processual* — a pessoa jurídica pode demandar e ser demandada em juízo; tem capacidade para ser parte processual. A ação referente a negócio da sociedade deve ser endereçada contra a pessoa jurídica e não os seus sócios ou seu representante legal. Quem outorga mandato judicial, recebe citação, recorre, é ela como sujeito de direito autônomo.

c) *Responsabilidade patrimonial* — em consequência, ainda, de sua personalização, a sociedade terá patrimônio próprio, seu, inconfundível e incomunicável com o patrimônio individual de cada um de seus sócios. Sujeito de direito personalizado autônomo, a pessoa jurídica responderá com o seu patrimônio pelas obrigações que assumir. Os sócios, em regra, não responderão pelas obrigações da sociedade. Somente em hipóteses excepcionais, que serão examinadas a seu tempo, poderá ser responsabilizado o sócio pelas obrigações da sociedade.

Como se pode perceber, estas consequências da personalização da sociedade empresária constituem verdadeiros princípios do direito societário, cuja presença se fará notar por toda a exposição desta parte do direito comercial.

O fim da personalização da sociedade empresária resulta de todo um processo de extinção, também conhecido por dissolução em sentido largo (ou dissolução-procedimento), o qual compreende as seguintes fases: *a*) dissolução, em sentido estrito (ou dissolução-ato), que é o ato de desfazimento da constituição da sociedade; *b*) liquidação, que visa à realização do ativo e pagamento do passivo da sociedade; *c*) partilha, pela qual os sócios participam do acervo da sociedade. Há quem pretenda a existência de uma quarta fase de extinção, consistente no decurso do prazo de prescrição de todas as obrigações sociais (Fran Martins). Por outro lado, há diversos modos de se extinguir a personalidade jurídica da sociedade, além da dissolução; por exemplo: a incorporação, a fusão, a cisão total e a falência. De qualquer forma, relegando o tratamento mais demorado deste tema para o momento oportuno, registre-se, aqui, que a personalidade jurídica da sociedade empresária não se extingue em virtude de um ato ou fato singular, mas somente após a conclusão de todo um processo, judicial ou extrajudicial.

3. CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

Classificam-se as sociedades empresárias segundo diversos critérios. Cuidarei de três deles, de maior importância. Primeiramente, a classificação das sociedades de acordo com a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais; em seguida, a classificação quanto ao regime de constituição e dissolução; por fim, a classificação quanto às condições para alienação da participação societária.

Antes de examinar cada um destes critérios, no entanto, faz-se necessário apresentar a enumeração dos tipos societários existentes no direito empresarial. São eles: a sociedade em nome coletivo (N/C), a sociedade em comandita simples (C/S), a sociedade em comandita por ações (C/A), a sociedade em conta de participação (C/P), a sociedade limitada (Ltda.), e a sociedade anônima ou companhia (S/A).

Desses seis tipos societários, deve-se destacar a sociedade em conta de participação, que a lei define como despersonalizada (CC, arts. 991 a 996). Dela se cuidará em momento próprio. Por ora, melhor desconsiderá-la, por motivos didáticos, na classificação das demais sociedades empresárias.

3.1. *Classificação quanto à responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais*

Em razão do princípio da autonomia patrimonial, ou seja, da personalização da sociedade empresária, os sócios não respondem, em regra, pelas obrigações desta. Se a pessoa jurídica é solvente, quer dizer, possui bens em seu patrimônio suficientes para o integral cumprimento de todas as suas obrigações, o ativo do patrimônio particular de cada sócio é, absolutamente, inatingível por dívida social. Mesmo em caso de falência, somente após o completo exaurimento do capital social é que se poderá cogitar de alguma responsabilidade por parte dos sócios, ainda assim condicionada a uma série de fatores.

A responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade empresária é *sempre* subsidiária. À vista do disposto no art. 1.024 do CC e art. 596 do CPC, que asseguram aos sócios o direito de exigirem o prévio exaurimento do ativo do patrimônio social, a subsidiariedade é a regra na responsabilização deles por obrigações da sociedade. Quando a lei

qualifica de "solidária" a responsabilidade de sócios — ao delimitar a dos membros da N/C (CC, art. 1.039) dos comanditados da C/S (art. 1.045), dos diretores da C/A (art. 1.091) ou dos da limitada em relação à integralização do capital social (art. 1.052) —, ela se refere às relações entre eles; quer dizer, se um sócio descumpre sua obrigação, esta pode ser exigida dos demais, se solidários.

Quando se diz, portanto, que a responsabilidade do sócio pelas obrigações da sociedade é subsidiária, o que se tem em mira é, justamente, esta regra de que sua eventual responsabilização por dívidas sociais tem por pressuposto o integral comprometimento do ativo do patrimônio social. É subsidiária no sentido de que se segue à responsabilidade da própria sociedade. Esgotadas as forças do patrimônio social é que se poderá pensar em executar bens do patrimônio particular do sócio por saldos existentes no passivo da sociedade.

O direito brasileiro da atualidade não conhece nenhuma hipótese de limitação de responsabilidade pessoal. Assim, quando a sociedade estiver respondendo por obrigação sua, terá responsabilidade ilimitada; também o sócio, quando responder por ato seu, ainda que relacionado com a vida social, terá responsabilidade ilimitada. Somente se concebe, no presente estágio evolutivo do direito nacional, a limitação da responsabilidade subsidiária. Os sócios respondem, assim, pelas obrigações sociais, sempre de modo subsidiário, mas limitada ou ilimitadamente.

Se o ativo do patrimônio social não foi suficiente para integral pagamento dos credores da sociedade, o saldo do passivo poderá ser reclamado dos sócios, em algumas sociedades, de forma ilimitada, ou seja, os credores poderão saciar seus créditos até a total satisfação, enquanto suportarem os bens dos patrimônios particulares dos sócios. Em outras sociedades, os credores somente poderão alcançar dos bens

dos patrimônios particulares um determinado limite, além do qual o respectivo saldo será perda que deverão suportar. Em um terceiro grupo de sociedades, alguns dos sócios têm responsabilidade ilimitada e outros não. A classificação que se verá a seguir tenta sintetizar este quadro.

As sociedades empresárias, portanto, segundo o critério que considera a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, dividem-se em:

a) *Sociedade ilimitada* — em que todos os sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais. O direito contempla um só tipo de sociedade desta categoria, que é a sociedade em nome coletivo (N/C).

b) *Sociedade mista* — em que uma parte dos sócios tem responsabilidade ilimitada e outra parte tem responsabilidade limitada. São desta categoria as seguintes sociedades: em comandita simples (C/S), cujo sócio comanditado responde ilimitadamente pelas obrigações sociais, enquanto o sócio comanditário responde limitadamente; e a sociedade em comandita por ações (C/A), em que os sócios diretores têm responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais e os demais acionistas respondem limitadamente.

c) *Sociedade limitada* — em que todos os sócios respondem de forma limitada pelas obrigações sociais. São desta categoria a sociedade limitada (Ltda.) e a anônima (S/A).

Variam de um tipo societário para outro as regras de determinação do limite da responsabilidade dos sócios. Têm-se regras próprias para a sociedade limitada e para o sócio comanditário da sociedade em comandita simples, de um lado, e para a sociedade anônima e acionista não diretor da sociedade em comandita por ações, de outro lado. Em relação às duas primeiras hipóteses, os sócios respondem até o limite do total do capital social não integralizado; em rela-

ção às duas últimas, o acionista responderá até o limite do valor não integralizado da parte do capital social que ele subscreveu.

Ao ingressar numa sociedade empresária, qualquer que seja ela, o sócio deve contribuir para o capital social. Se a sociedade está em constituição ou se houve aumento do capital social com novas participações, o ingressante *subscreve* uma parte. Ou seja, ele se compromete a pagar uma quantia determinada para a sociedade, contribuindo, assim, com o capital social e legitimando a sua pretensão à percepção de parcela dos lucros gerados pelos negócios sociais. Poderá fazê-lo à vista ou a prazo. Na medida em que for pagando o que ele se comprometeu a pagar, na subscrição, à sociedade, diz-se que ele está *integralizando* a sua participação societária. Quando todos os sócios já cumpriram com as respectivas obrigações de contribuir para a formação da sociedade, o capital social estará totalmente integralizado.

O sócio da sociedade limitada e o comanditário da sociedade em comandita simples respondem pelas obrigações sociais até o total do capital social não integralizado, ou seja, até o limite do valor do que ainda não foi integralizado no capital social da sociedade. Mesmo que um sócio já tenha integralizado, totalmente, a sua parte, se outro ainda não fez o mesmo com a parcela que lhe caberia, o primeiro poderá ser responsabilizado pelas obrigações sociais dentro do limite do valor que o seu sócio ainda não integralizou. É claro, poderá, posteriormente, em regresso, ressarcir-se do sócio inadimplente, mas responderá perante a massa dos credores da sociedade pelo total do capital não integralizado.

Já os acionistas da sociedade anônima, ou os da comandita por ações com responsabilidade limitada, respondem somente por aquilo que subscreveram e ainda não integralizaram. Estas hipóteses diferenciam-se das duas primei-

ras, posto que o acionista nunca poderá ser responsabilizado pela não integralização da participação societária devida por outro acionista.

Anote-se que o limite da responsabilidade subsidiária dos sócios pode ser "zero". Vale dizer, se todo o capital social já estiver integralizado, os credores da sociedade não poderão alcançar o ativo do patrimônio particular de qualquer sócio com responsabilidade limitada. Deverão, em decorrência, suportar o prejuízo.

É oportuno frisar, também, que as regras de definição do limite da responsabilidade subsidiária dos sócios de responsabilidade limitada são apresentadas pela lei com expressões e conceitos diversos, dos quais se cuidará no momento oportuno. Trata-se, aqui, apenas de uma forma diferente de explicar as relações jurídicas, sem mudança de conteúdo, indispensável à sistematização da matéria; sem a adoção de termos mais genéricos que os dos dispositivos legais aplicáveis a cada sócio de responsabilidade limitada, não se poderia chegar a categorias abrangentes dos diferentes tipos societários envolvidos com a questão.

3.2. *Classificação quanto ao regime de constituição e dissolução*

Um determinado conjunto de tipos societários tem a sua constituição e dissolução disciplinadas pelo Código Civil; outro grupo de tipos societários rege-se, neste assunto, pelas normas da Lei n. 6.404/76. Cada um desses grupos, assim, está relacionado com um regime constitutivo e dissolutório específico.

Segundo esse critério, têm-se:

a) *Sociedades contratuais* — cujo ato constitutivo e regulamentar é o contrato social. Para a dissolução deste tipo de sociedade não basta a vontade majoritária dos sócios, reconhecendo a jurisprudência o direito de os sócios, mesmo minoritários, manterem a sociedade, contra a vontade da maioria; além disto, há causas específicas de dissolução desta categoria de sociedades, como a morte ou a expulsão de sócio. São sociedades contratuais: em nome coletivo (N/C), em comandita simples (C/S) e limitada (Ltda.).

b) *Sociedades institucionais* — cujo ato regulamentar é o estatuto social. Estas sociedades podem ser dissolvidas por vontade da maioria societária e há causas dissolutórias que lhes são exclusivas como a intervenção e liquidação extrajudicial. São institucionais a sociedade anônima (S/A) e a sociedade em comandita por ações (C/A).

A sociedade contratual, pois, tem sua constituição e dissolução regidas pelo Código Civil, ao passo que a sociedade institucional rege-se, neste ponto, pelas normas específicas da Lei n. 6.404/76. Quando se fizer o estudo mais detido da constituição e dissolução de uma e outra categoria de sociedades, serão elucidadas as características próprias de cada categoria.

3.3. *Classificação quanto às condições de alienação da participação societária*

Há sociedades em que os atributos individuais do sócio interferem com a realização do objeto social e há sociedades em que não ocorre esta interferência. Em algumas a circunstância de ser o sócio competente, honesto ou diligente tem relevância para o sucesso ou fracasso da empresa, ao passo que em outras, tais características subjetivas decididamente não influem no desenvolvimento do objeto social.

No primeiro caso, quando as particularidades individuais dos sócios podem comprometer o desenvolvimento da empresa a que se dedica a sociedade, os integrantes desta devem ter garantias acerca do perfil de quem pretenda fazer parte do quadro associativo. No segundo caso, o direito pode — e, até certo ponto, deve — descuidar-se disto, posto que o perfil do eventual novo sócio não repercutirá no sucesso do empreendimento.

Justamente em função dessa realidade é que o direito comercial criou um grupo de sociedades em que a alienação da participação societária por um dos sócios, a terceiro estranho da sociedade, *depende* da anuência dos demais sócios e um outro grupo em que esse negócio jurídico *independe* da mencionada anuência.

A participação societária de uma sociedade contratual é denominada "cota" (que se pode grafar também "quota"); a de uma sociedade institucional é denominada "ação". Uma ou outra são bens do patrimônio do sócio (ou acionista), não pertencem à sociedade. Desse modo, o seu titular, o sócio, pode dispor da participação societária, alienando-a, a exemplo da disponibilidade que tem dos demais bens de seu patrimônio. O adquirente de uma cota ou ação torna-se sócio da sociedade e passa a exercer os direitos que esta condição lhe confere. Naquelas sociedades em que as características subjetivas dos sócios podem comprometer o sucesso da empresa levada a cabo pela sociedade, garante-se o direito de veto ao ingresso de terceiro estranho do quadro associativo. Desta forma, a alienação da participação societária condiciona-se à anuência dos demais, quando se tratar de adquirente não sócio. Já naquelas sociedades, em que não influem, na realização do objeto social, os atributos subjetivos de cada sócio, a circulação da participação societária é livre, incondicionada à concordância dos demais sócios.

Em vista desse quadro, dividem-se as sociedades, no tocante às condições da alienação da participação societária, nas seguintes categorias:

a) *Sociedades de pessoas* — em que os sócios têm direito de vetar o ingresso de estranho no quadro associativo.

b) *Sociedades de capital* — em relação às quais vige o princípio da livre circulabilidade da participação societária.

É claro que não existe sociedade composta exclusivamente por "pessoas" ou exclusivamente por "capital". Toda sociedade surge da conjugação desses dois elementos, ambos imprescindíveis. O que faz uma sociedade ser "de pessoas" ou "de capital" é, na verdade, o direito de o sócio impedir o ingresso de terceiro não sócio no quadro associativo existente nas de perfil personalístico e ausente nas de perfil capitalístico.

Em função disto, justamente, é que as cotas sociais relativas a uma sociedade "de pessoas" são impenhoráveis por dívidas particulares do seu titular. Claro está que o direito de veto ao ingresso de terceiros não sócios é incompatível com a penhorabilidade das cotas sociais. O arrematante da cota na execução judicial contra o seu titular ingressaria no quadro associativo independentemente da vontade dos demais sócios.

Esta solução da impenhorabilidade das cotas sociais das sociedades de pessoas, uma criação jurisprudencial, embora resguarde os direitos dos sócios do devedor, não é satisfatória em relação aos do credor do sócio. Penso que seria possível o ingresso do arrematante no quadro associativo em situação de sócio com meros direitos patrimoniais, sem condições de influenciar nos negócios sociais, conciliando-se, destarte, os interesses dos sócios do devedor e do exequente.

Outra consequência específica da sociedade "de pessoas" é a dissolução parcial por morte de sócio, quando um dos sobreviventes não concorda com o ingresso de sucessor do sócio falecido no quadro social. Quando a sociedade é "de capital", os sócios sobreviventes não podem opor-se a tal ingresso e a sociedade não se dissolve.

As sociedades institucionais são sempre "de capital", enquanto as contratuais podem ser "de pessoas" ou "de capital". Assim, na sociedade anônima (S/A) e em comandita por ações (C/A), os acionistas não têm o direito de impedir o ingresso de terceiro não sócio na sociedade, assegurado o princípio da livre-circulação das ações (LSA, art. 36). Nestas sociedades, as ações são sempre penhoráveis por dívida de sócio e a morte não autoriza a dissolução parcial, seja a pedido dos sobreviventes ou dos sucessores.

Nas sociedades em nome coletivo (N/C) e comandita simples (C/S), a cessão das quotas sociais depende da anuência dos demais sócios (CC, art. 1.003), regra que lhes confere, neste tópico, perfil personalístico. Suas quotas sociais são, assim, impenhoráveis. Em relação às consequências da morte de sócio, a sociedade em nome coletivo é "de pessoas", mas o contrato social poderá atribuir-lhe perfil diverso se assegurar aos sucessores o ingresso na sociedade (CC, art. 1.028, I); e a sociedade em comandita simples ostenta natureza diversa segundo a espécie de sócio falecido: é "de pessoas", em caso de morte de comanditado, e "de capital", se falecido um comanditário — sendo que, neste último caso, o contrato social pode alterar a natureza da C/S, prevendo a liquidação das quotas (CC, art. 1.050).

Na sociedade limitada (Ltda.), o contrato social definirá a existência, ou não, e extensão do direito de veto ao ingresso de novos sócios. Poderá, também, dispor sobre as consequências do falecimento de sócio. Pode, portanto, o

contrato social atribuir-lhe a natureza personalística ou capitalística. Caso seja omisso, a cessão de quotas a terceiros estranhos à sociedade pode ser obstada por sócio ou sócios com mais de um quarto do capital social (CC, art. 1.057). Consequentemente, a sociedade limitada é "de pessoas", a menos que o contrato social lhe confira natureza capitalista.

4. SOCIEDADE IRREGULAR

Assim como ocorre com o empresário individual, a sociedade empresária deve ser registrada na Junta Comercial. O seu ato constitutivo (contrato social ou estatuto) é que será objeto de registro. O registro deve ser anterior ao início das atividades sociais.

A sociedade sem registro é chamada, na doutrina, de sociedade irregular, ou "de fato". Alguns autores adotam a proposta de Waldemar Ferreira no sentido de se considerar irregular a sociedade que tenha ato constitutivo escrito, embora não registrado, e "de fato" a sociedade que sequer ato constitutivo escrito possua. Mas, a rigor, a distinção nem sempre se justifica; ambos os tipos de sociedades, com ou sem ato constitutivo escrito, estão sujeitos ao mesmo regime jurídico decorrente da inexistência do registro. A distinção somente ganha relevância na discussão sobre o cabimento de ação entre sócios para declarar a existência da sociedade. Em razão do disposto no art. 987 do CC, esta demanda somente pode ser ajuizada se, desde logo, quem a promove (alegando a qualidade de sócio) exibir o contrato social ou outro documento escrito, ainda que não registrado. Em outros termos, aquele que integra uma sociedade "de fato" não tem ação para o reconhecimento do vínculo societário; mas o que integra uma sociedade irregular tem.

No Código Civil, a sociedade empresária irregular ou "de fato" é disciplinada sob a designação de "sociedade em comum". Não se trata de novo tipo societário, mas de uma situação em que a sociedade empresária ou simples pode eventualmente se encontrar: a de irregularidade caracterizada pela exploração de negócios sem o prévio registro exigido na lei.

Além das restrições comuns ao empresário individual irregular — vale dizer: ilegitimidade ativa para o pedido de falência e de recuperação judicial e ineficácia probatória dos livros comerciais —, o direito reserva uma sanção específica para a sociedade empresária que opera sem registro na Junta Comercial. Pelo art. 990 do CC, os sócios da sociedade sem registro responderão sempre ilimitadamente pelas obrigações sociais, sendo ineficaz eventual cláusula limitativa desta responsabilidade no contrato social. Os sócios que se apresentaram como representantes da sociedade terão responsabilidade direta e os demais, subsidiária, mas todos assumem responsabilidade sem limite pelas obrigações contraídas em nome da sociedade.

Deve-se recuperar, aqui, a existência de efeitos secundários decorrentes do exercício irregular da empresa, os quais também são pertinentes às sociedades empresárias. Nesse contexto, a falta de registro da sociedade na Junta Comercial repercute negativamente nas obrigações tributárias acessórias, nas obrigações perante a Seguridade Social e nas relações com o Poder Público (*Cap. 3*, item 5).

5. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

A autonomia patrimonial da pessoa jurídica, princípio que a distingue de seus integrantes como sujeito autônomo de direito e obrigações, pode dar ensejo à realização de fraudes.

Se uma pessoa física se vincula contratualmente a outra, por obrigação de não fazer e, na qualidade de representante legal de sociedade empresária, faz exatamente aquilo que se havia comprometido omitir, no rigor do princípio da autonomia da pessoa jurídica, não teria havido quebra do contrato. Quem fez foi a sociedade, e não a pessoa física que agiu em nome dela. Assim também ocorreria se um empresário individual vendesse, a prazo, o seu estabelecimento empresarial a sociedade de que detivesse 90% do capital, instituindo-se sobre ele garantia de direito real em seu próprio favor. Em ocorrendo a falência da sociedade, o seu sócio majoritário, por ser credor preferencial, seria pago anteriormente aos quirografários. Aquele que, no insucesso do negócio, deveria ser considerado devedor (o empresário individual antigo titular do estabelecimento) assume a condição de credor privilegiado, com direto prejuízo ao atendimento dos demais.

Como se vê destes exemplos, por vezes a autonomia patrimonial da sociedade empresária dá margem à realização de fraudes. Para coibi-las, a doutrina criou, a partir de decisões jurisprudenciais, nos EUA, Inglaterra e Alemanha, principalmente, a "teoria da desconsideração da pessoa jurídica", pela qual se autoriza o Poder Judiciário a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, sempre que ela tiver sido utilizada como expediente para a realização de fraude. Ignorando a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar-se, direta, pessoal e ilimitadamente, o sócio por obrigação que, originariamente, cabia à sociedade.

Pressuposto inafastável da despersonalização episódica da pessoa jurídica, no entanto, é a ocorrência da fraude por meio da separação patrimonial. Não é suficiente a simples insolvência do ente coletivo, hipótese em que, não tendo havido fraude na utilização da separação patrimonial, as

regras de limitação da responsabilidade dos sócios terão ampla vigência. A desconsideração é instrumento de coibição do mau uso da pessoa jurídica; pressupõe, portanto, o mau uso. O credor da sociedade que pretende a sua desconsideração deverá fazer prova da fraude perpetrada, caso contrário suportará o dano da insolvência da devedora. Se a autonomia patrimonial não foi utilizada indevidamente, não há fundamento para a sua desconsideração.

A desconsideração da pessoa jurídica não atinge a validade do ato constitutivo, mas a sua eficácia episódica. Uma sociedade que tenha a autonomia patrimonial desconsiderada continua válida, assim como válidos são todos os demais atos que praticou. A separação patrimonial em relação aos seus sócios é que não produzirá nenhum efeito na decisão judicial referente àquele específico ato objeto da fraude. Esta é, inclusive, a grande vantagem da desconsideração em relação a outros mecanismos de coibição da fraude, tais como a anulação ou dissolução da sociedade. Por apenas suspender a eficácia do ato constitutivo, no episódio sobre o qual recai o julgamento, sem invalidá-lo, a teoria da desconsideração preserva a empresa, que não será necessariamente atingida por ato fraudulento de um de seus sócios, resguardando-se, desta forma, os demais interesses que gravitam ao seu redor, como o dos empregados, dos demais sócios, da comunidade etc.

O pressuposto da desconsideração, já se viu, é a ocorrência de fraude perpetrada com uso da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Esta, que é a formulação mais corrente da teoria, dá, pois, relevo à presença de elemento subjetivo. Fábio Konder Comparato propôs uma formulação diversa, em que os pressupostos da desconsideração da autonomia da sociedade são objetivos, como a confusão patrimonial ou o desaparecimento do objeto social. Por esta ra-

zão, é possível chamar-se a primeira de concepção subjetivista e esta última de concepção objetivista da teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

Na lei, a desconsideração da personalidade jurídica é mencionada nos arts. 28 do Código de Defesa do Consumidor, 18 da Lei Antitruste (LIOE), 4º da legislação protetora do meio ambiente (Lei n. 9.605/98) e 50 do Código Civil (dispositivo, aliás, inspirado na formulação objetivista de Comparato).

CAPÍTULO 10

CONSTITUIÇÃO DAS SOCIEDADES CONTRATUAIS

1. NATUREZA DO ATO CONSTITUTIVO DA SOCIEDADE CONTRATUAL

A sociedade empresária nasce do encontro de vontades de seus sócios. Este encontro, de acordo com o tipo societário que se pretende criar, será concretizado em um contrato social ou estatuto, em que se definirão as normas disciplinadoras da vida societária.

As sociedades em nome coletivo, em comandita simples e limitada são constituídas por contrato social. Isto terá repercussões no regime dissolutório aplicável a elas. As sociedades contratuais dissolvem-se de acordo com o que prevê, sobre a matéria, o Código Civil.

O contrato social é uma espécie bastante peculiar de contrato. As normas gerais de direito civil, pertinentes aos contratos, não podem, pura e simplesmente, ser aplicadas à disciplina do contrato social, em razão mesmo de suas particularidades. Das regras atinentes à formação, inexecução ou extinção dos contratos em geral, nem tudo se aproveita no desate de questões societárias.

De qualquer forma, os autores costumam apontar o

contrato de sociedade como espécie do gênero "contrato plurilateral", em que converge para um mesmo objetivo comum a vontade dos contratantes. No caso, os sócios celebram o contrato social com vistas à exploração, em conjunto, de determinada atividade comercial, unindo seus esforços e cabedais para obtenção de lucros que repartirão entre eles. Como contrato plurilateral, cada contratante assume perante todos os demais obrigações. Além disso, deste contrato surge um novo sujeito de direito, a sociedade, perante a qual os contratantes também são obrigados. O dever de o sócio integralizar a quota do capital social decorre do contrato social; o titular do direito correspondente a este dever é a sociedade nascida também do mesmo contrato.

2. REQUISITOS DE VALIDADE DO CONTRATO SOCIAL

Para a validade do contrato social, o direito elegeu determinados requisitos. Sem a observância destes, a sociedade não se forma validamente, podendo ser decretada a sua anulação ou declarada a nulidade. A invalidação não se confunde com a dissolução da sociedade (em sentido largo, ou seja, compreendendo o processo de extinção e não apenas o ato que lhe dá origem), embora tanto uma como outra importe o desaparecimento, em definitivo, dos efeitos do ato que constitui ou pretendeu constituir a sociedade.

A invalidação e a dissolução diferem em três aspectos: quanto aos sujeitos, aos motivos e aos efeitos. Quanto aos sujeitos, a dissolução pode decorrer da vontade dos particulares (sócios ou seus sucessores) ou de decisão judicial, ao passo que a invalidação decorre, sempre e apenas, de ato do Poder Judiciário. Quanto aos motivos, a invalidação do ato constitutivo funda-se em uma desconformidade deste

com o ordenamento jurídico em vigor, na inobservância de um requisito de validade do contrato social, enquanto a dissolução se baseia em fatores outros, distintos da desconformidade considerada, como a impontualidade no cumprimento de obrigação líquida (dissolução por falência), a inviabilidade do objeto social (CC, art. 1.034), a dissidência de sócio (CC, art. 1.077) etc. Finalmente, quanto aos efeitos, a dissolução opera irretroativamente e a invalidação, retroativamente. A irretroatividade da dissolução e a retroatividade da invalidação têm em vista, apenas, o principal efeito do ato constitutivo, qual seja, a existência da pessoa jurídica. Os atos jurídicos praticados pela sociedade empresária, não relacionados com a sua existência propriamente dita, não serão invalidados pela só invalidação do ato constitutivo. Outrossim, a invalidação da sociedade, salvo no caso de não início das atividades, importará exercício irregular do comércio, mesmo que o contrato social tenha sido registrado.

Para ser válido, o contrato social deve obedecer a duas ordens de requisitos. Em primeiro lugar, os requisitos de validade de qualquer negócio jurídico; em segundo, aqueles que o direito reservou especialmente para o ato constitutivo de sociedade empresária. Assim, têm-se:

a) *Requisitos genéricos* — a validade do contrato social depende da observância dos elementos que validam os atos jurídicos em geral, elencados pelo art. 104 do CC, a saber: agente capaz, objeto possível e lícito, além da forma prescrita ou não defesa em lei. No que diz respeito ao primeiro deles, é importante ressaltar que a contratação de sociedade limitada por menor, devidamente representado ou assistente, tem sido admitida pela jurisprudência, desde que não tenha poderes de administração e o capital social esteja totalmente integralizado; quanto ao objeto, a validade do contrato social depende da possibilidade e licitude da ativi-

dade econômica explorada, sendo inválida, por exemplo, uma sociedade formada para a exploração de jogo do bicho; e no tocante à forma, o contrato social deve ser escrito, por instrumento particular ou público, mas pode ser, de acordo com regras a seguir estudadas, excepcionalmente oral.

b) *Requisitos específicos* — além do atendimento aos requisitos dos atos jurídicos em geral, devem os contratos sociais atender os requisitos que lhes são característicos, a saber: todos os sócios devem contribuir para a formação do capital social, seja com bens, créditos ou dinheiro; e todos os sócios participarão dos resultados, positivos ou negativos, da sociedade. Esses requisitos decorrem do próprio conceito de contrato social (CC, art. 981).

Uma sociedade empresária que dispense um dos sócios da contribuição para a formação de seu capital social não é válida, assim como aquela que exclua um ou alguns dos sócios dos lucros (sociedade chamada "leonina") ou das perdas sociais (CC, art. 1.008). É nula a sociedade em que se pactuar, por hipótese, que um dos sócios será indenizado pelos demais em caso de falência, porque isto equivaleria à exclusão daquele sócio das perdas sociais.

Acentue-se que a lei não veda a distribuição diferenciada dos lucros entre os sócios, nem a distribuição desproporcional à participação de cada um no capital social; a vedação, com efeito, recai sobre a exclusão de sócio da distribuição dos lucros.

Cabe fazer menção, ainda, aos pressupostos fáticos da existência de qualquer sociedade empresária, que são dois: a *affectio societatis* e a pluralidade de sócios. O primeiro diz respeito à disposição, que toda pessoa manifesta ao ingressar em uma sociedade empresária, de lucrar ou suportar prejuízo em decorrência do negócio comum. Esta disposi-

ção, este ânimo, é pressuposto de fato da existência da sociedade, posto que, sem ela, não haverá a própria conjugação de esforços indispensável à criação e desenvolvimento do ente coletivo. O segundo pressuposto decorre da inexistência, no direito brasileiro, da sociedade unipessoal — salvo duas exceções: a subsidiária integral e a unipessoalidade incidental temporária. Assim, sempre que uma sociedade *contratual* reduzir-se à unipessoalidade (por morte de um dos dois sócios, sucessão *inter vivos* ou *mortis causa*, na cota social, de um ao outro único sócio etc.), e a pluralidade de sócios não se restabelecer no prazo de 180 dias, ela não poderá continuar existindo e deverá ser dissolvida (CC, art. 1.033, IV).

Os pressupostos de existência da sociedade empresária não se confundem com os seus requisitos de validade. A falta dos primeiros compromete a existência do ente social; a dos últimos, a validade deste.

3. CLÁUSULAS CONTRATUAIS

O contrato social deverá prever as normas disciplinadoras da vida social. Qualquer assunto que diga respeito aos sócios e à sociedade pode ser objeto de acordo de vontades entre os membros da pessoa jurídica empresária. É claro que nem tudo poderá ser previsto e exaustivamente regrado, mas, desde que não contemple solução ilegal, repudiada pelo direito, o contrato social poderá dispor sobre qualquer tema de interesse para os sócios.

Algumas cláusulas contratuais são, no entanto, necessárias para a completa regularidade da sociedade empresária. A lei exige do contrato social que atenda a determinadas condições para o seu registro na Junta Comercial (LRE, art. 35, III). Um contrato social omisso quanto a cláusula dessa

natureza não pode ser registrado e, portanto, a sociedade empresária contratada será irregular, sofrendo as consequências dessa situação e se submetendo às normas da "sociedade em comum". Já há outro grupo de cláusulas contratuais que não são indispensáveis ao registro do contrato social. A sua inexistência não impede o registro da sociedade empresária. É claro que tais cláusulas, a despeito de sua facultatividade, vinculam os sócios — e em certas vezes os sucessores dos sócios — ao avençado.

Assim, fala-se em duas espécies de cláusulas: de um lado, as essenciais, condição de registro do contrato e consequente regularidade da sociedade empresária, e, de outro lado, as acidentais.

São cláusulas essenciais do contrato social exigidas pelo art. 997, I a IV e VI do CC:

a) *Qualificação dos sócios* — o contrato deverá conter o nome e a qualificação dos sócios, compreendendo esta última, para as pessoas físicas, a nacionalidade, o estado civil, a profissão e, para as jurídicas, a nacionalidade e sua sede. Além desses dados, os sócios costumam ser qualificados pelo número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), conforme o caso.

b) *Objeto social* — a atividade explorada economicamente pela sociedade deverá ser declarada no contrato social de forma precisa e detalhada.

c) *Nome empresarial* — o contrato social deverá conter o nome empresarial sob o qual girará a sociedade.

d) *Sede* — deverá esclarecer o contrato social qual é o município da sede da sociedade, o local onde, ordinariamente, pode ser encontrado o seu representante legal.

e) *Prazo de duração* — a sociedade pode ser contratada por prazo determinado ou indeterminado, de acordo, exclusivamente, com a manifestação de vontade dos sócios.

f) *Capital social e quotas dos sócios* — o contrato social deverá especificar o capital social da sociedade, bem como o modo e prazo de sua integralização e as cotas pertencentes a cada um dos sócios.

g) *Nomeação do administrador* — cabe ao contrato social estabelecer a representação legal da sociedade, nomeando o seu administrador ou administradores. Certas sociedades contratuais (N/C e C/S) não podem ser representadas por pessoa estranha ao quadro associativo; mas a limitada pode ser representada por não sócio, nomeado no contrato social ou em ato separado.

Trata se de cláusulas indispensáveis à regularidade de qualquer sociedade empresária contratual.

Além das cláusulas essenciais, o contrato social deve atender a mais uma formalidade, para fins de obtenção do registro na Junta Comercial. Trata-se do visto de um advogado, exigido atualmente pelo art. 1º, § 2º, do EOAB, para a validade de todos os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas. O art. 67 da LRE pretendeu eliminar essa exigência, revogando o art. 71, § 4º, da Lei n. 4.215/63, o antigo Estatuto da OAB. Ocorre que, à data da sanção da LRE, a exigência do visto já se fundava em dispositivo do Estatuto atual, em pleno vigor. Por essa razão, permanece a formalidade do visto do advogado como condição do registro do contrato social (Dec. n. 1.800/96, art. 36).

Como exemplo de cláusula contratual acidental, que visa a melhor disciplinar a vida da sociedade, mas cuja ausência não importa irregularidade desta, têm-se a cláusula arbitral — disciplina o modo de escolha de árbitro para de-

cisão das pendências entre os sócios —, a cláusula sobre o reembolso — fixa prazos e procedimentos para pagamento ao sócio dissidente de alteração contratual — e a cláusula reguladora dos efeitos da morte de sócio, entre outras.

4. FORMA DO CONTRATO SOCIAL

O contrato social deve ser escrito, mas excepcionalmente o direito admite a forma oral. Pelo art. 987 do CC, é possível a prova da existência da sociedade entre certas pessoas (sócios "de fato") por qualquer modo, inclusive testemunhas, cartas, perícia em contas bancárias. Nestes casos, provada a existência de negócios em comum, a sociedade terá sido oralmente contratada entre os sócios "de fato". Claro está que uma sociedade contratada pela forma oral será, inevitavelmente, irregular, posto que o registro de seu ato constitutivo não é possível.

Atente-se que a prova da existência de sociedade contratada oralmente só pode beneficiar não sócios. Quer dizer, nas ações entre os sócios, ou destes contra terceiros, fundadas na existência da sociedade, a exibição do contrato escrito — mesmo que não registrado — é exigência legal (CC, art. 987).

O contrato social poderá ser, também, à vontade dos sócios, feito por instrumento público, lavrado por tabelião, ou instrumento particular. Mesmo que faça parte da sociedade sócio que não saiba ou não possa assinar, ou haja integralização do capital social com bens imóveis, o contrato social pode adotar a forma privada. No primeiro caso, o instrumento público é dispensável se o sócio que não sabe ou não pode assinar outorgar, por instrumento público, procuração com poderes especiais a um mandatário; este, então, firmará o contrato social feito em instrumento particular, em nome da-

quele sócio. No segundo, a dispensa do instrumento público depende de o contrato social descrever o imóvel como exigido para fins de registro imobiliário e conter, sempre que necessária, a outorga do cônjuge (LRE, art. 35, VII).

A forma das alterações contratuais não está vinculada à adotada pelo ato constitutivo (LRE, art. 53). Feito este por escritura pública, poderá ser alterado por instrumento particular e vice-versa.

5. ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL

O ato constitutivo da sociedade empresária pode ser objeto de alteração, de acordo com a vontade dos sócios ou por decisão judicial. Se acaso as regras de convivência adotadas quando da constituição da sociedade não são mais satisfatórias, desde que se observem os requisitos de validade, os pressupostos de existência e as cláusulas essenciais, poderão os sócios livremente alterar as disposições contratuais.

A regra é a de que as deliberações sociais, exceto as que importam alteração contratual, são tomadas por maioria de votos. Salvo em hipóteses excepcionais, que se examinarão em seguida, a vontade majoritária dos sócios é eficaz para decidir os destinos da sociedade.

A maioria societária é definida não em função da quantidade de sócios, mas da participação de cada um deles no capital social. O voto de cada sócio tem o peso proporcional à cota social correspondente. Um único sócio, então, pode representar a maioria societária, desde que a sua cota social represente mais da metade do capital social. O número de sócios só importa em caso de desempate. Numa sociedade de três sócios, em que um deles é titular de metade do capital social, ocorrendo divergência entre este e os dois ou-

tros, caracteriza-se o empate. Prevalecerá, contudo, a vontade destes, por serem em maior número (dois contra um).

Em caso de não ser possível superar o empate pelo critério de quantidade de sócios, deverá observar-se o disposto no contrato social; se prevista cláusula de arbitragem, os sócios deverão socorrer-se da decisão do árbitro. Omisso o contrato social, caberá ao juiz decidir, no interesse da sociedade, fazendo prevalecer qualquer um dos votos proferidos pelos sócios. De se anotar que não pode o juiz impor uma terceira solução, não cogitada por nenhum dos sócios, como forma de superação do empate.

Quando as deliberações dos sócios importam alterações contratuais, exige-se, na sociedade em nome coletivo e em comandita simples, a unanimidade para mudança de cláusula essencial (CC, art. 999). Se um dos sócios dessas sociedades se manifestar contrariamente à alteração pretendida pelos demais, independentemente da participação societária dele, o contrato social permanece inalterado. Ainda nessas sociedades, a alteração do contrato social em cláusula não essencial pode ser feita pelo voto de sócios que representam mais da metade do capital social.

Se a sociedade é limitada, a alteração contratual pode ser aprovada por sócios que representem três quartos do capital social (CC, arts. 1.071, V, e 1.076, I). Este *quorum* de deliberação é exigido, qualquer que seja a natureza da cláusula em mudança (essencial ou acidental). Os minoritários da limitada com até 25% do capital social devem se submeter à alteração aprovada pela maioria ou exercer o direito de retirada, sendo, neste último caso, reembolsados pelo valor patrimonial de suas quotas.

Anote-se que a lei, ao contrário do que seria o mais desejável, não guardou correspondência entre as hipóteses

em que se exige a unanimidade da vontade dos sócios ou *quorum* qualificado de três quartos para eficácia da alteração contratual e as hipóteses em que o registro da alteração pode ser feito com a assinatura apenas do sócio ou sócios representantes da maioria social. Com efeito, são coisas distintas e discerníveis a deliberação da alteração contratual e o registro do respectivo instrumento. Assim, o direito, por vezes, dispensa a assinatura de todos os sócios no instrumento de alteração que só poderia ter sido deliberada pela unanimidade e, também, exige, às vezes, a assinatura de todos os sócios no instrumento de alteração contratual para cuja deliberação é suficiente a maioria qualificada. Uma exigência não interfere na outra.

Para que a alteração contratual seja registrada, independentemente do *quorum* exigido por lei para a sua deliberação, é necessária apenas a assinatura no instrumento respectivo de sócio ou sócios titulares da maioria do capital social. A assinatura de todos os sócios da sociedade contratual somente é exigível se o próprio contrato contiver cláusula restritiva de alteração por simples maioria (LRE, art. 35, VI).

Exemplificativamente, desejando um sócio de sociedade em nome coletivo alterar o seu objeto social, para fins de diversificação dos negócios explorados, deverá convencer todos os demais sócios da necessidade ou oportunidade da alteração, posto tratar-se de tema que exige a unanimidade (CC, arts. 999 e 1.040). Mas o instrumento de alteração contratual, que muda o objeto da sociedade, poderá ser arquivado na Junta Comercial, com a assinatura apenas do sócio ou sócios majoritários, se não houver cláusula proibitiva nesse sentido.

CAPÍTULO 11

SÓCIO DA SOCIEDADE CONTRATUAL

1. REGIME JURÍDICO DO SÓCIO DA SOCIEDADE CONTRATUAL

A natureza da situação jurídica do sócio é *sui generis*, quer dizer, insuscetível de rigorosa sujeição a um regime jurídico próprio ou aproximado de alguma outra figura jurídica, com vistas à definição de parâmetros que auxiliassem a solução das pendências relativas aos seus direitos e deveres perante a sociedade. Neste sentido, não se revela correto entendê-lo seja como um proprietário da sociedade empresária — esta, sendo pessoa jurídica, é inapropriável — ou como seu credor — embora tenha direito a participar dos lucros sociais, em caso de falência, o sócio não poderá concorrer à massa, obviamente, se não dispuser de outro título. Desta forma, o sócio submete-se a um regime jurídico que lhe é próprio, composto por um conjunto de obrigações e direitos que a lei e, por vezes, o contrato social lhe reservam.

Na província das obrigações, há que se mencionar duas de índole legal: participar da formação do capital social e das perdas sociais até o limite da correspondente responsabilidade subsidiária, de acordo com o tipo societário e demais circunstâncias juridicamente relevantes.

O sócio que não cumpre com a sua obrigação de contribuir para a formação do capital social é denominado "re-

misso". Ao assinar o contrato social, o sócio pode comprometer-se a integralizar a prazo a cota subscrita, fixando-se, no contrato, os vencimentos correspondentes. O atraso no cumprimento desta obrigação, ou seja, a não integralização do prometido dentro dos prazos contratualmente fixados, importa a mora do sócio inadimplente. Deverá, então, indenizar a sociedade dos danos emergentes da mora. Permanecendo inadimplente, os demais sócios poderão optar entre cobrar judicialmente o remisso ou excluí-lo da sociedade. A ação para a cobrança do principal a integralizar, acrescido de juros, poderá adotar a forma executiva e o título será o próprio contrato social, desde que assinado por duas testemunhas. Já para a apuração da indenização devida será necessária ação de conhecimento.

Os demais sócios, no entanto, podem optar pela exclusão do sócio remisso, com diminuição do capital social, e restituição a ele das entradas já feitas. É também lícito aos demais sócios descontarem, destas entradas, quando de sua restituição, o crédito da sociedade por juros de mora ou por indenização pelo dano emergente da mora, além de outras prestações contratualmente previstas — por exemplo: correção monetária ou multa. Cabe igualmente a alternativa de redução do valor da quota do remisso ao montante integralizado, reduzindo-se o capital social. Finalmente, se não desejarem que a sociedade sofra qualquer efeito em seu crédito, por força da diminuição do capital social decorrente da exclusão do sócio remisso, e sendo ela limitada, poderão os demais sócios atribuir a si ou a terceiro estranho do quadro associativo ou mesmo à própria sociedade, as cotas tomadas do sócio inadimplente. Esta sistemática encontra seu fundamento legal nos arts. 1.004 e 1.058 do CC.

No campo dos direitos, podem ser citados os seguintes:

a) *Participação nos resultados sociais* — os lucros gerados pela sociedade, em função do que for deliberado pela maioria societária, observadas eventuais disposições contratuais pertinentes, terão uma das seguintes destinações: capitalização, constituição de reserva ou distribuição entre os sócios. Nesta última hipótese, cada sócio será credor de parte proporcional à sua participação no capital social, salvo previsão contratual diversa (que só não poderá excluir qualquer dos sócios dos lucros). No término dos negócios sociais, dissolvendo-se a sociedade, terá o sócio o direito de participar do acervo social, na proporção, ainda, de sua cota, se outra solução não houver no contrato social. Outro pressuposto para o exercício do direito de participação nos resultados sociais é a inexistência de débito previdenciário da sociedade, isto porque a sociedade empresária devedora do INSS está legalmente proibida de distribuir lucros (Lei n. 8.212/91, art. 52; Lei n. 4.357/64, art. 32, com a redação dada pela Lei n. 11.051/2004).

b) *Administração da sociedade* — o sócio da sociedade contratual tem o direito de intervir na administração da sociedade, participando da escolha do administrador, da definição da estratégia geral dos negócios etc. É claro que a vontade da minoria societária não prevalecerá em confronto com a da maioria, mas é assegurado a todos os sócios o direito de participação nas deliberações sociais.

c) *Fiscalização da administração* — o sócio tem o direito de fiscalizar o andamento dos negócios sociais, especificando a lei duas formas de exercício deste direito: exame, a qualquer tempo ou nas épocas contratualmente estipuladas, dos livros, documentos e do estado de caixa da sociedade (CC, art. 1.021); e prestação de contas aos sócios pelos administradores (CC, art. 1.020), na forma prevista contratualmente ou no término do exercício social.

d) *Direito de retirada* — o sócio pode, em determinadas condições, retirar-se da sociedade, dissolvendo-a parcialmente. Terá, então, direito de receber, do patrimônio líquido da sociedade, a parte equivalente à sua cota do capital social.

Na maioria das sociedades contratuais de prazo indeterminado, o sócio pode retirar-se sem necessidade de motivação. Deverá notificar os demais sócios, os quais devem, em 60 dias, providenciar a alteração contratual correspondente (CC, art. 1.029). Nas contratadas com prazo determinado, somente se houver justa causa comprovada em juízo, poderá o sócio retirar-se antes de vencido o prazo de duração. Em sendo limitada a sociedade com prazo, o direito de retirada surge também quando houver alteração contratual, incorporação ou fusão da qual divirja o sócio (CC, art. 1.077).

No tocante à propriedade dos lucros gerados pela sociedade empresária, há quem defenda a tese de que eles pertencem à pessoa jurídica sempre, sendo as distribuições periódicas meras antecipações daquilo que os sócios teriam direito ao término dos negócios sociais. Os dividendos, assim, seriam simples amortização de investimento. Esta não é, no entanto, a forma predominante de se entender o assunto. Se os lucros sociais pertencessem sempre à sociedade, falindo esta, os sócios responderiam, perante os credores da pessoa jurídica, também pelo que teriam recebido, até a falência, a título de participação nos lucros sociais, o que, decididamente, não acontece. Os lucros sociais pertencem à sociedade até o exato momento em que a maioria societária, deliberando acerca da sua destinação, opta por distribuí-los, total ou parcialmente, entre os sócios. A partir desta deliberação, os sócios são credores da sociedade pelos dividendos correspondentes e poderão cobrá-los, inclusive judicialmente, salvo em caso de falência da sociedade. Os lucros sociais

destinados à capitalização ou à constituição de reservas continuarão no patrimônio da sociedade.

O pagamento dos sócios, a título de participação nos lucros sociais, não se confunde com outros tipos de remuneração a que o sócio pode ter direito. Assim, o contrato social poderá destinar um *pro labore* aos que, além da integralização da parte por ele subscrita do capital social, dedicam trabalho para o desenvolvimento da empresa, seja como administrador ou no desempenho de qualquer outra função. Enquanto o lucro remunera o capital investido, e é, por isto, devido mesmo para o sócio que sequer comparece à sede da empresa, o *pro labore* remunera o trabalho despendido pelo sócio. Esta última remuneração, bem como a definição do sócio ou sócios que terão direito a ela, deve constar do contrato social e observar o disposto na legislação tributária.

2. EXCLUSÃO DE SÓCIO

O sócio da sociedade contratual — a regra não se aplica aos de sociedade institucional — pode ser excluído quando ocorrer uma das hipóteses estabelecidas em lei:

a) *Mora na integralização* — quando o sócio deixa de cumprir, nos prazos, com a sua obrigação de integralizar a cota por ele subscrita, os demais sócios poderão, conforme já estudado, optar pela exclusão do sócio do quadro associativo (CC, art. 1.004).

b) *Justa causa* — caracterizada pela violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais como, por exemplo, no caso de o sócio concorrer com a sociedade empresária, explorando (individualmente ou em outra sociedade) a mesma atividade.

Para a exclusão de um dos sócios, é necessária a ocorrência de alguma destas causas. A exclusão não é, ao contrário do que se costuma lecionar, assunto de deliberação da sociedade. Não é a sociedade que expulsa o seu sócio. São os demais sócios, à vista da ocorrência de fato que a lei define como ensejador da expulsão, que passam a titularizar o correspondente direito. A efetiva ocorrência de fato dessa natureza é condição inafastável da exclusão. Se inexistiu a causa legalmente prevista, ela não será possível por mera disposição de vontade dos sócios.

Outro aspecto de alguma imprecisão doutrinária diz respeito à necessidade de vontade majoritária para deliberação da ocorrência de causa de exclusão. Para certos autores e certa jurisprudência, é a exclusão uma medida da maioria societária. Nada mais equivocado, porém, posto que o sócio majoritário também pode ser remisso ou entrar em competição com a sociedade; cabe, nestes casos, à minoria societária o direito de exclusão daquele.

Nas sociedades em nome coletivo e em comandita simples, a expulsão do sócio (minoritário ou majoritário) só pode ser extrajudicial, quando fundada na mora do remisso. Se o fundamento é diverso (descumprimento de outras obrigações sociais), a expulsão deve ser sempre judicial (CC, art. 1.030).

Na sociedade limitada, a exclusão de sócio minoritário pode-se operar por simples alteração contratual levada a registro na Junta Comercial, devendo o sócio excluído socorrer-se do Poder Judiciário para provar eventual inocorrência de causa de exclusão. A exclusão do sócio minoritário por simples alteração contratual somente é cabível se o contrato de sociedade a permitir e houver deliberação em assembleia de sócios, para a qual tenha sido convocado o

excluído (CC, art. 1.085). Caso o contrato social não permita a expulsão do sócio minoritário, esta deverá necessariamente ser feita por via judicial.

Já se a hipótese é a de exclusão de sócio majoritário da sociedade limitada, deverão os demais sócios postulá-la perante o Poder Judiciário, cabendo-lhes o ônus da prova da causa de exclusão.

Expulso da sociedade, o sócio terá direito ao valor patrimonial de sua participação societária. Opera-se, em decorrência da expulsão, a dissolução parcial da sociedade, com diminuição do capital social. Se os sócios o desejarem, evidentemente, poderão evitá-la, subscrevendo e integralizando novas cotas.

CAPÍTULO 12

SOCIEDADES CONTRATUAIS MENORES

1. GENERALIDADES

O Código Civil, além da limitada (que será estudada no próximo capítulo), disciplina três outros tipos de sociedades empresárias constituídas por contrato entre os sócios: em nome coletivo (N/C), em comandita simples (C/S), em conta de participação (C/P). Chamaremos estas três sociedades de contratuais menores, tendo em vista sua pouquíssima presença na economia brasileira.

Da sociedade em conta de participação se cuidará em tópico próprio, à vista de suas excepcionais peculiaridades, no quadro do direito societário (item 4).

Acerca das duas outras (N/C e C/S), é possível delimitarem-se certas normas gerais, que englobam aspectos comuns às sociedades em nome coletivo e em comandita simples. São regras extraídas da disciplina das sociedades simples, que se aplicam subsidiariamente às empresárias:

a) na questão da alienação da participação societária, são sociedades "de pessoas", aplicando-se, em decorrência, o disposto no art. 1.003 do CC, pelo qual a cessão da cota social está condicionada à concordância dos demais sócios. Por outro lado, as suas cotas sociais são impenhoráveis por obrigação individual de sócio;

b) adotam firma na composição do respectivo nome empresarial, o que significa que este também será a assinatura apropriada para a prática de negócio jurídico por parte da sociedade;

c) somente o nome civil de sócio de responsabilidade ilimitada poderá fazer parte da firma. Sócio com responsabilidade não ilimitada, cujo nome civil haja sido aproveitado na composição do nome empresarial da sociedade, responderá ilimitadamente pelas obrigações sociais;

d) somente o sócio com responsabilidade ilimitada pode administrar sociedade. A inobservância desta vedação importa a responsabilidade ilimitada do sócio que exercer a representação legal;

e) somente pessoa física pode ser sócia com responsabilidade ilimitada. Desse modo, a pessoa jurídica não pode integrar a N/C, nem ser comanditada na C/S.

Tendo-se, assim, presentes estas regras comuns aos dois tipos de sociedades contratuais menores personalizadas do Código Civil, podem ser examinados os aspectos peculiares de cada tipo.

2. SOCIEDADE EM NOME COLETIVO

É o tipo societário em que todos os sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais. Todos, assim, devem ser pessoas naturais. Qualquer um deles, de outro lado, pode ser nomeado administrador da sociedade e ter seu nome civil aproveitado na composição do nome empresarial. Encontra-se este tipo societário disciplinado nos arts. 1.039 a 1.044 do CC.

Na hipótese de falecimento de sócio, se o contrato social não dispuser a respeito, opera-se a liquidação das quo-

tas do falecido (CC, art. 1.028). Para que os sucessores do sócio morto tenham o direito de ingressar na sociedade, mesmo contra a vontade dos sobreviventes, é indispensável no contrato social cláusula expressa que o autorize.

3. SOCIEDADE EM COMANDITA SIMPLES

É o tipo societário em que um ou alguns dos sócios, denominados "comanditados", têm responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais, e outros, os sócios "comanditários", respondem limitadamente por essas obrigações. Somente os sócios comanditados podem ser administradores, e o nome empresarial da sociedade só poderá valer-se de seus nomes civis, portanto. Ademais, devem ser necessariamente pessoas físicas. Disciplinam a sociedade em comandita simples os arts. 1.045 a 1.051 do CC.

Os sócios comanditários, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas, estão sujeitos às restrições específicas que lhes reserva a lei: não poderão praticar atos de gestão da sociedade, para se evitar a possibilidade de, agindo em nome dela, serem tomados por administradores e sócio de responsabilidade ilimitada. Poderão, contudo, receber poderes especiais de procurador na realização de negócios determinados.

Os comanditários têm, como os comanditados, direito de participar da distribuição dos lucros proporcionalmente às suas quotas, bem como tomar parte das deliberações sociais e fiscalizar a administração dos negócios da sociedade.

Morrendo sócio comanditado, dá-se a dissolução parcial da sociedade, a menos que o contrato social expressamente estipule o ingresso dos sucessores (CC, art. 1.028, I). Se falecer comanditário, a sociedade, em princípio, não se dissolve. Continuará com os sucessores, aos quais cabe in-

dicar um representante (CC, art. 1.050). Apenas se previsto de modo expresso no contrato, os sobreviventes poderão liquidar as quotas do comanditário falecido. Varia, assim, de acordo com a espécie de sócio falecido, a natureza personalística ou capitalista da sociedade, no tocante às consequências da morte de sócio: entre os comanditados, ela é "de pessoas", salvo se o contrato dispuser em contrário, e, entre os comanditários, é "de capital", a menos que disposto em sentido diverso no contrato.

4. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

A sociedade em conta de participação, disciplinada pelos arts. 991 a 996 do CC, possui características excepcionalmente próprias, no cenário das sociedades do direito brasileiro, seja por sua despersonalização, seja por seu caráter de sociedade secreta.

Quando duas ou mais pessoas se associam para um empreendimento comum, poderão fazê-lo na forma de sociedade em conta de participação, ficando um ou mais sócios em posição ostensiva e outro ou outros em posição oculta (chamam-se estes sócios *participantes*). Por não ter personalidade jurídica, a sociedade em conta de participação não assume em seu nome nenhuma obrigação.

É o sócio ou sócios ostensivos — estes em conjunto ou separadamente — que assumem, como obrigação pessoal, as obrigações da sociedade. E assim sendo, em se tratando de responsabilidade pessoal, não há que se falar de subsidiariedade ou limitação. Os sócios ostensivos, desta forma, respondem ilimitadamente pelas obrigações que, em nome próprio, assumirem para o desenvolvimento do empreendimento comum. Já os sócios participantes não respondem senão perante os ostensivos e na forma do que hou-

ver sido pactuado, ou seja, limitada ou ilimitadamente, de acordo com o previsto no contrato firmado entre eles.

Os sócios participantes não mantêm qualquer relação jurídica com os credores por obrigações decorrentes do empreendimento comum. Estes credores devem demandar o sócio ou sócios ostensivos, os quais, em regresso, e nas condições do contrato, poderão voltar-se contra os participantes. Do mesmo modo, os participantes não podem demandar os devedores da sociedade.

A sociedade em conta de participação é, além de despersonalizada, também secreta, ou seja, o contrato entre os sócios, que deu início à conjugação de esforços no desenvolvimento de empresa comum, *não* pode ser registrado no Registro das empresas. Se os credores do sócio ostensivo têm conhecimento da existência da sociedade em conta de participação, não haverá quebra do seu caráter secreto, posto que este reside não no desconhecimento que o meio empresarial tenha da associação, mas, sim, na proibição do registro na Junta Comercial. Nada impede, por conseguinte, o registro do ato constitutivo da sociedade em conta de participação no Registro de Títulos e Documentos, para melhor resguardo dos interesses dos contratantes. Destaca a lei que este ato registrário não confere à C/P personalidade jurídica.

Sendo uma sociedade despersonalizada e secreta, não adotará nenhum nome empresarial.

Os bens empregados no desenvolvimento da empresa compõem um patrimônio especial. As obrigações pessoais do sócio ostensivo, não relacionadas com o desenvolvimento do empreendimento da C/P, somente poderão ser satisfeitas com execução desta parte de seu patrimônio se o respectivo credor ignorava a existência da sociedade. Falindo o sócio ostensivo, a conta de participação deve ser liquidada;

falindo o participante, os direitos decorrentes do contrato de sociedade em conta de participação podem integrar a massa, segundo as regras dos contratos bilaterais.

Este tipo societário, até 1985, permitia aos empresários a exploração em sociedade de determinada atividade, com uma situação menos onerosa, sob o ponto de vista do direito tributário, em relação aos demais tipos. Isto porque sua renda não sofria tributação por força da despersonalização que a caracteriza. Em 1986, contudo, por legislação específica, o direito tributário passou a equipará-la aos demais tipos societários, no que diz respeito ao imposto de renda. A sua natureza despersonalizada, contudo, permanece íntegra, para os efeitos de direito comercial, vale dizer, para a disciplina das relações jurídicas entre os sócios e seus credores cíveis.

Tais, de qualquer forma, são as peculiaridades deste tipo societário, que seria preferível entendê-lo, mais, como uma espécie de contrato de investimento, que o legislador resolveu denominar por "sociedade", do que, propriamente, como uma espécie de sociedade empresária.

CAPÍTULO 13

SOCIEDADE LIMITADA

1. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

A sociedade limitada é o tipo societário de maior presença na economia brasileira. Introduzida no nosso direito em 1919, ela representa hoje mais de 90% das sociedades empresárias registradas nas Juntas Comerciais. Deve-se o sucesso a duas de suas características: a limitação da responsabilidade dos sócios e a contratualidade. Em razão da primeira, os empreendedores e investidores podem limitar as perdas, em caso de insucesso da empresa. Conforme se examinará à frente, os sócios respondem, em regra, pelo capital social da limitada. Uma vez integralizado todo o capital da sociedade, os credores sociais não poderão executar seus créditos no patrimônio particular dos sócios. Preservam-se os bens deste, assim, em caso de falência da limitada.

A segunda característica que motivou a larga utilização desse tipo societário é a contratualidade. As relações entre os sócios podem pautar-se nas disposições de vontade destes, sem os rigores ou balizamentos próprios do regime legal da sociedade anônima, por exemplo. Sendo a limitada contratual, e não institucional, a margem para negociações entre os sócios é maior.

A limitada é disciplinada em capítulo próprio do Código Civil (arts. 1.052 a 1.087). Este conjunto de normas,

porém, não é suficiente para disciplinar a imensa gama de questões jurídicas relativas às limitadas. Outras disposições e diplomas legais, portanto, também se aplicam a este tipo societário.

Em princípio, nas omissões do capítulo do Código Civil referente às limitadas, aplicam-se as regras das sociedades simples, também dispostas neste mesmo código (CC, art. 1.053, *caput*). Por exemplo, a regra de desempate nas deliberações sociais. Como a lei não prevê, especificamente para a sociedade limitada, nenhuma norma sobre o assunto, aplica-se o art. 1.010, § 2º, do CC, que rege o desempate nas deliberações dos sócios das sociedades simples. Quer dizer, empatada a votação feita proporcionalmente ao valor das quotas, o desempate decorrerá da prevalência dos votos do maior número de sócios, independentemente da importância das participações societárias. Persistindo o empate, devem os sócios submeter o assunto à decisão do juiz.

O diploma legal de regência supletiva da limitada pode ser, porém, a lei das sociedades anônimas (LSA). Para isto, é necessário que os sócios contratem neste sentido. Em consequência, se o contrato social contemplar cláusula expressa, determinando a aplicação da lei das sociedades por ações aos casos não regulados no capítulo específico do Código Civil referente às limitadas, o regime das sociedades simples não se aplica. A regra do desempate pelo critério da quantidade de sócios, por exemplo, não existe na legislação das sociedades anônimas. Se o contrato social eleger, de modo expresso, a LSA como o seu regime de regência supletiva, o desempate deverá seguir os procedimentos do art. 129, § 2º, da LSA: nova assembleia para discutir a questão em, no mínimo, 60 dias e, persistindo o empate, submissão da matéria ao juiz.

Em suma, se o contrato social da limitada é omisso ou define a disciplina das sociedades simples como seu regime jurídico de aplicação subsidiária, aplicam-se-lhe os arts. 997 a 1.032 do CC, sempre que a matéria não estiver disciplinada nos arts. 1.052 a 1.087 do mesmo código. Se, porém, os sócios estipularem expressamente no contrato social que o regime de regência supletiva de sua sociedade limitada será o das sociedades anônimas, nas matérias não reguladas pelos arts. 1.052 a 1.087 do CC, aplicam-se as normas da LSA.

A regência supletiva pelas normas das sociedades simples ou das anônimas importa, na verdade, a criação na lei de dois subtipos de limitadas, de que trato mais à frente (item 6).

De se notar que a lei das sociedades por ações, por sua abrangência e superioridade técnica, tem sido aplicada a todos tipos societários, inclusive a limitada, também por via analógica. Quer dizer, sendo o Código Civil lacunoso, poderá o juiz aplicar a LSA, mesmo que o regime de regência supletiva da limitada seja o das sociedades simples. Evidentemente, se o Código Civil não for omisso, não há que se cogitar de aplicação *analógica* nem da lei das sociedades por ações nem de outra qualquer: neste caso, ou a LSA se aplica *supletivamente* (porque é esta a vontade dos sócios) ou *não se aplica* (porque a matéria está regulada no capítulo referente às sociedades simples). Por exemplo: o direito de os sócios substituírem a sociedade na promoção da responsabilidade judicial de administrador por prejuízo que causara a ela (LSA, art. 159, §§ 3º e 4º). Não há previsão nenhuma no Código Civil sobre o assunto, nem no capítulo referente à sociedade limitada nem na disciplina das sociedades simples. Se o contrato social elege a LSA como o diploma de regência subsidiária da limitada, a sua regra de substituição processual tem aplicação supletiva; caso contrário, aplica-se analogicamente.

Por fim, relembre-se que, em razão da natureza contratual das limitadas, a constituição e dissolução de sociedades deste tipo seguem sempre as regras do Código Civil. Mesmo que a regência supletiva seja a da LSA, porque assim quiseram os sócios no contrato social, o regime constitutivo e dissolutório da limitada será o das sociedades contratuais (CC, arts. 1.033 a 1.038 e 1.102 a 1.112).

2. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS

A responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade limitada, como diz o nome do tipo societário, está sujeita a limites. Se os bens do patrimônio social são insuficientes para responderem pelo valor total das dívidas que a sociedade contraiu na exploração da empresa, os credores só poderão responsabilizar os sócios, executando bens de seus patrimônios individuais, até um certo montante. Alcançado este, a perda é do credor.

O limite da responsabilidade dos sócios, na sociedade limitada, é o total do capital social subscrito e não integralizado. Capital subscrito é o montante de recursos que os sócios se comprometem a entregar para a formação da sociedade; integralizado é a parte do capital social que eles efetivamente entregam. Assim, ao firmarem o contrato social, os sócios podem estipular que o capital social será de $ 100, dividido em 100 quotas no valor de $ 1 cada. Se *Antonio* subscreve 70 quotas e *Benedito*, 30, eles se comprometeram a entregar respectivamente $ 70 e $ 30 para a formação da sociedade.

Podem fazê-lo à vista, no ato da constituição, hipótese em que o capital integralizado será igual ao subscrito desde o início da sociedade. Mas, podem fazê-lo a prazo. Imagine que *Antonio* integraliza $ 50, e assume o compromisso de

integralizar o restante de suas quotas em 2 anos, enquanto *Benedito* integraliza os $ 30 correspondentes às suas quotas no ato da constituição da limitada. No primeiro caso, o limite da responsabilidade dos sócios é *zero*; quer dizer, os credores não podem cobrar dos sócios nenhuma obrigação social. No segundo, o limite é $ 20, já que o capital social subscrito é $ 100, e o integralizado, $ 80 ($ 50 por *Antonio* e $ 30 por *Benedito*).

Os sócios, na limitada, têm responsabilidade *solidária* pela integralização do capital social. Em decorrência, no exemplo em foco, os credores poderão cobrar o que falta à integralização do capital social tanto de *Antonio* como de *Benedito*. Claro que sendo este último responsabilizado pelos $ 20 devidos por *Antonio*, terá ele direito de regresso contra o sócio titular das quotas não integralizadas.

Em suma, se o contrato social estabelece que o capital está totalmente integralizado, os sócios não têm nenhuma responsabilidade pelas obrigações sociais. Falindo a sociedade, e sendo insuficiente o patrimônio social para liquidação do passivo, a perda será suportada pelos credores.

A limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais pode parecer, à primeira vista, uma regra injusta, mas não é. Como o risco de insucesso é inerente a qualquer atividade empresarial, o direito deve estabelecer mecanismos de limitação de perdas, para estimular empreendedores e investidores à exploração empresarial dos negócios. Se o insucesso de certa empresa pudesse sacrificar a totalidade do patrimônio dos empreendedores e investidores (pondo em risco o seu conforto e de sua família, as reservas para futura educação dos filhos e sossego na velhice), é natural que eles se mostrariam mais reticentes em participar dela. O prejuízo seria de todos nós, já que os bens necessários ou úteis à vida dos homens e mulheres produzem-se em empresas.

Por outro lado, quanto maior o risco, maior a perspectiva de rentabilidade que o negócio deve apresentar, para atrair o interesse de empreendedores e investidores. Sem regras limitadoras de perdas e responsabilidade, os lucros empresariais deveriam ser maiores, para compensar o elevado risco de insucesso; em consequência, também seriam maiores os preços dos bens ou serviços adquiridos no mercado. Se um país não possui direito comercial que ponha limites às perdas dos sócios em pelo menos um dos seus tipos societários, as mercadorias nele produzidas não teriam competitividade no comércio internacional, frente às de outros países dotados de regras de limitação de responsabilidade.

Também não há injustiça na regra da limitação da responsabilidade dos sócios porque os credores, ao negociarem os seus créditos, podem incluir nos preços uma taxa de risco associada à perda decorrente da falência da sociedade. Deste modo, se o banco vai emprestar dinheiro para uma limitada, deve exigir garantias adicionais (fiança ou aval) ou cobrar juros com taxa de risco mais elevada. Falindo a sociedade empresária, executará os bens dos fiadores ou avalistas, ou compensar-se-á do prejuízo pela taxa de risco de inadimplência.

A regra da limitação da responsabilidade dos sócios da sociedade limitada comporta exceções. Nas hipóteses de caráter excepcional, os sócios responderão subsidiária, mas ilimitadamente, pelas obrigações da sociedade. São as seguintes:

a) os sócios que adotarem deliberação contrária à lei ou ao contrato social responderão ilimitadamente pelas obrigações sociais relacionadas à deliberação ilícita. Os sócios que dela dissentirem deverão acautelar-se, formalizando sua discordância, para se assegurar quanto a esta modalidade de responsabilização (CC, art. 1.080);

b) a sociedade marital, isto é, a composta exclusivamente por marido e mulher, inobstante jurisprudência pacificada no STF, tem, por vezes, sido entendida como nula, porque importaria, segundo certas lições, em fraude contra o direito de família. O Código Civil, inclusive, proíbe a sociedade marital se o regime de bens no casamento for o da comunhão universal ou separação obrigatória (art. 977). Assim, se, a despeito da proibição legal, for registrada na Junta Comercial sociedade composta exclusivamente por marido e mulher, os seus sócios responderiam ilimitadamente pelas obrigações sociais;

c) a Justiça do Trabalho tem protegido o empregado deixando de aplicar as regras de limitação da responsabilidade dos sócios. Tal orientação, de base legal questionável, deriva, na verdade, da intenção de proteger o hipossuficiente, na relação de emprego;

d) se o sócio fraudar credores valendo-se do expediente da separação patrimonial, poderá ser responsabilizado ilimitadamente por obrigação da sociedade, em decorrência da teoria da desconsideração da pessoa jurídica (CC, art. 50).

Nestes casos, apenas, é que não vigora a limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais. Não sendo uma hipótese excepcional das previstas acima, o sócio não poderá ser atingido por obrigação da sociedade, além do limite legal do capital não integralizado.

3. DELIBERAÇÕES DOS SÓCIOS

Os sócios da sociedade limitada, normalmente, participam do dia a dia da empresa. Comparecem à sede nos dias úteis, inteiram-se dos negócios, controlam o movimento do caixa, conversam uns com os outros. Nesse contato cotidia-

no com os negócios e demais sócios, eles tomam várias deliberações referentes ao desenvolvimento da sociedade. Dispensa-se qualquer formalidade, nesses casos.

Em relação a determinadas matérias, porém, em razão da maior importância para a sociedade e repercussão nos direitos dos sócios e de terceiros, a lei prevê algumas formalidades. São elas: *a*) designação e destituição de administradores; *b*) remuneração dos administradores; *c*) votação das contas anuais dos administradores; *d*) modificação do contrato social; *e*) operações societárias, dissolução e liquidação da sociedade; *f*) expulsão de minoritário (art. 1.085).

Se pretenderem tratar de qualquer dessas matérias, os sócios devem reunir-se em *assembleia* e cumprir exigência relativa ao *quorum* deliberativo legalmente previsto para validade da decisão que tomarem.

A assembleia deve ser convocada mediante avisos publicados por três vezes na imprensa oficial e em jornal de grande circulação, com antecedência mínima de oito dias. A assembleia só poderá deliberar validamente se atenderem à convocação sócio ou sócios titulares de pelo menos três quartos do capital social. Caso não atendido esse *quorum* de instalação, deve-se proceder à segunda convocação, com três outras publicações de avisos e antecedência de cinco dias. Atendidas estas formalidades, a assembleia se instala validamente com qualquer número.

O funcionamento da assembleia deve observar rituais específicos, dirigidos pela mesa (composta por dois sócios, um presidente e o outro secretário), destinados a garantir o exercício do direito de voz e voto a todos os sócios presentes. Ao término dos trabalhos, é redigida ata, que reproduza com fidelidade o ocorrido, com as votações manifestadas e deliberações decorrentes.

É obrigatória a realização de uma assembleia a cada ano, para tomar as contas dos administradores, votar o balanço patrimonial e de resultados e eleger administradores, caso se tenha exaurido o mandato por prazo determinado. Se a sociedade possuir conselho fiscal, os seus membros serão eleitos também nessa oportunidade. É a assembleia anual ou ordinária dos sócios da limitada.

Se a sociedade tem no máximo dez sócios, o contrato social pode prever que as deliberações sobre as matérias indicadas serão adotadas em *reunião de sócios*, e não em assembleia. A diferença entre as duas modalidades de encontro não está só na designação. O contrato social é livre para dispor sobre a periodicidade, convocação, realização e registro da reunião dos sócios. Como diz a lei que as normas sobre a assembleia só se aplicam às reuniões, nas omissões do contrato social, entende-se que este pode disciplinar com ampla liberdade a instalação, funcionamento e assentamento da reunião. Pode prever, por exemplo, que a reunião dos sócios será convocada por telefone e instalada com qualquer número desde logo.

A assembleia ou reunião dos sócios pode sempre ser substituída por documento que explicite a deliberação adotada, desde que assinado pela *totalidade* dos sócios. Sempre que houver consenso entre os sócios relativamente às deliberações sociais que exigem a formalidade da lei, deverá ser menos custoso adotar o documento substitutivo.

A ata da assembleia dos sócios ou da reunião regulada no contrato social, ou, ainda, o documento assinado por todos devem ser levados a arquivamento na Junta Comercial.

Em geral, os sócios deliberam por maioria de votos dos sócios presentes à assembleia ou reunião, computados proporcionalmente ao valor das quotas que titularizam.

Quem subscreveu maior parte do capital social, portanto, tem maior poder de interferência nas decisões de interesse da sociedade. Em certos casos, porém, a maioria do capital social presente ao encontro de sócios não é suficiente para aprovar a matéria, devendo observar-se, então, o *quorum* deliberativo exigido por lei. São estes os casos: *a*) *unanimidade*, para designar administrador não sócio, se o capital social não está totalmente integralizado (CC, art. 1.061); *b*) *três quartos do capital social*, para modificação do contrato social, salvo nas matérias sujeitas a *quorum* diferente (arts. 1.071, V, e 1.076, I); *c*) *três quartos*, para aprovar incorporação, fusão, dissolução da sociedade ou levantamento da liquidação (arts. 1.071, VI, e 1.076, I); *d*) *dois terços*, para designar administrador não sócio, se o capital social está totalmente integralizado (art. 1.061); *e*) *dois terços*, para destituir administrador sócio nomeado no contrato social, se não previsto neste um *quorum* diverso, maior ou menor (art. 1.063, § 1º); *f*) *mais da metade do capital*, para designar administrador em ato separado do contrato social (art. 1.076, II); *g*) *mais da metade do capital*, para destituir administrador sócio designado em ato separado do contrato social (art. 1.076, II); *h*) *mais da metade do capital*, para destituir administrador não sócio (art. 1.076, II); *i*) *mais da metade do capital*, para expulsar sócio minoritário se permitido no contrato social (art. 1.085); *j*) *mais da metade dos presentes à assembleia ou reunião*, para aprovação das contas dos administradores, nomeação e destituição dos liquidantes e julgamento de suas contas (arts. 1.071, I e VII, e 1.076, III).

Quando a sociedade limitada é microempresária ou empresária de pequeno porte, a lei dispensa a realização de qualquer assembleia ou reunião, para a deliberação dos sócios (exceto no caso de expulsão de sócio minoritário, hipótese em que a assembleia ou reunião continuam indispensáveis). Além disso, a lei estabelece que, nas sociedades mi-

croempresárias ou empresárias de pequeno porte, o *quorum* de deliberação será sempre o da maioria do capital social (LC n. 123/2006, art. 70).

4. ADMINISTRAÇÃO

A administração da sociedade cabe a uma ou mais pessoas, sócias ou não, designadas no contrato social ou em ato separado. Elas são escolhidas e destituídas pelos sócios, observando-se, em cada caso, a maioria qualificada exigida por lei para a hipótese (item 3). Para a sociedade ser administrada por não sócio, é necessária expressa autorização no contrato social. Inexistente esta, só a sócio podem ser atribuídos poderes de administrador.

O mandato do administrador pode ser por prazo indeterminado ou determinado. O contrato social ou o ato de nomeação em separado definem, para cada administrador ou em termos gerais, se há termo ou não para o exercício do cargo. Na Junta Comercial devem ser arquivados os atos de condução, recondução e cessação do exercício do cargo de administrador. Em caso de renúncia, que deve ser feita por escrito, o ato só produz efeitos em relação a terceiros, após arquivamento na Junta Comercial e publicação, mas, para a sociedade, é eficaz desde o momento em que dele tomou conhecimento.

Os administradores devem, anualmente, prestar contas aos sócios reunidos em assembleia anual (ou por outro modo previsto no contrato social). Junto com as contas, apresentarão aos sócios os balanços patrimonial e de resultados que a sociedade limitada, na condição de empresária, é obrigada a levantar. O prazo para estas providências é de quatro meses seguintes ao término do exercício social.

No tocante aos débitos da sociedade enquadráveis como dívida ativa, de natureza tributária ou não tributária (Lei n. 6.830/80, art. 2º), os administradores, sócios ou não, respondem por inadimplemento da sociedade limitada. É o que dispõe o art. 135, III, do CTN. Sendo ato administrativo e, portanto, presumivelmente verdadeiro, a Certidão da Dívida Ativa emitida contra a sociedade pode ser executada diretamente no patrimônio particular do administrador, a quem cabe demonstrar, por embargos do devedor, que o inadimplemento não teria importado descumprimento de lei ou contrato.

Quando a sociedade limitada está sujeita à regência supletiva do regime das sociedades simples, ela não responde pelos atos praticados em seu nome que forem evidentemente estranhos ao objeto social ou aos negócios que ela costuma desenvolver. Estabelece a irresponsabilidade o art. 1.015, parágrafo único, III, do CC. É a primeira manifestação, no direito positivo brasileiro, da teoria *ultra vires* (que, aliás, não é mais adotada em nenhum outro lugar no mundo, nem mesmo na Inglaterra, onde nascera há mais de um século). Por esta teoria, a pessoa jurídica só responde pelos atos praticados em seu nome, quando compatíveis com o seu objeto. Se estranho às finalidades da pessoa jurídica, o ato deve ser imputado à pessoa física de quem agiu em nome dela. Quando a sociedade limitada estiver sujeita à regência supletiva do regime das anônimas (porque assim previsto em contrato social), ela responderá por todos os atos praticados em seu nome, podendo, por certo, ressarcir-se dos prejuízos em regresso contra o administrador que excedeu seus poderes.

5. CONSELHO FISCAL

O contrato social pode prever a instalação e funcionamento do conselho fiscal na limitada. Este órgão só se justi-

fica nas sociedades em que houver número significativo de sócios afastados do cotidiano da empresa. Na generalidade das limitadas, não deve ser conveniente ou economicamente justificável sua instalação e funcionamento.

O conselho será composto por, no mínimo, três membros efetivos e respectivos suplentes, que podem ser sócios ou não. Há impedimento para os membros da administração da própria sociedade ou de outra, por ela controlada, empregados de ambas ou dos respectivos administradores, bem assim os cônjuges ou parentes até terceiro grau destes. O impedimento visa garantir a isenção dos fiscais no exercício de suas funções. O empregado está forçosamente subordinado ao administrador e não tem independência para fiscalizá-lo. O cônjuge pode ter interesse pessoal em ocultar irregularidades, e assim por diante. Para que o instrumento de fiscalização seja eficiente, a isenção do conselho fiscal deve ser completa.

Os membros do conselho fiscal serão escolhidos na assembleia anual (ou em reunião, se prevista em contrato social) pelo voto da maioria dos sócios presentes. A lei assegura aos que dissentirem dos fiscais escolhidos pela maioria o direito de eleger, em separado, um membro e respectivo suplente, desde que titularizem pelo menos um quinto do capital social. Se houver mais de um dissidente com quotas representando individualmente 20% ou mais do capital, cada um elegerá em separado o seu representante. Se dois ou mais minoritários possuírem juntos no mínimo um quinto do capital, poderão escolher um representante deles, caso discordem do conselho constituído pelos majoritários. Em qualquer caso de eleição segregada, o número de fiscais será aumentado para acomodar os eleitos pela maioria e pelos minoritários dissidentes.

O fiscal pode exercer suas funções individualmente, mas responde por abuso dos poderes de que está investido.

O conselho poderá escolher, para auxiliá-lo no exame de livros, contas e demonstrativos, um contabilista, cuja remuneração será aprovada pelos sócios, em assembleia.

6. AS DUAS LIMITADAS

A mais relevante das inovações que o Código Reale trouxe para as sociedades limitadas é a criação de dois subtipos deste tipo societário. A partir da vigência da nova lei, os sócios que optarem pela constituição de uma sociedade limitada podem escolher entre duas grandes alternativas. A inovação decorre da regra de regência supletiva das sociedades limitadas prevista no art. 1.053, e seu parágrafo único, do Código Civil.

Em outros termos, o Capítulo do CC sobre sociedades limitadas (Parte Especial, Livro II, Título II, Subtítulo II, Capítulo IV) possui diversas lacunas. Não disciplina, por exemplo, o direito de retirada imotivado nas sociedades sem prazo, as consequências da morte de sócio, a distribuição do resultado e outros temas societários de real importância. Nestas matérias, a respeito das quais o Capítulo do CC sobre sociedade limitada é omisso, este tipo societário pode ser regido por dois diferentes conjuntos de normas legais: o correspondente ao Capítulo do CC sobre as sociedades simples (Parte Especial, Livro II, Título II, Subtítulo II, Capítulo I) ou à LSA.

A sujeição a um ou a outro regime de regência supletiva depende do que estiver previsto no contrato social; ou seja, depende do que os sócios negociarem. Se o contrato social for omisso quanto ao regime de regência supletiva ou eleger o das sociedades simples, naquelas matérias em que o Capítulo do CC sobre sociedade limitada for omisso, aplicam-se as regras do Capítulo do CC sobre sociedades sim-

ples. Caso o contrato social eleja como regime de regência supletiva o da sociedade anônima, naquelas matérias, a sociedade limitada sujeitar-se-á às normas da LSA.

Existem, assim, duas limitadas; ou melhor, dois subtipos de sociedades limitadas. Um, o das sociedades limitadas sujeitas ao regime de regência supletiva das sociedades simples (subtipo I); outro, o das sujeitas ao regime de regência supletiva das sociedades anônimas (subtipo II). Às sociedades do primeiro subtipo proponho chamar limitadas de vínculo instável; às do segundo, limitadas de vínculo estável. Isto em razão da implicação que reputo mais relevante entre as diferenças existentes entre os dois subtipos: o direito de retirada imotivada nas sociedades sem prazo. A existência deste direito nas limitadas de subtipo I faz com que o sócio possa, a qualquer momento e independente de motivação, requerer a apuração dos seus haveres; isto torna o vínculo entre os sócios, neste subtipo societário, mais instável do que o do outro subtipo, em que a retirada imotivada não é cabível.

As sociedades limitadas sujeitas à regência supletiva do Capítulo do CC sobre sociedades simples estabelecem entre os sócios um vínculo instável, que pode ser rompido com maior facilidade. Isto, em função das hipóteses em que é cabível a *dissolução parcial* (ou, no dizer do CC, a resolução da sociedade em relação a um sócio), que estudaremos no próximo capítulo.

Nas sociedades do subtipo I, a dissolução parcial cabe em cinco casos: *a*) morte de sócio (CC, art. 1.028, *caput*); *b*) liquidação de quotas a pedido de credor de sócio (CC, art. 1.026); *c*) retirada motivada (CC, arts. 1.077 e 1.029, parte final); *d*) retirada imotivada (CC, art. 1.029, primeira parte); *e*) expulsão de sócio (CC, art. 1.085). Já na sociedade limitada de subtipo II, só cabe a dissolução parcial em duas hipóteses: retirada motivada e expulsão.

Não cabe, assim, a dissolução parcial do subtipo estável de sociedade pela vontade unilateral do sócio (retirada imotivada), nem a pedido de credor deste (liquidação de quota) ou por falecimento de qualquer um deles. Nela, o vínculo entre os integrantes da sociedade é mais estável porque não pode ser desfeito com tanta facilidade. Aproxima-se a estabilidade do vínculo dos sócios de limitada de subtipo II da do vínculo entre acionistas da sociedade anônima, embora neste último tipo ele seja ainda mais estável (já que não existe a hipótese de expulsão de acionista minoritário).

Além destas diferenças entre as duas espécies de limitada, três outras devem ser apontadas:

a) *Desempate* — Nas sociedades limitadas com vínculo societário instável, o desempate é feito, inicialmente, segundo o critério da quantidade de sócios (CC, art. 1.010, § 2º). Apenas permanecendo o empate após a aplicação deste critério, caberá ao juiz desempatar a matéria. Já nas sociedades limitadas com vínculo societário estável, não há o critério de desempate pela quantidade de sócios. Prevalecerá, nestas, sempre a quantidade de quotas de cada sócio. Assim, empatada a deliberação, tenta-se o desempate em nova assembleia geral a se realizar com pelo menos 60 dias de intervalo; continuando o impasse, e não prevendo o estatuto a arbitragem, nem os sócios elegendo terceiro a quem encomendar a decisão, caberá ao juiz desempatar no interesse da sociedade (LSA, art. 129, § 2º).

b) *Destinação do resultado* — Nas sociedades limitadas com vínculo societário instável, a maioria dos sócios delibera sobre a destinação do resultado, podendo livremente decidir pelo reinvestimento da totalidade dos lucros gerados ou pela distribuição de todo o resultado. Isto porque, nas normas de regência da sociedade simples, não estabelece a lei nenhuma obrigatoriedade de distribuição mínima de par-

te dos lucros entre os sócios ou de apropriação de reservas. Já as sociedades limitadas com vínculo societário estável devem prever, no contrato social, o percentual mínimo dos lucros sociais a ser distribuído anualmente entre os sócios. Caso seja omisso o instrumento contratual, pelo menos metade do lucro líquido ajustado deve obrigatoriamente ser distribuído entre os sócios como participação nos lucros (LSA, art. 202). Este é o piso, já que integra a distribuição obrigatória toda parcela do resultado que não for apropriado numa das reservas previstas em lei ou no contrato social.

c) *Vinculação a atos estranhos ao objeto social* — A sociedade limitada com vínculo instável, por se submeter ao art. 1.015, parágrafo único, III, do CC (regra constante do Capítulo das sociedades simples), não se vincula aos atos praticados em seu nome pelo administrador quando se tratar de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade. Trata-se de norma inspirada na vetusta teoria dos atos *ultra vires*. Já a sociedade limitada com vínculo estável, não se submetendo ao dispositivo referido, vincula-se a todos os atos praticados em seu nome por seus administradores, ainda que estranhos ao objeto social.

7. SOCIEDADES LIMITADAS DE GRANDE PORTE

A sociedade empresária é classificada como "de grande porte" quando possui ativo total superior a R$ 240.000.000,00 ou receita bruta anual acima de R$ 300.000.000,00 (Lei n. 11.638/2007, art. 3º, parágrafo único). Se alcançar uma ou outra cifra num determinado exercício, a sociedade limitada passa a ser considerada "de grande porte" no subsequente.

Nesse caso, a sociedade limitada submete-se às mesmas regras que a lei fixa para a sociedade anônima relativamente à escrituração e elaboração das demonstrações finan-

ceiras. Vale dizer, ela fica obrigada a escriturar seus livros mercantis seguindo o regime de competência, não podendo usar mais o regime de caixa enquanto se classificar dessa maneira (LSA, art. 177). Além disso, ao término do exercício, a sociedade limitada de grande porte deve levantar as mesmas demonstrações financeiras a que se obrigam as companhias fechadas em geral, quais sejam: *balanço patrimonial, demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados e demonstração do exercício* (art. 176, I a III). Por fim, caso o patrimônio líquido da sociedade limitada de grande porte seja de pelo menos R$ 2.000.000.000,00, fica obrigada a levantar, também, a *demonstração de fluxos de caixa* (art. 176, § 6º).

Nenhuma outra exigência reservada pela lei às sociedades anônimas se estende às limitadas de grande porte, em razão de sua classificação nessa categoria. A publicação das demonstrações financeiras ou o seu registro na Junta Comercial, por exemplo, não é legalmente exigida das sociedades limitadas, nem mesmo quando classificadas como "de grande porte". A exemplo do regime jurídico aplicável à generalidade das sociedades limitadas, as demonstrações contábeis são documentos internos, destinados exclusivamente aos sócios.

CAPÍTULO 14

DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE CONTRATUAL

1. INTRODUÇÃO

Dissolução é conceito que pode ser utilizado em dois sentidos diferentes: para compreender todo o processo de término da personalidade jurídica da sociedade empresária (sentido largo) ou para individuar o ato específico que desencadeia este processo ou que importa a desvinculação de um dos sócios do quadro associativo (sentido estrito). Para contornar as dificuldades relacionadas à utilização de uma expressão única para identificação de dois institutos jurídicos distintos, não se fará aqui uso do conceito de dissolução senão em seu sentido estrito, reservando-se para designação do processo abrangido pelo seu sentido largo o termo "extinção". Advirta-se, pois, que extinção é, aqui, entendida como o processo de término da personalidade jurídica da sociedade empresária, sendo a dissolução o ato que o desencadeia ou que desvincula da sociedade um dos sócios. A dissolução opera o desfazimento do ato constitutivo da sociedade empresária. Difere-se, como já visto, da invalidação e da ineficácia do referido ato (*Cap. 10*).

As sociedades se classificam em contratuais ou institucionais de acordo com o regime constitutivo e dissolutório a que se encontram submetidas. No presente capítu-

lo, a atenção estará centrada na dissolução da sociedade contratual, postergando-se a da sociedade institucional para o momento oportuno.

2. ESPÉCIES DE DISSOLUÇÃO

A tendência atual do direito comercial, no que diz respeito às questões envolvendo os sócios, é a de procurar preservar a empresa. Em razão dos múltiplos interesses que gravitam em torno da produção e circulação de riquezas e comodidades, reservadas à empresa pela ordem constituída, inclusive a constitucional, a sua existência e desenvolvimento deixa de ser assunto da exclusiva alçada de seus sócios. Os mecanismos legais voltados ao reerguimento econômico da empresa insolvente, que o legislador instituiu na LF, têm o objetivo de atender a tais interesses. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, por sua vez, possibilita a coibição de fraudes perpetradas por meio da separação patrimonial, sem comprometimento da exploração da atividade econômica a cargo da sociedade desconsiderada. São estes exemplos de penetração, no campo do direito societário, do primado da preservação da empresa. Os assuntos particulares dos sócios, seus atos ilícitos, sua inaptidão para a vida de empreendedor, seus desentendimentos, devem ser equacionados e solucionados, juridicamente, com o mínimo de comprometimento da atividade econômica explorada pela sociedade.

Este princípio, o da preservação da empresa, não pode ser ignorado, nos dias correntes, no estudo de qualquer questão de direito societário. Mais ainda no que diz respeito à dissolução.

Dentro desse quadro, é que a doutrina e a jurisprudência, antes da entrada em vigor do Código Civil, criaram um instituto então ignorado pelo legislador e, aparentemente,

paradoxal — a dissolução parcial da sociedade. Quando os conflitos entre os sócios, ou entre estes e os sucessores de um deles, impossibilitam a preservação dos laços contratuais, deve-se tentar a compatibilização entre o fim destes laços e a continuidade da sociedade empresária ou, pelo menos, da empresa explorada. A dissolução, assim, não será da pessoa jurídica, propriamente, mas dos vínculos contratuais que a originaram. Se houver dissolução de apenas parte destes vínculos, permanecendo a sociedade por força dos demais não dissolvidos, estar-se-á diante da dissolução *parcial*. Se, ao revés, dissolveram-se todos os vínculos contratuais e, por isso, a sociedade deixar de existir, então será o caso de dissolução *total*. Mas embora sejam os vínculos contratuais a se dissolverem, em parte ou totalmente, é costume, para simplificação, falar-se em dissolução da *sociedade*. Uma abreviação útil, que deve ser prestigiada.

Portanto, de acordo com a abrangência, tem-se dissolução total ou parcial. No Código Civil a *dissolução parcial* é chamada de *resolução da sociedade em relação a um sócio* (arts. 1.028 a 1.032, 1.085 e 1.086).

Mas este não é o único critério para a classificação da dissolução. Além dele, distingue-se a dissolução em judicial ou extrajudicial, de acordo com a natureza do ato dissolutório. Se a dissolução operou-se por deliberação dos sócios registrada em ata, distrato (na extensão total) ou alteração contratual (na extensão parcial), será a hipótese de dissolução extrajudicial; já, se ela se operou por sentença (em qualquer das duas extensões), será dissolução judicial.

A dissolução judicial se dá por sentença do juiz proferida em ação específica, cuja disciplina se encontra nos arts. 656 a 674 do CPC de 1939, que continuam em vigor por previsão expressa do CPC de 1973 (art. 1.218, VII).

A separação entre dissolução judicial e extrajudicial *não* tem em vista a causa que a operou, mas o instrumento da operação. Entenda-se: nem toda a dissolução extrajudicial tem por causa a vontade dos sócios, embora toda a dissolução causada pela vontade dos sócios seja extrajudicial. Com efeito, se a causa é, por exemplo, a inexequibilidade do objeto social, pode ocorrer a dissolução judicial ou extrajudicialmente. No primeiro caso, se todos os sócios concordarem quanto à efetiva ocorrência da causa dissolutória, e no segundo caso, se um deles não concordar com a ocorrência desta e, então, negar-se a firmar o distrato, obrigando os demais a se socorrerem do Judiciário. Não foi a vontade dos sócios que deu causa à dissolução, mas a inexequibilidade do objeto social, embora a concordância de todos quanto à efetiva ocorrência desta causa seja pressuposto inafastável da dissolução extrajudicial.

Os critérios de classificação de interesse do direito comercial, em síntese, são os que resultam na distinção entre dissolução total ou parcial, de um lado, e judicial ou extrajudicial, de outro.

3. CAUSAS DE DISSOLUÇÃO TOTAL

A dissolução de todos os vínculos que deram origem a uma sociedade contratual pode ser causada pelos seguintes fatores: *a*) vontade dos sócios (CC, art. 1.033, II e III); *b*) decurso do prazo determinado de duração (art. 1.033, I); *c*) falência (arts. 1.044, 1.051 e 1.087); *d*) exaurimento do objeto social (art. 1.034, II); *e*) inexequibilidade do objeto social (art. 1.034, II); *f*) unipessoalidade por mais de 180 dias (art. 1.033, IV); *g*) causas contratuais (art. 1.035).

Para que se opere a dissolução total da sociedade contratual por vontade dos sócios, tendo sido ela contratada por

prazo determinado, é necessária a unanimidade. Não basta, neste caso, apenas a maioria societária desejar, para que a sociedade se dissolva. Nascida da vontade de todos os sócios, é possível a sua dissolução antes do prazo anteriormente acertado entre eles, desde que pela manifestação de vontade de todos os sócios. Se a sociedade foi contratada por prazo indeterminado, a vontade do sócio ou sócios representantes de mais da metade do capital social é suficiente para deliberar a dissolução. Neste último caso, porém, a jurisprudência tem reconhecido, à luz do princípio da preservação da empresa, que um único sócio, ainda que minoritário, tem o direito de continuar a sociedade — admitindo nela pelo menos mais um outro sócio. A eficácia da dissolução da sociedade sem prazo por vontade da maioria pode, assim, ser questionada em juízo pelo minoritário dissidente.

O instrumento de distrato ou a ata da assembleia ou reunião em que a dissolução foi aprovada deverá declarar as importâncias repartidas entre os sócios e indicar a pessoa ou pessoas responsáveis pelo ativo e passivo social remanescente, bem como informar os motivos da dissolução (LIOE, art. 57).

Em razão do quórum do art. 1.076, I, do CC, as Juntas devem registrar o distrato assinado apenas pelo sócio ou sócios que representam pelo menos três quartos (3/4) do capital social. Contudo, como visto, o Judiciário tem reconhecido o direito de qualquer um dos sócios continuar explorando a empresa, de forma que o minoritário pode desconstituir aquele registro, em juízo, se quiser manter o negócio em funcionamento.

O decurso do prazo determinado de duração de uma sociedade contratual é, também, causa de sua dissolução. Os sócios podem concordar quanto ao decurso e firmar distrato, operando-se a dissolução extrajudicial. Se, no entanto, um

dos sócios entender que não decorreu o prazo de duração da sociedade, e negar-se a firmar o distrato, os demais poderão recorrer ao Judiciário, pleiteando a dissolução judicial.

Se o prazo determinado de duração transcorrer e a sociedade não entrar em liquidação, considera a lei que ela foi prorrogada por tempo indeterminado se nenhum sócio se opuser. A sociedade, contudo, não estará em situação regular e, embora não deva se dissolver, ficará sujeita à aplicação analógica das regras da sociedade em comum. Tanto a exploração da atividade *antes* do registro na Junta Comercial como a *posterior* ao encerramento do prazo de duração constante deste são irregulares. Para a continuidade da sociedade, em situação regular, é necessário o registro de alteração contratual prorrogando o prazo de sua duração, antes da fluência deste. Não é permitido o registro de prorrogação após o vencimento do prazo de duração (LRE, art. 35, IV).

Desse modo, a sociedade contratada por tempo determinado e não prorrogada em tempo útil se transforma em sociedade irregular caso continue a explorar a atividade empresarial a que se dedica. Mas há autores (Egberto Lacerda Teixeira, por exemplo) que consideram excessiva a sanção imposta à sociedade e aos sócios, de acordo com essa solução. Para eles, não seria correto equiparar à sociedade irregular aquela que, tendo sido regular, não foi tempestivamente prorrogada. Para que tenha validade, a prorrogação deve ser decidida pela unanimidade dos sócios, posto que somente por manifestação de sua vontade pode o sócio continuar vinculado contratualmente aos demais, após o decurso do prazo de duração do contrato originário. Não poderá haver prorrogação contra a vontade de um dos sócios, sendo-lhe possível solicitar, em juízo, a dissolução da sociedade.

A falência é outra causa de dissolução total da sociedade empresária. Trata-se de hipótese de dissolução necessa-

riamente judicial, cuja caracterização e processamento são específicos, disciplinados por legislação própria. A falência do sócio da sociedade contratual, não é causa de dissolução total, como já foi no passado. Sendo sócio e sociedade pessoas distintas, realmente não há por que dissolver esta em razão da falência daquele. As quotas sociais de titularidade do falido serão liquidadas ou arrecadadas pela massa e o valor apurado com sua liquidação ou alienação judicial servirá à satisfação dos credores admitidos.

Também é causa de dissolução total da sociedade contratual o exaurimento do objeto social. Trata-se de hipótese rara, em que a sociedade é contratada exclusivamente para realizar uma determinada obra, operação ou serviço. Uma vez atendido o seu objetivo determinado, não há mais razão para continuar a pessoa jurídica.

A inexequibilidade do objeto social vem descrita como causa dissolutória pelo art. 1.034, II, *in fine*, do CC. Pode ser causa de dissolução judicial ou extrajudicial, consoante já visto. São exemplos de inexequibilidade do objeto social: *a*) inexistência de mercado para o produto ou serviço fornecido pela sociedade (falta de interesse dos consumidores); *b*) insuficiência do capital social para produzir ou circular o bem ou serviço referido como objeto no contrato social; *c*) a grave desinteligência entre os sócios, que impossibilite a continuidade de negócios comuns.

A unipessoalidade é causa de dissolução total da sociedade empresária contratual, visto que o direito brasileiro só admite uma hipótese de sociedade com um único sócio, a subsidiária integral, necessariamente uma sociedade por ações (e, portanto, institucional). Sempre que, por alguma razão — sucessão por ato *inter vivos* ou *mortis causa* na titularidade das cotas sociais, dissolução parcial etc. —, todas as cotas representativas do capital social de sociedade con-

tratual forem reunidas sob a titularidade de uma só pessoa, física ou jurídica, a sociedade deverá ser dissolvida. A dissolução não é imediata, assegurando-se ao sócio único as condições para negociar o ingresso de mais uma pessoa na sociedade. A lei fixa como prazo para o reestabelecimento da pluralidade o de 180 dias. Vencido este e se mantendo a concentração da totalidade das cotas sociais nas mãos de uma única pessoa, deve ser dissolvida a sociedade contratual.

Além destas causas, o próprio contrato social poderá prever outras, relacionadas com a particularidade do negócio ou da vontade dos sócios. Destas são exemplos: não obtenção de determinados patamares mínimos de lucro, redução do número de sócios a limites prefixados etc.

4. CAUSAS DE DISSOLUÇÃO PARCIAL

A dissolução parcial da sociedade (isto é, a "resolução da sociedade em relação a um sócio") pode ser provocada, na maioria das vezes, por: *a*) vontade dos sócios; *b*) morte de sócio; *c*) retirada de sócio; *d*) exclusão de sócio; *e*) falência de sócio; *f*) liquidação da quota a pedido de credor de sócio.

Por deliberação dos sócios, pode ser promovida a dissolução parcial da sociedade, com a saída de um deles, apurando-se os respectivos haveres. Não costuma haver conflitos entre os interessados, nesse caso. Estando todos de acordo com a dissolução parcial, o sócio que deixa a sociedade fica satisfeito com o valor recebido pela sua antiga participação e os que nela permanecem consideram este valor adequado.

Quando morre sócio de sociedade contratual, os seus sucessores — herdeiros ou legatários — não estão, em nenhuma hipótese, obrigados a ingressar na sociedade, podendo promover-lhe a dissolução parcial. É claro que, se dese-

jarem os sucessores do sócio morto ingressar na sociedade (e, se esta for "de pessoas", nenhum dos sócios sobreviventes se opuser), não há nenhuma razão para a dissolução, sequer parcial, da pessoa jurídica. Nem cláusula contratual dissolutória poderá sobrepor-se à vontade dos interessados (sucessores e sócios sobreviventes) e ao princípio da permanência da empresa.

A dissolução parcial é a solução jurídica que busca compatibilizar os interesses conflitantes dos sucessores de sócio morto que não desejam ingressar na sociedade ou de sócio sobrevivente, em sociedade "de pessoa", que veta o ingresso deles. Mas inexistindo o conflito de interesses, a sociedade deve permanecer, com a cota do *de cujus* transferida a quem o suceder. O falecimento de sócio é causa de dissolução judicial, se não houver concordância entre as partes quanto à ocorrência de causa dissolutória (por exemplo, os sócios supérstites recusarem-se a proceder à apuração dos haveres), ou extrajudicial, quando houver essa concordância entre as partes.

A retirada de sócio também é causa de dissolução parcial da sociedade. Relembrando, este é direito que o sócio pode acionar a qualquer tempo, se a sociedade de que participa é contratada com prazo indeterminado. A retirada, neste caso, fica condicionada apenas à notificação aos demais sócios, com prazo de 60 dias, para que se providencie a alteração contratual. Quando a sociedade é contratada por prazo determinado, o sócio só tem direito de retirada provando justa causa em juízo ou, se for do tipo limitada, dissentindo de alteração contratual, incorporação ou fusão deliberadas pela maioria. Poderá operar-se judicial ou extrajudicialmente, exceto na hipótese de retirada por justa causa de sociedade por prazo determinado, em que será necessariamente judicial a dissolução.

A exclusão de sócio, conforme já visto (*Cap. 11*, item 2), é causa de dissolução parcial. Quando tem por causa a exclusão de sócio, a dissolução pode ser judicial ou extrajudicial, em função de variáveis diversas. Se a exclusão é de sócio remisso, pode-se fazê-la extrajudicialmente em qualquer tipo de sociedade contratual (CC, art. 1.004). Se é motivada por falta grave no cumprimento de obrigação societária ou incapacidade superveniente, a dissolução será necessariamente judicial, em qualquer tipo de sociedade contratual (art. 1.030). Por fim, se a motivação é a prática por minoritários de atos graves, que põem em risco a continuidade da empresa, e sendo a sociedade limitada, a dissolução parcial poderá ser extrajudicial (deliberada em assembleia e formalizada em alteração contratual), se o contrato social expressamente o permitir; se omisso, será judicial (art. 1.085).

A falência de sócio também dá ensejo à dissolução parcial da sociedade contratual, uma vez que a lei, nesse caso, determina a apuração dos haveres do falido para pagamento à massa (CC, art. 1.030, parágrafo único).

Por fim, estabelece a lei que o credor do sócio pode pleitear na execução que promove para receber seu crédito, à falta de outros bens do executado, a liquidação da quota que este titulariza numa sociedade. Neste caso, o valor será apurado com base num balanço patrimonial especial, para ser depositado em dinheiro, pela sociedade, no juízo da execução nos 90 dias seguintes (CC, art. 1.026, parágrafo único). É uma alternativa que se abre ao credor do sócio relativamente à penhora das quotas sociais.

Estas causas de dissolução parcial não se aplicam a todas as sociedades contratuais. Se a sociedade limitada estiver sujeita à regência supletiva da LSA, ela só se dissolve parcialmente nas hipóteses de retirada motivada (dissidên-

cia em relação a alteração contratual, fusão ou incorporação da sociedade) ou expulsão.

5. LIQUIDAÇÃO E APURAÇÃO DE HAVERES

À dissolução total seguem-se a liquidação e a partilha, enquanto à dissolução parcial segue-se a apuração de haveres e o reembolso. Entre uma e outra forma de dissolução não há, nem pode haver, qualquer diferença de conteúdo econômico.

O objetivo da liquidação é a realização do ativo e o pagamento do passivo da sociedade. Poderá processar-se judicial ou extrajudicialmente, independentemente da forma assumida pela dissolução. Com efeito, os sócios podem não concordar com a ocorrência de causa dissolutória, forçando a dissolução judicial, mas podem estar concordes com a forma de se levar a cabo a liquidação, que será extrajudicial; como podem concordar com a ocorrência de causa dissolutória, firmando o respectivo distrato, mas não chegar a acordo quanto à liquidação, reportando-se, então, ao Judiciário.

Durante a liquidação, a sociedade empresária sofre restrição em sua personalidade jurídica, estando autorizada apenas à prática dos atos tendentes à solução de suas pendências obrigacionais. Nesse período, o órgão responsável pela manifestação da vontade da pessoa jurídica não será mais o administrador, e sim o liquidante. Outrossim, deverá aditar ao seu nome empresarial a expressão "em liquidação" (CC, art. 1.103 e parágrafo único).

Realizado o ativo e pago o passivo, o patrimônio líquido remanescente será partilhado entre os sócios, proporcionalmente à participação de cada um no capital social, se

outra razão não houver sido acordada, seja no contrato social, seja em ato posterior. Concluída a partilha, encerra-se o processo de extinção da sociedade empresária, com a perda de sua personalidade jurídica.

Fran Martins defende que ainda há uma derradeira fase no processo extintivo, consistente no decurso do prazo prescricional das obrigações da sociedade dissolvida. Entende a maioria da doutrina, contudo, que essa lição não seria de todo acertada. Se a liquidação não foi completa e regular a ponto de restar pendente uma ou mais obrigações, isto não é ato imputável à sociedade, mas aos sócios e ao liquidante, que responderão, pessoalmente, pelos atos da liquidação irregularmente feita.

Já os objetivos da apuração dos haveres não são os mesmos que os da liquidação. Por ela, não se busca a solução das pendências obrigacionais da sociedade, mas a definição do *quantum* devido pela sociedade ao sócio desvinculado. Tem ele direito de crédito contra a pessoa jurídica no importe equivalente ao que teria se a hipótese fosse de dissolução total. Ou seja: o sócio tem direito ao valor patrimonial de sua cota social, não ao valor nominal, nem o de mercado, ou outro que se lhe atribua. A sociedade deve apurar os haveres do sócio desvinculado e pagar-lhe — nos prazos contratualmente previstos ou à vista em caso de omissão do contrato —, ou aos seus sucessores, a parte do seu patrimônio líquido que corresponder à proporção da cota liberada em relação ao capital social. Neste sentido é que se afirma que, sob o ponto de vista econômico, não há diferença entre a liquidação e a apuração de haveres. Somente assim é que se evita o enriquecimento ilícito do sócio desvinculado ou dos sócios que permanecem na sociedade.

6. DISSOLUÇÃO DE FATO

É, lamentavelmente, mais comum do que seria de se desejar a dissolução de fato da sociedade empresária. Os sócios, em vez de observarem o procedimento extintivo previsto em lei, limitam-se a vender precipitadamente o acervo, a encerrar as atividades e se dispersarem. Comportamento de todo irregular, que o meio empresarial conhece, amargamente, por "golpe na praça". Tal comportamento é causa de decretação da falência da sociedade (LF, art. 94, III, *f*). Mas, além disso, os sócios respondem pelos prejuízos decorrentes deste comportamento irregular. Com efeito, o procedimento extintivo da sociedade empresária é prescrito pelo direito no resguardo dos interesses não apenas dos sócios, como também dos credores da sociedade. Se aqueles deixam de observar as normas disciplinadoras do procedimento extintivo, responderão pela liquidação irregular, de forma pessoal e, consequentemente, ilimitada. Não há dispositivo específico que preveja esta hipótese, mas basta a invocação da teoria clássica da responsabilidade civil por danos decorrentes de atos ilícitos, para se concluir pela possibilidade de responsabilização dos sócios da sociedade dissolvida de fato pelas obrigações pendentes, sem que tenha aplicação qualquer regra de limitação desta responsabilidade, visto que se trata de ilícito perpetrado pessoalmente por eles, sócios.

CAPÍTULO 15

SOCIEDADES POR AÇÕES

1. INTRODUÇÃO

Duas são as sociedades por ações, também classificadas como institucionais: a sociedade anônima e a sociedade em comandita por ações. No seu estudo, cuida-se primeiro das normas relativas à sociedade anônima (também chamada de "companhia"), que são gerais para as sociedades por ações, reservando um item próprio para as especificidades da sociedade em comandita por ações.

A sociedade anônima sujeita-se às regras da Lei das Sociedades por Ações (LSA), de n. 6.404, de 1976. O Código Civil seria aplicável apenas nas omissões desta (art. 1.089). Já a sociedade em comandita por ações é referida nos arts. 1.090 a 1.092 do CC, e se submete, em caso de omissão dessas normas, ao regime da sociedade anônima.

2. CARACTERÍSTICAS GERAIS DA SOCIEDADE ANÔNIMA

A sociedade anônima é uma sociedade de capital. Os títulos representativos da participação societária (ação) são livremente negociáveis. Nenhum dos acionistas pode impedir, por conseguinte, o ingresso de quem quer que seja no

quadro associativo. Por outro lado, será sempre possível a penhora da ação em execução promovida contra o acionista.

Finalmente, em falecendo o titular de uma ação, não poderá ser impedido o ingresso de seus sucessores no quadro associativo. Inclusive, por se tratar de sociedade institucional, nem será lícito aos sucessores do acionista morto pleitear a apuração dos haveres deste. O herdeiro ou legatário de uma ação transforma-se, queira ou não, em acionista da sociedade anônima.

O capital social deste tipo societário é fracionado em unidades representadas por ações. Os seus sócios, por isso, são chamados de acionistas, e eles respondem pelas obrigações sociais até o limite do que falta para a integralização das ações de que sejam titulares. Ou dizendo o mesmo com as expressões usadas pelo legislador: o acionista responde pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir (LSA, art. 1º). Preço de emissão, registre-se, não se confunde com o valor nominal ou de negociação.

Se alguém indagar quanto vale uma ação de determinada companhia, a resposta dependerá de um esclarecimento: a respeito de que valor estará sendo feita a pergunta. A ação de uma sociedade anônima vale diferentemente de acordo com os objetivos da avaliação. Uma analogia, um tanto grosseira, pode ajudar o entendimento da questão. Uma casa tem, também, diversos valores: se o objetivo é o cálculo e pagamento do imposto de propriedade, o que interessa é o valor venal da casa; se for o pagamento de imposto de transmissão, é o valor declarado na escritura; mas nenhum destes terá qualquer importância no momento da negociação desse bem, hipótese em que tem peso o valor de mercado. Com a ação ocorre algo semelhante. Em função do objetivo perseguido, o seu valor é um ou outro.

Assim, tem-se:

a) *Valor nominal* — o resultante da operação matemática de divisão do valor do capital social pelo número de ações é o valor nominal. O estatuto da sociedade pode expressar este valor ou não; no primeiro caso, ter-se-á ação com valor nominal, no segundo, ação sem valor nominal, apresentando, cada uma, algumas vantagens próprias, que serão examinadas em seguida.

b) *Valor patrimonial* — o valor da participação do titular da ação no patrimônio líquido da companhia. Resulta da operação matemática de divisão do patrimônio líquido pelo número de ações em que se divide o capital social. É o valor devido ao acionista em caso de liquidação da sociedade ou amortização da ação.

O valor nominal, quando existente, é previsto nos estatutos. Já o valor patrimonial se pode conhecer pelas demonstrações contábeis que a sociedade anônima é obrigada a levantar ao término do exercício social. Quando esses instrumentos estão defasados no tempo, a lei estabelece mecanismos para a sua atualização (LSA, art. 45, §§ 1º a 4º), de modo que o valor patrimonial da ação corresponda à parcela do patrimônio líquido atualizado da sociedade cabível a cada ação.

c) *Valor de negociação* — é o preço que o titular da ação consegue obter na sua alienação. O valor pago pelo adquirente é definido por uma série de fatores econômicos, como as perspectivas de rentabilidade, o patrimônio líquido da sociedade, o desempenho do setor em que ela atua, a própria conjuntura macroeconômica etc.

d) *Valor econômico* — é o calculado, por avaliadores de ativos, por meio de técnicas específicas (p. ex., a do "fluxo de caixa descontado"), e representa o montante que é

racional pagar por uma ação, tendo em vista as perspectivas de rentabilidade da companhia emissora.

e) *Preço de emissão* — é o preço pago por quem subscreve a ação, à vista ou parceladamente. Destina-se a mensurar a contribuição que o acionista dá para o capital social (e, eventualmente, para a reserva de capital) da companhia, bem como o limite de sua responsabilidade subsidiária.

O preço de emissão é fixado pelos fundadores, quando da constituição da companhia, e pela assembleia geral ou pelo conselho de administração, quando do aumento do capital social com emissão de novas ações. Se a companhia tem o seu capital social representado por ações com valor nominal, o preço de emissão das ações não poderá ser inferior ao seu valor nominal. E se for superior, a diferença, chamada ágio, constituirá reserva de capital, que poderá posteriormente ser capitalizada (LSA, arts. 13 e 200, IV).

A fixação do preço de emissão de ações emitidas por força de aumento do capital social deve obedecer a determinados critérios previstos em lei (art. 170, § 1º), dos quais se ressalta o seguinte: não se poderá impingir aos antigos acionistas uma diluição injustificada do valor patrimonial de suas ações. Com efeito, sempre que as novas ações forem subscritas por preço inferior ao valor patrimonial das existentes, este sofrerá uma redução (diluição). Tal redução poderá ser justificada ou não. Quer dizer: se a companhia efetivamente necessita dos recursos provenientes da emissão das novas ações, os acionistas antigos devem suportar a diluição do valor patrimonial de seus títulos. Já, se não existe tal necessidade ou se os recursos de que carece a sociedade poderiam ser obtidos por outros meios, não se justifica a diluição. Essa regra vigora para a sociedade por ações com ou sem valor nominal. O acionista de qualquer companhia não pode sofrer, injustificadamente, diluição do valor patri-

monial de suas ações. Contudo, o acionista de sociedade por ações com valor nominal encontra-se mais protegido contra essa diluição, mesmo justificada, do que o acionista de sociedade por ações exclusivamente sem valor nominal.

Em razão da proibição de fixação do preço de emissão de novas ações abaixo do valor nominal, terá aquele acionista uma relativa garantia contra a diluição do valor patrimonial de suas ações. Por outro lado, a doutrina costuma apontar a facilidade e economia na emissão de certificados de ações como a vantagem da adoção do sistema de ausência do valor nominal, posto que seria dispensável a substituição dos certificados sempre que o capital social e, consequentemente, o valor nominal das ações fossem aumentados.

A sociedade anônima é sempre empresária, mesmo que seu objeto seja atividade econômica civil (CC, art. 982, parágrafo único; LSA, art. 2º, § 1º). Uma companhia constituída só por dentistas para a prestação de serviços de odontologia pelos próprios acionistas, embora tenha por objeto uma atividade não empresarial (CC, art. 966, parágrafo único), será empresária e estará sujeita ao regime jurídico-comercial, pela só adoção do tipo societário, o que, salvo no caso das cooperativas, não ocorre com as demais sociedades tipificadas em lei que podem, em função da natureza de sua atividade, ser simples ou empresárias.

A companhia adota denominação, obrigatoriamente. Desta constará referência ao tipo societário, pelas expressões "sociedade anônima" ou "companhia", por extenso ou abreviadamente (S/A ou Cia.), sendo que esta última expressão somente poderá ser utilizada no início ou no meio do nome empresarial. A menção ao ramo do comércio na denominação é essencial (CC, art. 1.160).

3. CLASSIFICAÇÃO

As sociedades anônimas se classificam em abertas ou fechadas, conforme tenham, ou não, admitidos à negociação, na Bolsa ou no mercado de balcão, os valores mobiliários de sua emissão. Anote-se que o critério de identificação de uma ou outra categoria de sociedade anônima é meramente formal. Basta que a companhia tenha seus valores mobiliários admitidos à negociação na Bolsa ou mercado de balcão (que compõem o "mercado de valores mobiliários"), para ser considerada aberta. É irrelevante se os valores mobiliários de sua emissão efetivamente são negociados nessas instituições.

Para que uma companhia tenha seus valores mobiliários admitidos à negociação na Bolsa ou mercado de balcão — o que permitirá maior liquidez do investimento representado por tais títulos — necessita obter do governo federal a respectiva autorização. A companhia somente pode ser aberta se autorizada nesses termos. O órgão do governo federal encarregado pela lei de conceder tal autorização é uma autarquia denominada Comissão de Valores Mobiliários — CVM. Essa autarquia foi criada pela Lei n. 6.385, de 1976, e juntamente com o Banco Central exerce a supervisão e o controle do mercado de capitais, de acordo com as diretrizes traçadas pelo Conselho Monetário Nacional — CMN.

O interesse do governo federal no acompanhamento das sociedades anônimas abertas — que justifica o regime de controle específico a que estas se encontram submetidas — está relacionado com a proteção ao investidor popular em especial, e com o papel que tais entidades desempenham na economia em geral. Em virtude desse interesse é que a legislação do anonimato prevê determinadas regras de aplicação restrita a uma ou a outra categoria de sociedade anônima.

A Bolsa de Valores é uma entidade privada (pode ser uma sociedade anônima, como é a BM&FBovespa, ou uma associação de corretores, que exerce o serviço público de manter o pregão dos valores mobiliários; sua criação depende de autorização do Banco Central e seu funcionamento é controlado pela CVM. Mercado de balcão compreende toda operação relativa a valores mobiliários realizada fora da Bolsa de Valores, por sociedade corretora e instituição financeira ou sociedade intermediária autorizadas. A companhia aberta pode estar registrada na CVM para ter os seus valores mobiliários negociados somente no mercado de balcão ou neste e na Bolsa.

A Bolsa só opera com o mercado secundário, ou seja, para venda e aquisição de valores mobiliários, ao passo que o mercado de balcão opera com o mercado primário também, ou seja, para a subscrição de valores mobiliários. A emissão de novas ações, por exemplo, não poderá ser feita na Bolsa, mas poderá ser feita no mercado de balcão.

A Lei n. 7.913, de 1989, reconhece legitimidade ativa ao Ministério Público para propor, de ofício ou a pedido da CVM, ação civil pública para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, decorrentes principalmente de práticas irregulares. Embora a disposição seja bastante oportuna, a verdade é que o legislador não adotou a solução mais feliz, confundindo interesse difuso, cuja proteção deve ser feita mesmo por meio de ação civil pública, com interesses individuais passíveis de proteção coletiva, que é o caso dos investidores do mercado de capitais lesados por práticas irregulares.

Outro critério de classificação das companhias tem em vista a sua nacionalidade. De acordo com a antiga legislação do anonimato, o Decreto-lei n. 2.627, de 1940, mais precisa-

mente por seu art. 60, mantido em vigor pelo art. 300 da LSA, considera-se nacional a companhia constituída de acordo com a legislação brasileira e com sede de administração localizada no Brasil, sendo irrelevante a nacionalidade do capital ou dos acionistas. A sociedade anônima organizada de acordo com legislação alienígena, ou com sede no exterior, é considerada, portanto, estrangeira, submetendo-se, em decorrência, a um controle governamental específico, disciplinado pelos dispositivos ainda vigorantes da antiga lei do anonimato.

4. CONSTITUIÇÃO

O tema da constituição das companhias encontra-se fracionado em três níveis distintos: *a*) requisitos preliminares (arts. 80 e 81); *b*) modalidades de constituição (arts. 82 a 93); *c*) providências complementares (arts. 94 a 99). Não se trata, rigorosamente, de etapas da constituição, posto se intercruzarem as medidas disciplinadas em cada uma destas seções.

Qualquer companhia, para constituir-se, deve atender aos seguintes três requisitos preliminares:

a) Subscrição de todo o capital social por, pelo menos, duas pessoas. Não se exige mais, como no passado, o mínimo de sete subscritores para validade da constituição. Necessário, no entanto, é que todas as ações representativas do capital social estejam subscritas. A subscrição é contrato plurilateral complexo pelo qual uma pessoa se torna titular de ação emitida por uma sociedade anônima. A subscrição é irretratável.

b) Realização, como entrada, de, no mínimo, 10% do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro. Na subscrição a prazo em dinheiro, pelo menos 1/10 do preço da

ação deve ser integralizado como entrada. Em se tratando de instituição financeira, a porcentagem sobe para 50%, nos termos do art. 27 da Lei n. 4.595, de 1964.

c) Depósito das entradas em dinheiro no Banco do Brasil ou estabelecimento bancário autorizado pela CVM (CVM-AD n. 2/78). Este depósito deverá ser feito pelo fundador, até 5 dias do recebimento das quantias, em nome do subscritor e em favor da companhia em constituição. Concluído o processo de constituição, a companhia levantará o montante depositado; se este processo não se concluir em 6 meses do depósito, o subscritor é que levantará a quantia por ele paga.

A lei prevê duas modalidades de constituição de sociedade anônima, de acordo com a existência ou não de apelo ao público investidor: a constituição por subscrição pública, em que os fundadores buscam recursos para a constituição da sociedade junto aos investidores; e a constituição por subscrição particular, em que inexiste esta preocupação por parte dos fundadores.

A caracterização de emissão pública de ações encontra-se definida no art. 19, § 3º, da Lei n. 6.385/76, que elege os seguintes elementos para a sua configuração: "*a*) a utilização de listas ou boletins de venda ou subscrição, folhetos, prospectos ou anúncios destinados ao público; *b*) a procura de subscritores ou adquirentes para os títulos, por meio de empregados, agentes ou corretores; *c*) a negociação feita em loja, escritório ou estabelecimento aberto ao público, ou com a utilização dos serviços públicos de comunicação". Sempre que o fundador de uma companhia pretender lançar mão de expedientes como os referidos por este dispositivo, deverá observar as normas relativas à constituição por subscrição pública, também denominada, doutrinariamente, constituição sucessiva, posto compreender várias etapas ou

fases. Caso não pretenda lançar mão destes expedientes, deverá o fundador optar pela constituição por subscrição particular, também conhecida por constituição simultânea.

A constituição sucessiva tem início com o registro na CVM, cujo pedido deve estar instruído com o estudo de viabilidade econômica e financeira do empreendimento, o projeto dos estatutos e o prospecto. Aquela autarquia poderá condicionar a concessão do registro a alterações no prospecto ou no projeto de estatuto que não se revelarem satisfatórios. Se o estudo de viabilidade econômica e financeira do empreendimento, no entanto, não satisfizer aos critérios técnicos da CVM — revelando-se, segundo tais critérios, a inviabilidade ou temeridade da empresa —, não será o caso de se proceder a alterações nele, uma vez que este deve retratar uma realidade, e não dispor sobre ela, como é o caso dos outros dois instrumentos. Nesta hipótese, o único caminho a seguir é o indeferimento do registro. A CVM poderá, também, negar o registro baseada na inidoneidade dos fundadores.

Para requerer o registro junto à CVM, o fundador da companhia deverá, necessariamente, contratar uma instituição financeira para intermediar a colocação das ações no mercado. O prospecto deverá, inclusive, conter a assinatura dela.

Concedido o registro da emissão e da sociedade, na CVM, passa-se à segunda fase da constituição sucessiva, que compreende a subscrição das ações representativas do capital social. O investimento é oferecido ao público pela instituição financeira intermediária. Quem pretender subscrever ações dessa companhia deve procurar a instituição financeira para assinar o boletim ou a lista de subscrição, que instrumentalizam o negócio jurídico. Também será possível a subscrição por carta que atenda aos requisitos fixados no prospecto. Em uma ou outra hipótese, sendo em dinheiro a integralização, o subscritor pagará a entrada.

Quando todo o capital social estiver subscrito, os fundadores convocarão a assembleia de fundação para avaliar os bens oferecidos para a integralização, se for o caso, e deliberar sobre a constituição da companhia. Nesta assembleia, todas as ações, de qualquer espécie ou forma, conferirão ao seu titular o direito de voto. Confirmada a observância de todas as formalidades legais e não se opondo subscritores representativos de mais da metade do capital social, será proclamada a sua constituição, elegendo-se, em seguida, os administradores e fiscais. O projeto de estatuto somente poderá ser alterado por deliberação unânime dos subscritores. Esta é a terceira e derradeira fase da constituição por subscrição pública.

Já a constituição por subscrição particular é significativamente mais simples. Poderá processar-se por deliberação dos subscritores reunidos em assembleia de fundação ou por escritura pública. Na primeira hipótese, todos os subscritores deverão assinar o projeto de estatuto; na segunda, todos eles assinarão a escritura pública, que conterá os requisitos fixados em lei (LSA, art. 88, § 2º).

Em relação à constituição, independentemente de sua modalidade, previu a lei algumas regras gerais e comuns. São elas: *a*) a escritura pública é dispensável para a incorporação de imóveis para a formação do capital social (art. 89); *b*) o subscritor poderá ser representado por procurador com poderes especiais, na assembleia de fundação ou na escritura pública (art. 90); *c*) a denominação da companhia, enquanto não concluído o seu processo de constituição, deverá ser aditada pela expressão "em organização" (art. 91); *d*) os fundadores e as instituições financeiras que participarem da constituição da companhia têm responsabilidade por todos os prejuízos decorrentes da inobservância de algum preceito legal e os fundadores responderão, solidariamente, pelos da-

nos decorrentes de culpa ou dolo em atos anteriores à constituição (art. 92 e seu parágrafo único); *e*) os fundadores devem entregar aos primeiros administradores eleitos os papéis, documentos e livros pertinentes à constituição da companhia ou de propriedade desta (art. 93).

Na seção referente às providências complementares, que são comuns a ambas as modalidades de constituição, fixa a lei a necessidade de registro e publicação dos atos constitutivos da companhia. Somente após estas providências é que a companhia poderá dar início à exploração de suas atividades comerciais, de forma regular. Além disso, se houver incorporação de bem ao capital social, deverá ser providenciada, por seus primeiros administradores, a transferência da titularidade desse bem para a companhia, por transcrição no registro público competente (se bem imóvel, o Registro de Imóveis; se marca, o registro no INPI etc.). A certidão dos atos constitutivos expedida pela Junta Comercial é documento hábil para instrumentalizar esta transferência.

5. VALORES MOBILIÁRIOS

São títulos de investimento que a sociedade anônima emite para obtenção dos recursos de que necessita. Além da ação, valor mobiliário representativo de unidade do capital social, que será objeto de estudo no próximo item, a companhia poderá emitir os seguintes principais valores mobiliários: *a*) debêntures (arts. 52 a 74); *b*) partes beneficiárias (arts. 46 a 51); *c*) bônus de subscrição (arts. 75 a 79); *d*) nota promissória (Inst. CVM n. 134/90).

As debêntures são definidas, pela doutrina, como títulos representativos de um contrato de mútuo, em que a companhia é a mutuária e o debenturista o mutuante. Os titulares de debêntures têm direito de crédito, perante a companhia,

nas condições fixadas por um instrumento elaborado por esta, que se chama "escritura de emissão". Tal instrumento estabelece se o crédito é monetariamente corrigido ou não, as garantias desfrutadas pelos debenturistas, as épocas de vencimento da obrigação e demais requisitos determinados por lei (LSA, art. 59).

A comunidade de interesses dos debenturistas pode ser representada por um agente fiduciário, nomeado pela escritura de emissão. Sempre que as debêntures forem distribuídas, ou admitidas no mercado, a nomeação de agente fiduciário é obrigatória. Se a negociação das debêntures não se fizer no mercado, será facultativa a sua intervenção. Pode exercer a função de agente fiduciário dos debenturistas a pessoa física que preencher os requisitos que a lei estabelece para os administradores e a instituição financeira especialmente autorizada pelo Banco Central do Brasil, observados os impedimentos que a lei contempla no art. 66, § 3º.

As debêntures, de acordo com a garantia oferecida aos seus titulares, podem ser de quatro espécies: *a*) com garantia real, em que um bem, pertencente ou não à companhia, é onerado (hipoteca de um imóvel, por exemplo); *b*) com garantia flutuante, que confere aos debenturistas um privilégio geral sobre o ativo da companhia, pelo qual terão preferência sobre os credores quirografários, em caso de falência da companhia emissora; *c*) quirografária, cujo titular concorre com os demais credores sem garantia, na massa falida; *d*) subordinada (ou subquirografária), em que o titular tem preferência apenas sobre os acionistas, em caso de falência da sociedade devedora.

As debêntures podem ter a cláusula de conversibilidade em ações e podem ser nominativas ou escriturais.

As partes beneficiárias são definidas como títulos negociáveis, sem valor nominal e estranhos ao capital social,

que conferem aos seus titulares direito de crédito eventual, consistente na participação nos lucros da companhia emissora (LSA, art. 46 e seu § 1º).

Dos lucros da sociedade anônima não poderá ser destinado às partes beneficiárias mais do que 10%. Esses títulos poderão ser alienados ou atribuídos. A atribuição, por sua vez, poderá ser onerosa, em pagamento a prestação de serviços, ou gratuita. A companhia aberta não poderá emitir partes beneficiárias.

As partes beneficiárias terão a duração estabelecida pelos estatutos, nunca superior a 10 anos no caso de títulos de atribuição gratuita, salvo se emitidos em favor de sociedade ou fundação beneficente de empregados da companhia, hipótese em que os estatutos poderão fixar a duração do título livremente.

As partes beneficiárias podem conter, também, a cláusula de conversibilidade em ações, devendo, neste caso, ser constituída uma reserva especial para capitalização.

A alteração dos estatutos que importe em modificação ou redução das vantagens conferidas aos titulares das partes beneficiárias somente terá eficácia após sua aprovação pela metade, no mínimo, dos titulares das partes beneficiárias, reunidos em assembleia.

Os bônus de subscrição, títulos de investimento de pouca presença no mercado de valores mobiliários brasileiro, conferem aos seus titulares o direito de subscreverem ações da companhia emissora, quando de futuro aumento de capital social desta. O titular de um bônus não estará dispensado do pagamento do respectivo preço de emissão. São títulos criados pela sociedade anônima para alienação onerosa ou atribuição como vantagem adicional aos subscritores de suas ações ou debêntures.

Por fim, a CVM disciplinou, pela Instrução n. 134, de 1990, a emissão de notas promissórias destinadas à distribuição pública. Trata-se de valor mobiliário destinado à captação de recursos para restituição a curto prazo (30 dias no mínimo e 360 no máximo). Conhecido por *Commercial Paper*, este valor mobiliário somente poderá ser negociado mediante endosso em preto com a cláusula sem garantia.

6. AÇÕES

As ações são valores mobiliários representativos de unidade do capital social de uma sociedade anônima, que conferem aos seus titulares um complexo de direitos e deveres.

Classificam-se as ações segundo três critérios distintos: espécie, classe e forma.

Segundo a espécie, as ações são:

a) *Ordinárias* — aquelas que conferem aos seus titulares os direitos que a lei reserva ao acionista comum. São ações de emissão obrigatória. Não há sociedade anônima sem ações desta espécie. O estatuto não precisará disciplinar esta espécie de ação, uma vez que dela decorrem, apenas, os direitos normalmente concedidos ao sócio da sociedade anônima.

b) *Preferenciais* — ações que conferem aos seus titulares um complexo de direitos diferenciado, como, por exemplo, a prioridade na distribuição de dividendos ou no reembolso do capital, com ou sem prêmio etc. As ações preferenciais podem ou não conferir o direito de voto aos seus titulares. Para serem negociadas no mercado de capitais (bolsa de valores ou mercado de balcão), os direitos diferenciados das preferenciais devem ser pelo menos um de três definidos na LSA (art. 17, § 1º).

c) *De fruição* — são aquelas atribuídas aos acionistas cujas ações foram totalmente amortizadas. O seu titular estará sujeito às mesmas restrições ou desfrutará das mesmas vantagens da ação ordinária ou preferencial amortizada, salvo se os estatutos ou a assembleia geral que autorizar a amortização dispuserem em outro sentido.

O máximo de ações preferenciais sem direito a voto, ou com restrições a esse direito, tolerado por lei é de 50% das ações emitidas (art. 15, § 2º).

As ações preferenciais se dividem em classes de acordo com o complexo de direitos ou restrições que, nos termos dos estatutos, forem conferidos aos seus titulares. As ações ordinárias, em tese, não deveriam ser divisíveis em classes, na medida em que se conceituam justamente por conferirem um mesmo conjunto de direitos aos seus titulares. No entanto, a lei possibilita aos estatutos da companhia fechada a previsão de classes de ações ordinárias, em função de sua conversibilidade em ações preferenciais, exigência de nacionalidade brasileira do acionista ou direito de eleger, em separado, membros dos órgãos de administração (art. 16). As ações ordinárias das companhias abertas não poderão ser divididas em classes (art. 15, § 1º).

Anteriormente à Medida Provisória que deu origem à Lei n. 8.021, de 1990, as ações eram classificadas, quanto à forma, em nominativas, endossáveis, ao portador ou escriturais. Com a nova redação que aquele diploma conferiu ao art. 20 da LSA, foram extintas as formas ao portador e endossável. Presentemente, portanto, segundo este critério, as ações serão nominativas ou escriturais.

O critério de diferenciação entre uma forma e outra leva em conta o negócio jurídico que opera a transferência de titularidade da ação, ou seja, a maneira pela qual são transmissí-

veis. As nominativas circulam mediante registro no livro próprio da sociedade emissora. Já as ações escriturais são mantidas, por autorização ou determinação dos estatutos, em contas de depósito em nome de seu titular. Essas ações são desprovidas de certificado e sua circulação se opera por lançamento da operação nos registros próprios da instituição financeira depositária, a débito da conta de depósito do alienante e a crédito da conta de depósito do adquirente.

Os estatutos da companhia fechada podem estabelecer limites à livre circulação das ações representativas de seu capital social, desde que, dispõe a lei (art. 36), não impeçam a sua negociação nem sujeitem o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração ou à maioria dos acionistas. O exemplo mais corrente de aproveitamento dessa faculdade do legislador encontra-se na previsão do direito de preferência para a compra de ações reconhecido aos demais acionistas da companhia. Nesse caso, aquele que pretender alienar suas ações estará obrigado a oferecê-las, inicialmente, aos demais integrantes do quadro associativo da sociedade anônima. A circulação das ações da companhia aberta, no entanto, não poderá sofrer qualquer restrição por parte dos estatutos.

As ações nominativas são documentadas em um certificado, em regra de emissão da companhia, cujos requisitos se encontram fixados em lei (art. 24). Poderá, no entanto, a companhia contratar os serviços de escrituração e guarda dos livros de registro e transferência de ações, bem como os de expedição de certificados, de uma instituição financeira autorizada pela CVM, chamada pela lei de agente emissor de certificados. Nesta hipótese, caberá exclusivamente ao agente a prática dos atos relativos aos registros e emissão de certificados.

A lei possibilita, também, às instituições financeiras autorizadas para este fim, pela CVM, prestarem serviços de

custódia de ações fungíveis, recebendo em depósito, como valores fungíveis, as ações de cada espécie, classe e companhia. Neste caso, a instituição financeira representará, perante a companhia, os titulares das ações depositadas em custódia, para recebimento de dividendos e ações bonificadas, bem como exercício de direito de preferência na subscrição de novas ações.

7. CAPITAL SOCIAL

O capital social de uma sociedade anônima, como ocorre em relação às demais sociedades empresárias, pode ser integralizado pelo acionista em dinheiro (hipótese mais comum), bens ou créditos.

Para a integralização do capital social em bens é necessário realizar-se a avaliação desses bens, que deve ser feita com observância de determinadas regras fixadas em lei (LSA, art. 8º). Assim, devem ser contratados três peritos, ou uma empresa especializada, para a elaboração de um laudo fundamentado com indicação dos critérios e dos elementos de comparação utilizados e instruído pelos documentos relativos ao bem. Este laudo será objeto de votação por assembleia geral da companhia. Se o valor obtido pelo laudo pericial for aprovado pelo órgão social e aceito pelo subscritor, perfaz-se a integralização do capital social pelo bem avaliado. Qualquer bem, corpóreo ou incorpóreo (registro de marca, patente etc.), móvel ou imóvel, pode ser usado para a integralização do capital social da companhia. O bem transfere-se a título de propriedade, salvo estipulação diversa (usufruto, por exemplo), e a responsabilidade do subscritor equipara-se, outrossim, à do vendedor.

No tocante à integralização por créditos de que seja titular o subscritor, há de se observar a responsabilidade

deste pela existência do crédito e pela solvência do devedor. Mesmo em se tratando de cessão civil (em que, em regra, o cedente não responde pela solvência do devedor, nos termos do art. 296 do CC), será sempre possível demandar o subscritor quando o devedor não honrar o título junto à companhia cessionária (LSA, art. 10, parágrafo único). O mesmo se verifica na hipótese de endosso "sem garantia", sendo ineficaz perante a companhia a cláusula exoneratória de responsabilidade do acionista-endossante. Além disso, o certificado de ação integralizada por transferência de crédito somente poderá ser expedido após a sua realização (LSA, art. 23, § 2º).

O capital social pode — e, em certos casos, deve — ser aumentado. O aumento do capital social, no entanto, nem sempre decorre de ingresso de novos recursos na companhia.

O capital social da sociedade anônima é aumentado nas seguintes hipóteses:

a) *Emissão de ações* — hipótese em que há efetivo ingresso de novos recursos no patrimônio social. O aumento será deliberado em assembleia geral extraordinária (LSA, art. 166, IV) e tem por pressuposto a realização de, pelo menos, 3/4 do capital social então existente (LSA, art. 170).

Pode, também, ser feito por deliberação da assembleia geral ou do conselho de administração, nos limites do capital autorizado (LSA, art. 166, II).

b) *Valores mobiliários* — a conversão de debêntures ou partes beneficiárias conversíveis em ações, bem como o exercício dos direitos conferidos por bônus de subscrição ou opção de compra, importam em aumento de capital social, com emissão de novas ações (LSA, art. 166, III).

c) *Capitalização de lucros e reservas* — a assembleia geral ordinária pode destinar uma parcela do lucro líquido ou de reservas para reforço do capital social, emitindo-se, ou não, novas ações (LSA, art. 169), mas sempre sem o ingresso de novos recursos.

O estatuto da companhia pode autorizar o aumento do capital social, dentro de certo limite, sem necessidade de sua alteração. A medida visa a agilizar o processo de decisão e emissão de novas ações. Este limite é chamado de capital "autorizado". O estatuto deverá, quando fixar o capital autorizado, definir qual o órgão competente para decidir a emissão das novas ações, se a assembleia geral ou o conselho de administração (LSA, art. 168).

O capital social da companhia pode, também, ser reduzido. Duas são as causas que a lei considera para permitir esta redução: excesso do capital social, quando se constata o seu superdimensionamento; e irrealidade do capital social, quando houver prejuízo patrimonial (LSA, art. 173). Quando ocorre redução do capital social com restituição aos acionistas de parte do valor das ações ou diminuição do valor destas, se não integralizadas, à importância das entradas já feitas, a lei busca proteger os interesses dos credores da companhia, sujeitando a eficácia da deliberação da assembleia geral ao transcurso do prazo de 60 dias após a publicação de sua correspondente ata. Durante este lapso temporal, os credores quirografários existentes à data da publicação terão direito de manifestar oposição à redução deliberada, hipótese em que o arquivamento da ata da assembleia geral fica condicionado ao pagamento ou ao depósito judicial do crédito do oponente. Outrossim, nesta mesma hipótese, será necessária, para a pretendida redução, a aprovação da maioria de seus debenturistas, reunidos em assembleia especial (LSA, art. 174).

Discute-se a responsabilidade do acionista controlador em face da subcapitalização da sociedade anônima. Cuida-se da hipótese em que o capital social é ostensivamente inferior ao necessário para o desenvolvimento do objeto social. Para obter os recursos faltantes, a companhia recorre a expedientes como empréstimos feitos pelo próprio controlador. Este, em vez de subscrever novas ações, contrai um mútuo com a sociedade, para apresentar-se, em caso de falência desta, não como acionista, mas como um credor a mais. Mesmo não havendo empréstimo, pode ser atribuída responsabilidade ao controlador em caso de subcapitalização, fundada no fato de configurar abuso da forma societária a constituição de pessoa jurídica sem os recursos indispensáveis ao seu desenvolvimento.

8. ÓRGÃOS SOCIAIS

Quatro são os principais órgãos da companhia: a assembleia geral, o conselho de administração, a diretoria e o conselho fiscal. Além destes, o estatuto poderá prever, livremente, a existência de órgãos técnicos de assessoramento ou de execução.

A assembleia geral é o órgão máximo da sociedade anônima, de caráter exclusivamente deliberativo, que reúne todos os acionistas com ou sem direito a voto. Como se sabe, nem todas as ações conferem ao seu titular o direito de participar do encaminhamento dos negócios sociais. Assim, os acionistas titulares de ações preferenciais nominativas podem ter este direito limitado ou suprimido pelo estatuto. Tais acionistas poderão exercer o direito a voto somente em casos excepcionalmente previstos, como a deliberação da constituição, eleição em separado de membros do conselho de administração ou fiscal, não pagamento de dividendos

fixos ou mínimos etc. Salvo, pois, tais casos, os titulares das ações destas categorias não têm voto na assembleia geral. Assegura-lhes a lei apenas o direito de voz na discussão das matérias em pauta (LSA, art. 125, parágrafo único).

A lei exige a realização de uma assembleia geral nos quatro meses imediatamente seguintes ao término do exercício social, para fins de apreciação de um conjunto de matérias específicas. Esta é a assembleia geral ordinária que se realiza anualmente. Sua competência está restrita aos temas elencados no art. 132 da LSA, a saber: *a*) tomar as contas dos administradores, examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras; *b*) deliberar sobre a destinação do lucro líquido e a distribuição de dividendos; *c*) eleger os administradores e fiscais, se for o caso. Qualquer outro tema não poderá ser objeto de deliberação da assembleia geral ordinária, fazendo-se indispensável a convocação de uma assembleia extraordinária.

Fixa a lei um *quorum* para validade das deliberações da assembleia, ordinária ou extraordinária. Primeiro, cogita-se de um *quorum* de instalação, ou seja, sem a presença de acionistas que representem, no mínimo, 1/4 do capital social votante, em primeira convocação, não poderá ser dado início aos trabalhos (LSA, art. 125). Em constando, porém, da pauta a apreciação de proposta de reforma dos estatutos, o *quorum* de instalação em primeira convocação passa a ser de acionistas representantes de 2/3, no mínimo, do capital social votante (LSA, art. 135). Em qualquer hipótese, a assembleia se instala, em segunda convocação, com qualquer número de acionistas.

Para aprovação de proposta dirigida à assembleia geral, basta a concorrência da vontade de acionistas titulares de ações com direito a voto representativas de mais da me-

tade do total de ações com direito a voto *presentes* à reunião daquele órgão, descontados os votos em branco. É este o sentido do conceito de maioria absoluta constante do art. 129 da LSA. Existem, entretanto, hipóteses em que a lei fixa um *quorum* mais elevado para a deliberação. Trata-se do *quorum* qualificado do art. 136, que impõe, para a aprovação das matérias nele elencadas, a concordância de acionistas que representem metade, no mínimo, do capital social votante. Para a deliberação de assunto recolhido pelo legislador neste dispositivo, é *necessária* a aprovação de acionistas titulares de, no mínimo, 50% das ações com direito a voto. Note-se bem que este percentual é necessário para a aprovação, mas nem sempre *suficiente*: no caso de a proposta contar com a aprovação de metade dos acionistas com direito a voto e com a reprovação da outra metade, será o caso de empate, aplicando-se o art. 129, § 2º, da LSA. O *quorum* de deliberação, simples ou qualificado, poderá ser aumentado pelos estatutos da companhia fechada.

Prescreve em 2 anos a ação para anulação de deliberações tomadas em assembleia, em virtude de vício na convocação ou instalação, bem como infração da lei ou do estatuto, ou, ainda, erro, dolo, fraude ou simulação (LSA, art. 286).

O conselho de administração é órgão, em regra, facultativo. Trata-se de colegiado de caráter deliberativo, ao qual a lei atribui parcela da competência da assembleia geral, com vistas a agilizar a tomada de decisões de interesse da companhia. Este órgão só é obrigatório nas sociedades anônimas abertas, nas de capital autorizado e nas de economia mista (LSA, arts. 138, § 2º, e 239).

Cabe ao estatuto fixar, observado o mínimo legal de três, o número de conselheiros, podendo optar pela fixação de mínimo ou máximo permitidos. Deve, também, fixar o

prazo de duração do mandato de seus integrantes, nunca superior a 3 anos; e estabelecer normas regimentais do órgão, notadamente no que se refere à escolha e substituição de seu presidente, substituição de seus membros, convocação, instalação, funcionamento e deliberação. O conselho delibera por maioria de votos, se o estatuto não prevê *quorum* qualificado para uma ou mais matérias (art. 140) e somente acionista é elegível para o cargo de conselheiro (art. 146). Quem elege e pode, a qualquer tempo, destituir os membros do conselho de administração é a assembleia geral.

A diretoria é órgão de representação legal da companhia e de execução das deliberações da assembleia geral e do conselho de administração. O estatuto deverá prever, em relação à diretoria: *a*) número de membros, nunca inferior a dois, ou o mínimo e máximo permitidos; *b*) duração do mandato, não superior a 3 anos; *c*) modo de substituição dos diretores; *d*) atribuições e poderes de cada diretor (art. 143).

Os diretores não precisam ser, necessariamente, acionistas da companhia, e são eleitos pelo conselho de administração, se houver, ou pela assembleia geral, se inexistir o conselho de administração. São, a qualquer tempo, destituíveis pelo órgão competente para a eleição. Até 1/3 dos membros do conselho de administração poderá integrar, também, a diretoria.

A representação legal compete àquele diretor ao qual for atribuída esta competência específica pelo estatuto, ou, omisso este, por deliberação do conselho de administração. Se inexistir seja previsão estatutária, seja deliberação do conselho, a representação legal competirá a qualquer dos diretores da companhia (art. 144).

Tanto os integrantes do conselho de administração quanto os da diretoria são, sempre, reelegíveis (arts. 140, III, e 143, III).

O conselho fiscal é órgão de existência obrigatória, mas de funcionamento facultativo, composto de no mínimo três, e, no máximo, cinco membros, acionistas ou não. Quando se tratar de órgão que, pelo estatuto, tem funcionamento facultativo, este deverá ocorrer por deliberação da assembleia geral, por proposta de acionista que represente, na sociedade fechada, 10% das ações com direito a voto ou 5% das ações sem direito a voto (art. 161, § 2º); nas abertas, os percentuais são menores, fixados pela CVM em função do capital social. Os mesmos requisitos, impedimentos e deveres que a lei estabelece para os administradores são extensíveis aos membros do conselho fiscal. Além disso, não pode ser eleito fiscal o membro de órgão de administração, empregado da companhia ou de sociedade por ela controlada, ou do mesmo grupo, bem como o cônjuge ou parente até terceiro grau de administrador da companhia (art. 162 e § 2º). Os titulares de ações preferenciais sem direito a voto, ou com restrições desse direito, poderão eleger, em separado, um membro do conselho fiscal. Igual direito têm os acionistas minoritários que representem 10% ou mais do capital votante. Assim, se o conselho fiscal tinha três membros, o órgão passa a ter cinco se ambos os grupos minoritários exercerem os seus direitos de eleição de fiscal em separado, em virtude do disposto no art. 161, § 4º, da LSA.

O conselho fiscal é órgão destinado à fiscalização dos órgãos de administração, atribuição que exerce para a proteção dos interesses da companhia e de todos os acionistas. Sua competência vem detalhada no art. 163 da LSA.

9. ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE

Sob a rubrica de "administradores", a lei definiu um conjunto de regras jurídicas aplicáveis tanto ao membro do

conselho de administração quanto ao da diretoria (arts. 145 a 160). Desse conjunto, destacam-se as referentes aos devedores e responsabilidades dos administradores.

São os seguintes os deveres impostos por lei aos membros do conselho de administração e da diretoria:

a) *Dever de diligência* — pelo qual o administrador deve empregar, no desempenho de suas atribuições, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo, costumeiramente, emprega na administração de seus próprios negócios (art. 153). Para melhor nortear o cumprimento deste dever, determina a lei que o administrador exerça suas atribuições com vistas à realização dos fins e interesses da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa (art. 154).

b) *Dever de lealdade* — o administrador não pode usar, em proveito próprio ou de terceiro, informação pertinente aos planos ou interesses da companhia e à qual teve acesso em razão do cargo que ocupa, agindo sempre com lealdade para com aquela (art. 155). Deve, pois, abster-se de intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da sociedade anônima, bem como na deliberação que a respeito tomar o órgão no qual tenha assento (art. 156). O descumprimento do dever de lealdade pode caracterizar, em alguns casos, crime de concorrência desleal (LPI, art. 195, XI e § 1º).

c) *Dever de informar* — o administrador de companhia aberta tem o dever de informar, imediatamente, à Bolsa de Valores e divulgar pela imprensa qualquer deliberação dos órgãos sociais ou fato relevante que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários de emissão da companhia (art. 157, § 4º). Outro aspecto do dever de infor-

mar diz respeito aos interesses que o administrador de companhia aberta possua nos negócios sociais, os quais têm os acionistas o direito de conhecer, nos termos do *caput* e do § 1º do art. 157 da LSA.

O administrador não é responsável pelas obrigações assumidas pela companhia por ato regular de gestão, mas responderá por ato ilícito seu, pelos prejuízos que causar, com culpa ou dolo, ainda que dentro de suas atribuições ou poderes, ou com violação da lei ou do estatuto. É o que proclama o art. 158 da LSA. A companhia pode promover a responsabilização judicial de seu administrador, por prejuízo que este lhe tenha causado, mediante prévia deliberação da assembleia geral. A deliberação poderá ser tomada em assembleia ordinária, ou, se constar da ordem do dia, ou tiver relação direta com matéria em apreciação, pela assembleia extraordinária. Em qualquer caso, o administrador será destituído do cargo de administração e substituído, nos termos estatutários.

Se os órgãos de administração retardarem a propositura da competente ação por mais de 3 meses, qualquer acionista poderá fazê-lo em nome da companhia. É hipótese de substituição processual derivada (art. 159, § 3º). Se, porém, a assembleia geral decidiu não promover a responsabilização do administrador, os acionistas que possuam ações representativas de 5% ou mais do capital social poderão, em nome da companhia, promover a ação judicial. É hipótese de substituição processual originária (art. 159, § 4º).

A ação para responsabilização dos administradores prescreve em 3 anos, contados da data da publicação da ata da assembleia geral que votar o balanço referente ao exercício em que o ilícito ocorreu. O mesmo prazo conta-se, no entanto, da prescrição da ação penal ou da sentença penal definitiva, caso o fato ensejador da ação de responsabilidade

civil deva ser objeto de apuração na esfera criminal (LSA, arts. 287, II, *b*, 2 e 288).

Além da responsabilidade civil e penal, têm os administradores responsabilidade de caráter administrativo perante a CVM. Esta autarquia pode impor-lhes, por infração a dever prescrito na legislação do anonimato, sanções que variam de multa ou advertência até suspensão do exercício do cargo ou inabilitação (Lei n. 6.835/76, art. 11).

Até aqui, estudamos os deveres e responsabilidades dos administradores em relação à própria sociedade anônima que administram. Eles, no entanto, também podem ser responsabilizados por danos que causam a terceiros, no exercício da função. Os consumidores, por exemplo, têm ação contra os administradores que conduziram a companhia fornecedora à falência ou inatividade, em decorrência de má administração (CDC, art. 28). Os administradores de operadoras de planos de assistência à saúde respondem subsidiariamente pelos direitos contratuais e legais de consumidores, prestadores de serviço e fornecedores, bem como pelas obrigações fiscais e trabalhistas da sociedade (Lei n. 9.656/98, art. 35-J).

10. O ACIONISTA

O dever principal do acionista — define o art. 106 da LSA — é o de pagar o preço de emissão das ações que subscrever. O vencimento das prestações será o definido pelo estatuto ou pelo boletim de subscrição. Se omissos tais instrumentos, os órgãos da administração procederão à chamada dos subscritores, por avisos publicados na imprensa, por três vezes pelo menos, estabelecendo prazo não inferior a 30 dias para o pagamento. O acionista que deixar de pagar a prestação devida, no prazo assim fixado, estará constituído

em mora independentemente de qualquer interpelação. Nesta situação, deverá pagar o principal de seu débito, acrescido de juros, correção monetária e multa estatutária de, no máximo, 10%. Estas três parcelas são devidas apenas se existir previsão estatutária.

A companhia poderá promover, contra o acionista em mora (chamado pela lei de "remisso"), a cobrança judicial do devido, por ação de execução, servindo o boletim de subscrição, acompanhado, se for o caso, da chamada, como título executivo extrajudicial. Poderá, também, optar pela venda das ações subscritas pelo acionista remisso em Bolsa. Esta regra, porque a venda referida se faz mediante leilão especial, também se aplica às companhias fechadas. Do produto arrecadado nessa venda serão descontadas as despesas com a operação e os juros, correção monetária e multa previstos em estatuto, ficando o saldo à disposição do ex-acionista. A lei faculta à companhia promover a venda em Bolsa mesmo após o ajuizamento da execução judicial, assim como promover esta em caso de se revelar frustrada a venda em leilão especial da Bolsa. Baldadas, no entanto, ambas as providências, a companhia pode declarar a caducidade das ações, apropriando-se das entradas porventura já realizadas. Se, então, possuir fundos ou reservas (exceto a legal) disponíveis, poderá integralizar a ação, para vendê-la, se e quando desejar. Se não possuir fundos ou reservas suficientes para a integralização, terá a companhia o prazo de 1 ano para conseguir um comprador para as ações em questão, findo o qual, o capital social deverá ser reduzido, por decisão da assembleia geral, em importância correspondente.

O art. 109 da LSA elenca os direitos essenciais do acionista, a saber:

a) *Participação nos resultados sociais* — o acionista tem direito de receber o dividendo, que é a parcela dos lu-

cros sociais que lhe cabe, bem como participar do acervo da companhia, em caso de liquidação (art. 109, I e II). Este direito não pode ser exercido se a sociedade anônima é devedora do INSS, já que a lei do custeio da seguridade social proíbe a distribuição de lucros nas sociedades com débito previdenciário (Lei n. 8.212/91, art. 52).

b) *Fiscalização da gestão dos negócios sociais* — a legislação do anonimato prevê formas de fiscalização direta e indireta dos negócios sociais. Do primeiro caso é exemplo a exibição dos livros sociais aos acionistas que representem 5% ou mais do capital social, nos casos de violação da lei ou do estatuto ou fundada suspeita de grave irregularidade (art. 105); do segundo, é exemplo o conselho fiscal.

c) *Direito de preferência* — os acionistas têm direito de preferência na subscrição de ações e de valor mobiliário conversível em ação, segundo os critérios do art. 171, § 1º, da LSA. Trata-se de um direito cedível.

d) *Direito de retirada* — o acionista dissidente de determinadas deliberações da assembleia geral (arts. 136, I a VI, e IX, 221, 230 e 252) ou de companhia cujo controle foi desapropriado (art. 236, parágrafo único) tem o direito de se retirar da sociedade, recebendo o reembolso de suas ações (art. 45).

A base para o cálculo do reembolso é o valor patrimonial das ações do acionista dissidente. Assim, o acionista que se retira terá direito de receber da sociedade, por cada ação que titulariza, a importância equivalente à divisão do patrimônio líquido da companhia pelo número de ações. Em princípio, o patrimônio líquido da sociedade é o constante do último balanço aprovado. Pode-se verificar, no entanto, a defasagem desse valor, caso em que inevitavelmente ocorreria uma injustiça (em desfavor do dissidente, se o valor histórico é inferior ao atual, ou em desfavor da sociedade, se é superior). Para evitar a injustiça contra o acionista dissiden-

te, a lei admite que ele peça o levantamento de um balanço especial (LSA, art. 45, § 2º); para evitar a injustiça contra a sociedade, ela faculta aos estatutos a previsão de pagamento, a título de reembolso, do valor econômico das ações (LSA, art. 45, §§ 3º e 4º).

Deve-se anotar que, para boa parte da doutrina, após a reforma de 1997, o reembolso do acionista dissidente pode ser feito também pelo valor econômico das ações, quando assim previsto em estatuto.

O direito de voto, conforme já assinalado, não é direito essencial, posto existirem ações que não o conferem a seus titulares. A lei disciplina o exercício do direito de voto, e coíbe o voto abusivo e o conflitante. Voto abusivo é aquele em que o acionista tem em vista causar dano à companhia ou a outro acionista, ou obter, para si ou para outrem, vantagem indevida e da qual resulte ou possa resultar prejuízo para a sociedade ou outro acionista. O acionista responde, civilmente, pelos danos que causar com o voto abusivo. Já o voto conflitante, cuja caracterização dispensa qualquer elemento subjetivo, vem elencado em lei. O acionista não pode votar nas deliberações sobre o laudo de avaliação de bens com os quais pretende integralizar suas ações, nem na aprovação das suas contas como administrador, nem nas questões que possam beneficiá-lo de modo particular ou nas que tiver interesse conflitante com o da companhia (art. 115, § 1º). A decisão tomada em função de voto conflitante é anulável, sem prejuízo da responsabilidade civil do acionista por eventuais danos decorrentes.

11. ACORDO DE ACIONISTAS

Os acionistas podem, livremente, compor seus interesses por acordo que celebrem entre si. Terão, em decorrência,

a proteção que a lei dispensa aos contratos em geral. Caso, entretanto, tais acordos versem sobre três temas determinados, a seguir referidos, e estejam registrados na companhia, tais acordos estarão sujeitos a uma proteção especificamente liberada pela legislação do anonimato.

Assim, se o acordo tem em vista o poder de controle, exercício do direito de voto, a compra e venda de ações ou a preferência de sua aquisição, o seu registro junto à companhia importará nas seguintes modalidades de tutela: *a*) a sociedade anônima não poderá praticar atos que contrariem o conteúdo próprio do acordo; *b*) poderá ser obtida a execução específica do avençado, mediante ação judicial.

Assim, se um acionista acordou em conceder direito de preferência a outro, mas vendeu suas ações a um terceiro, descumprindo o acordo, a companhia não poderá registrar a transferência de titularidade das ações, caso o acordo se encontre averbado. Não há, no entanto, como tornar efetivo o direito de preferência, por parte do acionista prejudicado, senão com recurso ao Poder Judiciário que, substituindo a vontade do acionista alienante, conceda a preferência àquele.

No tocante ao acordo de acionista que tenha por objeto o exercício do direito de voto, há duas observações a fazer: 1ª) não pode ocorrer a venda de voto, fato tipificado como crime pelas legislações mais avançadas. O que as partes acordam é a uniformização da política administrativa; 2ª) o chamado voto "de verdade" é insuscetível de ser objeto de acordo. Nesta categoria se incluem os votos do acionista em matéria não propriamente deliberativa, mas homologatória, como é o caso da votação das contas dos administradores, ou do laudo de avaliação de bens para integralização do capital social etc.

12. PODER DE CONTROLE

O acionista (ou grupo de acionistas vinculados por acordo de voto) titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria de votos na assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores e usa, efetivamente, desse poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia é considerado, pelo art. 116 da LSA, acionista controlador. Para a sua configuração, é necessária a convergência destes dois elementos: ser maioria societária (não no sentido de necessariamente titularizar a maior parte do capital social, mas no de possuir ações que lhe garantam a maioria nas decisões tomadas pelas 3 últimas assembleias) e fazer uso dos direitos decorrentes desta situação para dirigir a sociedade. O acionista controlador responde pelos danos que causar por abuso de poder, exemplificando a lei o exercício abusivo do poder de controle no art. 117. Dentre as hipóteses ali encontradas, destacam-se o desvio de finalidade da companhia, a liquidação de sociedade próspera, a eleição de administrador ou fiscal sabidamente inapto, moral ou tecnicamente etc. Se de qualquer destes atos, ou outros que configurem abuso de poder, decorrer dano à companhia, seus acionistas e empregados, ou à comunidade em que atua, o controlador responderá pela respectiva composição.

Para responsabilizar o controlador pelos danos advindos do exercício abusivo do poder de controle, não é necessário provar a sua intenção. Entende a doutrina que exigir tal prova (diabólica) poderia significar o esvaziamento do direito à indenização reconhecido pelo legislador, dada a extrema dificuldade de sua produção.

Cabe mencionar, ainda, outras hipóteses em que a lei imputa responsabilidade ao controlador da sociedade anônima. Por exemplo, ele pode ser responsabilizado, em caso de

dolo ou culpa, se a sociedade anônima é instituição financeira, na hipótese de decretação, pelo Banco Central, do regime de administração especial temporária (Dec.-lei n. 2.321/85, art. 15), liquidação extrajudicial ou intervenção (Lei n. 9.447/97). Igual responsabilidade tem o controlador de seguradora, entidade de previdência privada aberta e companhia de capitalização (Lei n. 10.190/2001).

As ações que dão sustentação ao poder de controle costumam ser negociadas por valor substancialmente maior que o das demais, inclusive ordinárias emitidas pela mesma sociedade. A diferença é chamada, no mercado, de "prêmio de controle". Quando alguém adquire ações que lhe possibilitam passar a controlar a sociedade anônima, não está apenas acrescendo ao seu patrimônio o direito de participar dos seus dividendos e resultados, mas também vários outros, como o de eleger os administradores, definir a estratégia geral da empresa, reestruturar a sociedade, aumentar o capital social, estabelecer a destinação não vinculada dos resultados etc. É racional e justo que, em razão disso, pague mais pelas ações de sustentação do controle.

Algumas vezes, porém, no "prêmio de controle" está embutida retribuição a valor agregado à companhia não pelo controlador, mas por minoritários. Se a sociedade havia captado recursos no mercado de capitais, com a emissão de ações preferenciais não votantes, pouco antes da alienação do controle, o caixa elevado da companhia decorrente desta operação certamente será levado em conta na negociação do preço das ações do controlador. A liquidez da companhia, no entanto, é valor agregado pelos que haviam subscrito as preferenciais. Aqui, o controlador está apropriando, via "prêmio de controle", valor que não agregou ao negócio.

Para evitar esta distorção, os acionistas minoritários devem condicionar o ingresso na sociedade à *cláusula de*

saída conjunta, no estatuto ou em acordo de acionistas (em inglês, *tag along*). Quando prevista esta cláusula, o controlador não pode vender suas ações isoladamente. Quer dizer, só poderá vendê-las a quem se comprometa a adquirir também as dos beneficiados pela cláusula. Viabiliza-se, deste modo, a distribuição do "prêmio de controle" entre os acionistas com direito de saída conjunta.

Nas companhias abertas, a cláusula de saída conjunta está prevista na lei em favor dos acionistas com direito a voto. Nelas, a alienação das ações que dão sustentação ao poder de controle só pode ser feita mediante condição (suspensiva ou resolutiva) de o adquirente adquirir, por oferta pública, as demais ações com direito a voto daquela sociedade, pagando no mínimo 80% do preço pago pelas do controlador (LSA, art. 254-A). Os preferencialistas sem direito a voto só têm direito de saída conjunta se previsto como vantagem estatutária.

13. DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS

A legislação do anonimato estabelece a obrigação de a companhia levantar, ao término do exercício social, um conjunto de demonstrações contábeis, com vistas a possibilitar o conhecimento, pelos acionistas e por terceiros, de sua situação patrimonial, econômica e financeira, bem como dos resultados positivos ou negativos alcançados pela empresa.

Essas demonstrações não são úteis apenas para o direito societário comercial. Servem também a finalidades preceituadas pela legislação tributária, que exige das sociedades anônimas ainda outras demonstrações. São instrumentos valiosos, por outro lado, para a administração da sociedade e o controle gerencial, desempenhando, desse modo, funções não jurídicas também. O estudo dessas

demonstrações pelo direito comercial restringe-se aos dados relevantes para o tratamento das relações entre os acionistas e destes com os órgãos de administração.

Exercício social é o período de um ano definido pelos estatutos (LSA, art. 175). Para a sua fixação, pode-se optar por qualquer lapso anual, embora, na grande maioria dos casos, e por estrito critério de conveniência, defina-se o exercício social entre os dias 1º de janeiro e 31 de dezembro. No ano em que a companhia foi constituída ou em que houve alteração estatutária, o exercício social poderá ser menor ou maior.

Findo o exercício social, a diretoria deve providenciar o levantamento das demonstrações financeiras. Quando a companhia é fechada, são quatro instrumentos contábeis a serem providenciados: *a*) balanço patrimonial; *b*) lucros ou prejuízos acumulados; *c*) resultado do exercício; *d*) fluxos de caixa (LSA, art. 176, I a IV). Sendo aberta a companhia, exige-se, além dessas demonstrações, também a do "valor adicional" (art. 176, V). Tais demonstrações, chamadas pela lei de *financeiras*, devem basear-se na escrituração mercantil da sociedade anônima e serão publicadas para oportuna apreciação na Assembleia Geral Ordinária (art. 132, I), juntamente com o relatório dos administradores.

Na escrituração mercantil da companhia, prevê a lei, deverá ser observado o regime de *competência.* Trata-se de conceito fundamental da Contabilidade, pelo qual se define que as apropriações contábeis das operações e as mutações patrimoniais decorrentes serão feitas no exercício correspondente ao da constituição da obrigação e não ao de sua liquidação. Não se admite, portanto, a adoção do regime de *caixa* (também denominado regime de *gestão*), em que a apropriação contábil coincide com o pagamento da obrigação e não com o seu nascimento.

O *Balanço Patrimonial* é a demonstração financeira que procura retratar o ativo, o passivo e o patrimônio líquido da sociedade anônima. Diz-se que procura retratar porque, segundo reconhece a Contabilidade, há uma inevitável margem de subjetividade na definição de algumas contas e da classificação adequada de certos valores. Isso se deve não somente às divergências próprias entre os profissionais da área, no tocante à melhor solução para as diversas questões relacionadas com o tema, mas, fundamentalmente, às limitações da capacidade humana. O balanço patrimonial, portanto, embora correto sob o ponto de vista técnico, é sempre *aproximativo*, fornecendo apenas relativamente o retrato da situação da empresa.

A *Demonstração de Lucros ou Prejuízos Acumulados* revelará as parcelas dos lucros aferidos pela companhia e não distribuídos aos acionistas ou os prejuízos não absorvidos por sua receita. É instrumento de grande importância para a definição da política empresarial de investimentos, a ser adotada na sociedade.

A Demonstração do Resultado do Exercício apresenta dados sobre o desempenho da companhia durante o último exercício e possibilita ao acionista avaliar não somente o grau de retorno de seu investimento, como a eficiência dos atos da administração. Os seus elementos contábeis básicos são a receita e a despesa, discriminadas de acordo com a respectiva natureza (receita bruta e líquida, despesa operacional e não operacional etc.).

A *Demonstração dos Fluxos de Caixa* visa a evidenciar os ingressos e desembolsos do caixa da sociedade anônima, isto é, suas disponibilidades líquidas. Quando a sociedade anônima é fechada e possui o patrimônio líquido inferior a R$ 2.000.000,00, a lei a dispensa do dever de levantar essa demonstração contábil.

A *Demonstração de Valor Adicionado*, por fim, é a medida contábil da riqueza gerada pela companhia. Só as companhias abertas estão obrigadas ao seu levantamento, e trata-se de instrumento de pouco interesse para os profissionais do direito.

14. LUCROS, RESERVAS E DIVIDENDOS

O resultado do exercício, revelado na respectiva demonstração financeira, tem a sua destinação em parte definida pela lei. Desse modo, após a absorção de prejuízos acumulados, a provisão para o Imposto de Renda (LSA, art. 189) e o pagamento das participações estatutárias de empregados, administradores e partes beneficiárias (LSA, art. 190), o lucro líquido gerado pela empresa durante o último exercício terá dois possíveis destinos: ficará em mãos da própria sociedade ou será distribuído entre os acionistas, a título de dividendos. Aliás, uma parcela dos lucros permanecerá obrigatoriamente na companhia (por meio da reserva legal) e outra será necessariamente distribuída aos acionistas (dividendo obrigatório), restando à Assembleia Geral Ordinária deliberar quanto à destinação do restante do resultado, aprovando ou rejeitando a proposta da diretoria (LSA, art. 192). Para tanto, abrem-se três alternativas: constituição de reserva de lucro, distribuição de dividendos ou capitalização (aumento ao Capital social).

Há seis categorias de reservas de lucro. Em primeiro lugar, a reserva *legal*, constituída por 5% do lucro líquido, desde que não ultrapasse 20% do capital social (LSA, art. 193). A companhia deve obrigatoriamente manter esta reserva, que somente poderá ser utilizada para aumento do capital social ou absorção de prejuízos. As reservas *estatutárias* são, como o nome indica, definidas pelos estatutos

para o atendimento de necessidades específicas da sociedade anônima, ou por cautelas próprias dos seus acionistas. A reserva para *contingências* é destinada à compensação, em exercício futuro, de diminuição de lucro derivada de evento provável, como, por exemplo, a condenação da sociedade anônima em demanda judicial. A reversão dessa reserva será feita no exercício em que ocorrer o evento ou afastar-se a possibilidade de sua verificação. A reserva de *incentivos fiscais* se destina a excluir da base de cálculo dos dividendos a parcela do lucro da sociedade proveniente de doações ou subvenções governamentais para investimento. A reserva de *retenção de lucros* tem o objetivo de atender às despesas previstas em orçamento de capital previamente aprovado em Assembleia Geral. Normalmente é utilizada para prover recursos para investimentos em exercícios futuros. Por fim, a reserva de *lucros a realizar*, que visa a impedir a distribuição entre acionistas de recursos que somente irão ingressar no caixa da sociedade em exercícios futuros, embora devam estar já contabilizados em razão da adoção legal do regime de competência.

Além das reservas de lucro, há, ainda, a de capital.

Na reserva de capital, encontram-se contas que, embora não integrem o capital social da companhia, guardam alguma relação com ele. De acordo com o art. 182, § 1º, da LSA, devem ser classificadas como reservas de capital contas como as seguintes: ágio na subscrição de novas ações e o produto da venda de partes beneficiárias e bônus de subscrição, doações. Estes recursos somente poderão ser utilizados pela companhia em determinadas situações, como, por exemplo, para a absorção de prejuízos, após o exaurimento dos lucros acumulados e das reservas de lucros, utilizando-se a legal por último (LSA, art. 189, parágrafo único), o resgate de partes beneficiárias ou o pagamento de dividen-

dos preferenciais, se prevista tal possibilidade pelos estatutos (LSA, art. 200).

Os dividendos obrigatórios são a parcela do lucro líquido da sociedade que a lei determina seja distribuído entre os acionistas (LSA, art. 202). Inovação interessante da lei brasileira de 1976, os dividendos obrigatórios asseguram aos acionistas minoritários algum retorno de seus investimentos, impedindo que o controlador reinvista na própria companhia todos os resultados gerados.

A parcela mínima dos lucros a ser necessariamente distribuída entre os acionistas será a definida pelo estatuto. Na hipótese de omissão deste, prevê a lei a distribuição de pelo menos metade do lucro líquido ajustado. Além do percentual do lucro líquido da sociedade previsto no estatuto (ou na lei), também deve ter a destinação de dividendo obrigatório a parcela deste lucro não apropriada em reservas legais ou estatutárias (LSA, art. 202, § 6º).

A distribuição do dividendo obrigatório somente não será feita em duas hipóteses: se os órgãos da administração informarem à Assembleia Geral Ordinária que a situação financeira da companhia não é compatível com o seu pagamento; ou por deliberação da Assembleia Geral de companhia fechada, se não houver oposição de qualquer dos acionistas presentes. Nestas situações, os lucros não distribuídos constituirão reserva *especial*, e serão atribuídos aos acionistas se e quando o possibilitar a situação financeira da companhia.

Os dividendos prioritários são os devidos aos titulares de ações preferenciais; podem ser, de acordo com a previsão estatutária, fixos ou mínimos.

Os dividendos prioritários fixos atribuem ao acionista o direito ao recebimento de um determinado valor, estipula-

do em moeda nacional ou em percentual do capital social ou do preço de emissão. Já os dividendos prioritários mínimos atribuem o direito ao recebimento de valor nunca inferior a certa importância ou percentual. Desse modo, o acionista titular de ação preferencial com direito a dividendo fixo poderá receber menos ou mais que o pago aos acionistas titulares de ação ordinária, enquanto o beneficiado por dividendo mínimo receberá valor igual ou superior ao pago às ordinárias.

O dividendo prioritário deve ser apropriado contabilmente após a constituição da reserva legal, mas antes da constituição das demais reservas de lucro. Por outro lado, poderá o estatuto estipular o pagamento de dividendos prioritários à conta de reserva de capital, regulando a matéria. Se o pagamento dos dividendos prioritários consumir toda a parcela dos lucros destinada à distribuição entre os acionistas, os titulares de ações ordinárias não receberão qualquer soma naquele exercício. Essa situação não contraria a previsão legal dos dividendos obrigatórios, desde que aos titulares de ações preferenciais tenha sido pago o percentual correspondente do lucro líquido ajustado definido pelos estatutos.

Por fim, lembre-se que a legislação previdenciária proíbe a sociedade anônima de distribuir dividendos entre os acionistas enquanto se encontrar em débito perante o INSS (Lei n. 8.212/91, art. 52). Em se verificando a hipótese, no entanto, a autarquia previdenciária *não* terá direito de reclamar dos acionistas os valores que estes receberam indevidamente. A sanção para o descumprimento da proibição legal, no caso, é apenas a imposição de uma multa a ser suportada pela companhia. Assim, se a fiscalização do INSS constatar, pelo exame da escrituração de uma sociedade anônima, que ela distribuiu lucros a despeito da existência de débito previdenciário, esta — e não os acionistas — será apenada.

15. DISSOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO

Diz o art. 219 da LSA que a sociedade anônima se extingue pelo encerramento da liquidação, que se segue à dissolução, ou pela incorporação, fusão e cisão com versão de todo patrimônio em outras sociedades.

A sociedade anônima, em virtude de sua natureza institucional, está sujeita ao regime dissolutório previsto nos arts. 206 a 218 da LSA. Segundo este regime, a dissolução da companhia pode dar-se de pleno direito, por decisão judicial ou por decisão de autoridade administrativa competente. São causas determinantes da primeira modalidade de dissolução o término do prazo de duração, os casos previstos em estatuto, a deliberação da assembleia geral por acionistas detentores de, no mínimo, metade das ações com voto, por unipessoalidade incidente, e, finalmente, pela extinção da autorização para funcionar. São causas da dissolução judicial a anulação da constituição da companhia, proposta por qualquer acionista, a irrealizabilidade do objeto social, provada em ação proposta por acionista que represente 5% ou mais do capital social, e, finalmente, a falência.

A dissolução parcial da sociedade anônima se verifica apenas na hipótese de reembolso de acionista dissidente, feito à conta do capital social. Em regra, a sobrevivência da empresa encontra-se, adequadamente, garantida contra a vontade unilateral dos sócios que a compõem. O acionista dissidente pode, por exemplo, ser reembolsado à conta de lucros ou reservas (exceto a legal), não se comprometendo o capital social. A morte de acionista não importa qualquer consequência quanto à existência da sociedade, ficando os seus sucessores titulares dos direitos de sócio possuídos pelo *de cujus*. Finalmente, a exclusão de acionista não é possível.

Deve-se acentuar que a dissolução por vontade dos acionistas não exige a unanimidade, decorrência natural do caráter institucional da sociedade anônima. Esta dissolução poderá ser decidida por quem represente metade, pelo menos, do capital votante (art. 136, VII). À dissolução segue-se a liquidação, que será judicial sempre que aquela o for e mais nas hipóteses de pedido de qualquer acionista, ou do representante do Ministério Público, quando a liquidação amigável não for processada a contento.

Se a liquidação for irregular, poderá ser responsabilizado o liquidante, ou mesmo o acionista, prescrevendo a correspondente ação judicial em 1 ano, contado da publicação da ata de encerramento da liquidação (LSA, art. 287, I, *b*).

16. TRANSFORMAÇÃO, INCORPORAÇÃO, FUSÃO E CISÃO

Os procedimentos de reorganização das empresas que envolverem pelo menos uma sociedade anônima devem atender à disciplina da LSA. Não havendo, na operação, nenhuma sociedade deste tipo, a disciplina é a do CC (arts. 1.113 a 1.122). São quatro operações, pelas quais as sociedades mudam de tipo, aglutinam-se ou dividem-se, procurando os seus sócios e acionistas dotá-las do perfil mais adequado à realização dos negócios sociais ou, mesmo, ao cumprimento das obrigações tributárias.

A transformação é a operação de mudança de tipo societário: a sociedade limitada torna-se anônima, ou vice-versa. Pode dizer respeito aos cinco tipos de sociedades personalizadas do direito brasileiro e não acarreta a dissolução e liquidação do ente societário. Aliás, a transformação não extingue a pessoa jurídica da sociedade, nem cria outra nova. É o mesmo sujeito de direito coletivo anterior à transformação que permanece.

O procedimento da transformação deve obedecer às mesmas formalidades preceituadas para a constituição da sociedade do tipo resultante. A sua deliberação exige a aprovação unânime de todos os sócios ou acionistas (inclusive os titulares de ações preferenciais sem voto), salvo se o ato constitutivo já admite a possibilidade da transformação. Na hipótese de previsão contratual ou estatutária da transformação da sociedade, no entanto, os sócios dissidentes poderão exercer o direito de retirada (LSA, art. 221).

A incorporação é a operação pela qual uma sociedade absorve outra ou outras, as quais deixam de existir; a fusão consiste na união de duas ou mais sociedades, para dar nascimento a uma nova; e a cisão é a transferência de parcelas do patrimônio social para uma ou mais sociedades, já existentes ou constituídas na oportunidade. Estas três operações submetem-se a regras comuns de procedimento, cabendo a deliberação ao órgão societário competente para alteração do ato constitutivo.

A incorporação não se confunde com a incorporação de ações, esta última uma operação disciplinada pelo art. 252 da LSA, referente à conversão de sociedade anônima em subsidiária integral. Na incorporação de ações, todas as ações do capital social de uma companhia são transferidas ao patrimônio de uma sociedade empresária, que passa à condição de sua única acionista. É indispensável que essa sociedade, detentora de todo o capital social da anônima, seja brasileira.

Tem início a incorporação, a fusão ou a cisão com versão patrimonial para sociedade existente com a formalização de um protocolo pelos órgãos de administração das sociedades envolvidas ou seus sócios. Se uma sociedade anônima for interessada na operação, a lei exige também a apresentação à Assembleia Geral de justificação (LSA, art. 225). Em

seguida, procede-se à avaliação do patrimônio a ser vertido, mediante perícia técnica, de modo a assegurar a equivalência entre o seu valor e o capital a realizar.

A lei faculta o direito de retirada aos acionistas cuja sociedade foi incorporada em outra. Note-se que o acionista da sociedade incorporadora não tem esse direito, na hipótese em que discorda da operação. Também no caso de fusão de sociedades terão os dissidentes direito de retirada. Deve-se atentar, contudo, que há condições para o recesso, isto é, o acionista só poderá retirar-se da companhia se as ações desta não compuserem índices gerais de bolsas de futuro ou, sendo aberta a sociedade, se mais da metade das ações estiver em mãos do controlador. Nessas duas situações, consideram-se ilíquidas as ações emitidas pela companhia (isto é, são ações difíceis de se negociarem, mesmo no mercado aberto de capitais), e por isso o acionista não tem uma real alternativa econômica ao reembolso. Na cisão, só há direito de retirada se acarretar a participação do acionista em sociedade com objeto essencial diferente ou dividendos obrigatórios menores que os da cindida, ou integrante de grupo a que não pertencia a cindida.

Os direitos dos credores, nessas operações, estão claramente definidos. Na transformação eles continuam titularizando as mesmas garantias dadas pelo tipo societário anterior, até integral satisfação de seus créditos. Assim, a transformação de sociedade em nome coletivo em comandita por ações não impede que o credor anterior à operação responsabilize os sócios ilimitadamente. Na incorporação e na fusão, o credor prejudicado pela nova situação da sociedade devedora poderá pleitear em juízo a anulação da operação. Falindo a sociedade incorporadora ou a resultante de fusão, os credores anteriores poderão requerer no juízo falimentar a separação das massas. Finalmente, na cisão, define a lei a

solidariedade entre as sociedades resultantes da operação por todas as obrigações da cindida. Se o instrumento da cisão estabelecer que as sociedades resultantes obrigar-se-ão somente pelas dívidas a elas transferidas, o credor poderá opor-se a essa definição de distribuição de responsabilidades no prazo de 90 dias (LSA, art. 233).

A incorporação, a fusão ou a cisão de sociedade anônima emissora de debêntures não poderão ocorrer sem a prévia aprovação dos debenturistas, reunidos em assembleia, a menos que se assegure o resgate do valor mobiliário nos 6 meses seguintes à operação (LSA, art. 231).

A incorporação e a fusão de sociedades estão condicionadas à aprovação pelo CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica, sempre que resultar em empresa que participe em vinte por cento ou mais de um mercado relevante, ou se qualquer das sociedades envolvidas tiver faturamento bruto anual expressivo (LIOE, art. 54, § 3º).

17. GRUPOS DE SOCIEDADE E CONSÓRCIO

A associação de esforços empresariais entre sociedades, para a realização de atividades comuns, pode resultar em três diferentes situações: os grupos *de fato*, os *de direito* e os *consórcios*.

Os grupos de fato se estabelecem entre sociedades coligadas ou entre controladora e controlada. Coligadas são aquelas em que uma tem influência significativa sobre a outra, sem, contudo, controlá-la. Já controladora é aquela que detém o poder de controle de outra companhia. Em regra, a lei veda a participação recíproca entre a sociedade anônima e suas coligadas ou controladas, abrindo exceção somente para as hipóteses em que a companhia pode adquirir as próprias ações (LSA, arts. 244 e 30, § 1º, *b*).

Uma hipótese específica de controle de sociedade por outra se revela na constituição de *subsidiária integral*, a única sociedade unipessoal originária admitida pelo direito brasileiro. A outra previsão legal de unipessoalidade diz respeito a sociedade anônima com mais de um sócio no momento da constituição, mas que, temporariamente, tem todas as suas ações reunidas nas mãos de uma só pessoa (LSA, art. 206, I, *d*). Subsidiária integral é, de acordo com a previsão legal, a sociedade anônima constituída por escritura pública cujo único acionista é uma sociedade. Esta última pode ser de qualquer tipo (anônima ou não), mas necessariamente brasileira.

Em relação aos grupos de fato, preocupou-se o legislador, basicamente, em garantir maior transparência nas relações entre as coligadas e entre as controladas e sua controladora, por meio de regras próprias sobre as demonstrações financeiras (LSA, arts. 247 a 250).

Grupo de direito, ao seu turno, é o conjunto de sociedades cujo controle é titularizado por uma brasileira (a sociedade comandante, ou *holding*) e que, mediante convenção acerca de combinação de esforços ou participação em atividades ou empreendimentos comuns, formalizam esta relação interempresarial. Os grupos devem possuir *designação*, da qual constará palavra identificadora da sua existência ("grupo" ou "grupo de sociedades": art. 267 da LSA), e devem estar devidamente registrados na Junta Comercial.

Registre-se que o grupo não tem personalidade jurídica própria, sendo apenas uma relação interempresarial formalizada. Por outro lado, entre as sociedades integrantes do mesmo grupo, não há, em regra, solidariedade, exceto perante as autoridades antitruste (LIOE, art. 17) e pelas dívidas trabalhistas (CLT, art. 2º, § 2º) e previdenciárias (Lei n. 8.212/91, art. 30, IX). Não há, também, em regra, subsi-

diariedade entre as sociedades de um mesmo grupo, salvo quanto às obrigações relacionadas a contrato de consumo (CDC, art. 28, § 2º). Os grupos podem contar com estrutura administrativa própria, consistente em órgãos colegiados e cargos de direção-geral.

Por fim, se duas sociedades quiserem combinar seus esforços e recursos para o desenvolvimento de empreendimento comum, elas podem contratar a formação de um consórcio. As consorciadas respondem pelas obrigações especificadas no instrumento de consórcio, já que este não tem personalidade jurídica própria. Não há, por outro lado, solidariedade presumida entre elas, exceto nas obrigações relacionadas com os direitos do consumidor (CDC, art. 28, § 3º) e nas licitações (Lei n. 8.666/93, art. 33, V).

A constituição de grupo de sociedade ou a formação de consórcio estão sujeitas à aprovação do CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica, sempre que resultar participação de vinte por cento ou mais de um mercado relevante, ou se qualquer das sociedades agrupadas ou consorciadas tiver faturamento bruto anual expressivo (LIOE, art. 54, § 3º).

O acionista que discorda da deliberação da assembleia geral, no sentido de vir a companhia a participar de grupo societário, tem direito de retirada *se* as ações que titulariza não possuírem liquidez (LSA, art. 137, II). A falta de liquidez das ações se caracteriza, de acordo com a lei, em duas hipóteses: *a*) quando as ações de emissão da sociedade anônima a que pertence o dissidente não integram índice geral de bolsa de futuro; *b*) se mais da metade das ações emitidas pela sociedade aberta se encontra centralizada em mãos dos controladores. Desse modo, se as ações têm liquidez e são, portanto, facilmente negociáveis nos mercados abertos de capital, o acionista não terá direito de recesso, exatamente

porque as poderá vender na Bolsa de Valores, ou noutra entidade desses mercados.

18. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

A sociedade de economia mista é a sociedade anônima cujo capital social é constituído por recursos provenientes, em parte majoritária, do poder público e, em parte minoritária, dos particulares. Sua constituição depende de lei, que poderá, evidentemente, estabelecer normas diferentes das previstas pela legislação do anonimato. Tais normas, no entanto, aplicam-se, tão somente, à sociedade de economia mista em particular. As companhias de economia mista abertas estão, por outro lado, sujeitas ao controle e fiscalização da CVM.

A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem as mesmas responsabilidades do acionista controlador, porém a própria lei ressalva que a orientação dos negócios sociais pode ser feita de molde a atender ao interesse público que justificou a criação da sociedade. O que há, em particular, é a possibilidade de comprometimento dos recursos sociais em atividades relativamente deficitárias, importando em diminuição global do lucro líquido da sociedade, em virtude da realização do bem comum que inspirou a sua constituição. O acionista particular de sociedade de economia mista está ciente, ao ingressar no quadro associativo da companhia, desta particularidade, ou seja, de que, eventualmente, seja obrigado a suportar ligeira diminuição na rentabilidade de seu investimento, por força do atendimento de interesse maior que o seu. É claro que esta diminuição não poderá ser de tal porte que implique a descaracterização do investimento feito como negócio de conteúdo privado. Não cabe ao acionista suprir, com o seu patrimônio,

graves defasagens na prestação do serviço público. O acionista controlador poderá, portanto, vir a ser responsabilizado pelos demais acionistas particulares da sociedade de economia mista, sempre que, em decorrência do cumprimento do disposto no art. 238 da LSA, desenvolver atividade empresarial altamente deficitária. A fundamentação deste entendimento se vale, inclusive, da responsabilidade objetiva da Administração Pública.

As sociedades de economia mista terão, obrigatoriamente, conselho de administração e, em funcionamento permanente, o conselho fiscal (arts. 239 e 240).

19. SOCIEDADE EM COMANDITA POR AÇÕES

O derradeiro tipo societário é a sociedade em comandita por ações, à qual se aplicam todas as normas relativas à sociedade anônima, com as alterações previstas nos arts. 1.090 a 1.092 do CC (LSA, arts. 280 a 284). Algumas dessas alterações têm em vista a peculiar posição em que se encontram os diretores da sociedade em comandita por ações. São desta categoria as seguintes disposições legais:

a) *Responsabilidade dos diretores* — o acionista diretor da sociedade em comandita por ações (também chamado gerente) tem responsabilidade ilimitada pelas obrigações da sociedade (art. 1.091). Por essa razão, somente o acionista poderá fazer parte da diretoria. Outrossim, os diretores serão nomeados pelo estatuto, por prazo indeterminado, e somente podem ser destituídos por deliberação de acionistas que representem, no mínimo, 2/3 do capital social.

b) *Nome empresarial* — a sociedade em comandita por ações pode adotar firma ou denominação, sendo que, no primeiro caso, não poderá compor seu nome empresarial

aproveitando o nome civil de acionista que não seja diretor. Em ambas as hipóteses, o nome empresarial deverá conter expressão identificativa do tipo societário (CC, art. 1.161).

c) *Deliberações sociais* — ainda em razão da responsabilidade ilimitada dos diretores, a assembleia geral não tem poderes para, sem a anuência destes, mudar o objeto essencial da sociedade, prorrogar o seu prazo de duração, aumentar ou reduzir o capital social, criar debêntures ou partes beneficiárias (art. 1.092).

Feitas as ressalvas, portanto, aplicam-se às sociedades em comandita por ações todas as demais normas pertinentes às sociedades anônimas, tais as relativas às espécies, forma e classe de ações, debêntures, partes beneficiárias, constituição e dissolução, poder de controle, direitos essenciais do acionista, e assim por diante.

TERCEIRA PARTE

DIREITO CAMBIÁRIO

CAPÍTULO 16

TEORIA GERAL DO DIREITO CAMBIÁRIO

1. CONCEITO DE TÍTULO DE CRÉDITO

Os títulos de crédito são documentos representativos de obrigações pecuniárias. Não se confundem com a própria obrigação, mas se distinguem dela na exata medida em que a representam.

Uma determinada obrigação pode ser representada por diferentes instrumentos jurídicos. Se uma certa pessoa, agindo com culpa, provoca, com o seu automóvel, danos em bens de propriedade alheia, deste seu ato ilícito surgirá a obrigação no sentido de indenizar os prejuízos decorrentes. Se devedor e credor estiverem de acordo quanto à existência da obrigação e também quanto à sua extensão (o valor da indenização devida), esta pode ser representada por um título de crédito — cheque, nota promissória ou letra de câmbio, no caso. Se as partes concordam quanto à existência da obrigação, mas não têm condições de mensurar sua extensão, ou chegar a um acordo sobre esta, a mesma obrigação de indenizar os danos provenientes do ato ilícito poderia ser representada por um "reconhecimento de culpa". Se, porém, não concordam sequer com a existência da obrigação (o motorista do veículo entende não ter agido com culpa, por exemplo), a obrigação de indenizar somente poderá ser do-

cumentada por um outro título jurídico — uma decisão judicial que julgasse procedente a ação de ressarcimento promovida pelo prejudicado. Nestes exemplos, uma mesma e única obrigação, decorrente de ato ilícito, foi representada por três documentos jurídicos distintos: título de crédito, reconhecimento de culpa e sentença judicial. Outros poderiam ser lembrados. O que interessa acentuar, de início, é esta natureza do título de crédito, esta sua essencialidade de instrumento representativo de obrigação.

As obrigações representadas em um título de crédito ou têm origem extracambial, como no exemplo acima, ou de um contrato de compra e venda, ou de mútuo etc., ou têm origem exclusivamente cambial, como na obrigação do avalista.

Da circunstância de ser representada determinada obrigação por um ou outro instrumento decorrem consequências jurídicas bem distintas. O credor de uma obrigação representada por um título de crédito tem direitos, de conteúdo operacional, diversos do que teria se a mesma obrigação não se encontrasse representada por um título de crédito. Basicamente, há duas especificidades que beneficiam o credor por um título de crédito. De um lado, o título de crédito possibilita uma negociação mais fácil do crédito decorrente da obrigação representada; de outro lado, a cobrança judicial de um crédito documentado por este tipo de instrumento é mais eficiente e célere. A estas circunstâncias especiais costuma a doutrina se referir como os atributos dos títulos de crédito, chamados, respectivamente, de negociabilidade (facilidade de circulação do crédito) e executividade (maior eficiência na cobrança).

Com efeito, voltando ainda ao mesmo exemplo, o credor da indenização, se a tiver representada em um título de crédito, poderá, antes do vencimento da obrigação, valer-se dele para o seu giro econômico — poderá, por exemplo, ofe-

recer este crédito como garantia em empréstimo bancário, ou pagar seus próprios credores com o título, endossando-o. O mesmo não poderia ser feito se o crédito estivesse representado por uma sentença judicial ou um reconhecimento de culpa. E em caso de inadimplemento, pelo devedor, da obrigação assumida, o credor de um título de crédito não precisa promover a prévia ação de conhecimento, para somente depois poder executar o seu crédito. Os títulos de crédito, definidos em lei como títulos executivos extrajudiciais (CPC, art. 585, I), possibilitam a execução imediata do valor devido. Este mesmo direito, de conteúdo operacional, não teria o credor cujo crédito estivesse representado por um reconhecimento de culpa.

O conceito de título de crédito mais corrente, elaborado por Vivante, é o seguinte: "documento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, nele mencionado". Deste conceito será possível extraírem-se os princípios gerais do regime jurídico-cambial, ou seja, do direito cambiário.

2. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO CAMBIÁRIO

Três são os princípios que informam o regime jurídico-cambial: cartularidade, literalidade e autonomia.

Para que o credor de um título de crédito exerça os direitos por ele representados é indispensável que se encontre na posse do documento (também conhecido por cártula). Sem o preenchimento dessa condição, mesmo que a pessoa seja efetivamente a credora, não poderá exercer o seu direito de crédito valendo-se dos benefícios do regime jurídico-cambial. Por isso é que se diz, no conceito de título de crédito, que ele é um documento *necessário* para o exercício do direito nele contido. Como aplicação prática desse princípio, tem-se a impossibilidade de se promover a execução

judicial do crédito representado instruindo-se a petição inicial com cópia xerográfica do título de crédito. A execução — assim também o pedido de falência baseado na impontualidade do devedor — somente poderá ser ajuizada acompanhada do original do título de crédito, da própria cártula, como garantia de que o exequente é o credor, de que ele não negociou o seu crédito. Este é o princípio da cartularidade.

Ultimamente, o direito tem criado algumas exceções ao princípio da cartularidade, em vista da informalidade que caracteriza os negócios comerciais. Assim, a Lei das Duplicatas admite a execução judicial de crédito representado por este tipo de título, sem a sua apresentação pelo credor (LD, art. 15, § 2º), conforme se estudará oportunamente (*Cap. 22*, item 4). Outro importante fato que tem interferido com a atualidade desse princípio é o desenvolvimento da informática no campo da documentação de obrigações comerciais, com a criação de títulos de crédito não cartularizados.

Outro princípio é o da literalidade. Segundo ele, não terão eficácia para as relações jurídico-cambiais aqueles atos jurídicos não instrumentalizados pela própria cártula a que se referem. O que não se encontra expressamente consignado no título de crédito não produz consequências na disciplina das relações jurídico-cambiais. Um aval concedido em instrumento apartado da nota promissória, por exemplo, não produzirá os efeitos de aval, podendo, no máximo, gerar efeitos na órbita do direito civil, como fiança. A quitação pelo pagamento de obrigação representada por título de crédito deve constar do próprio título, sob pena de não produzir todos os seus efeitos jurídicos.

Finalmente, pelo princípio da autonomia, entende-se que as obrigações representadas por um mesmo título de crédito são independentes entre si. Se uma dessas obrigações for nula ou anulável, eivada de vício jurídico, tal fato

não comprometerá a validade e eficácia das demais obrigações constantes do mesmo título de crédito. Se o comprador de um bem a prazo emite nota promissória em favor do vendedor e este paga uma sua dívida, perante terceiro, transferindo a este o crédito representado pela nota promissória, em sendo restituído o bem, por vício redibitório, ao vendedor, não se livrará o comprador de honrar o título no seu vencimento junto ao terceiro portador. Deverá, ao contrário, pagá-lo e, em seguida, demandar ressarcimento perante o vendedor do negócio frustrado.

O princípio da autonomia se desdobra em dois subprincípios — o da abstração e o da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé. Trata-se de subprincípios porque, embora formulados diferentemente, nada acrescentam à disciplina decorrente do princípio da autonomia. O subprincípio da abstração é uma formulação derivada do princípio da autonomia, que dá relevância à ligação entre o título de crédito e a relação, ato ou fato jurídicos que deram origem à obrigação por ele representada; o subprincípio da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé, por sua vez, é, apenas, o aspecto processual do princípio da autonomia, ao circunscrever as matérias que poderão ser arguidas como defesa pelo devedor de um título de crédito executado.

Os três princípios do direito cambiário não são produtos do engenho do legislador e dos juristas, apenas. Ao contrário, decorrem de um longo processo histórico, em que os comerciantes vêm desenvolvendo e aprimorando os mecanismos de tutela do crédito comercial. Neste sentido, entende-se como um determinado empresário credor pode receber, com segurança, em pagamento por parte de seu devedor, um título de crédito de que este seja o titular, de responsabilidade de um terceiro desconhecido. Com efeito,

existe todo um aparato jurídico armado (o regime jurídico-cambial) que garante ao empresário credor: *a*) aquela pessoa que lhe transfere o título — o seu devedor — não poderá cobrá-lo mais (princípio da cartularidade); *b*) todas as relações jurídicas que poderão interferir com o crédito adquirido são apenas aquelas que constam, expressamente, do título e nenhuma outra (princípio da literalidade); *c*) nenhuma exceção pertinente à relação da qual ele não tenha participado terá eficácia jurídica quando da cobrança do título (princípio da autonomia). Tendo, então, todas estas garantias, o empresário se sentirá seguro em receber, em pagamento de seu crédito, um título de responsabilidade de um desconhecido. Desta forma, o direito protege o próprio crédito comercial e possibilita a sua circulação com mais facilidade e segurança, contribuindo para o desenvolvimento da atividade comercial. Trata-se de exemplo de sobredeterminação jurídica do modo de produção.

3. CLASSIFICAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

A classificação dos títulos de crédito se faz por quatro principais critérios, a saber: *a*) quanto ao modelo; *b*) quanto à estrutura; *c*) quanto às hipóteses de emissão; *d*) quanto à circulação.

O primeiro desses critérios distingue os títulos de crédito entre aqueles de modelo livre e os de modelo vinculado. No primeiro grupo, de que são exemplos a letra de câmbio e a nota promissória, estão os títulos de crédito cuja forma não precisa observar um padrão normativamente estabelecido. Os seus requisitos devem ser cumpridos para que se constituam títulos de crédito, mas a lei não determina uma forma específica para eles. Já o grupo dos títulos de modelo vinculado, em que se encontram o cheque e a dupli-

cata mercantil, reúne aqueles em relação aos quais o direito definiu um padrão para o preenchimento dos requisitos específicos de cada um. Um cheque somente será um cheque se lançado no formulário próprio fornecido, por talão, pelo próprio banco sacado. Mesmo que se lancem, em um instrumento diverso, todos os requisitos que a lei estabelece para o cheque, este instrumento não será título de crédito, não produzirá os efeitos jurídicos do cheque.

No tocante ao critério pertinente à estrutura, os títulos de crédito serão ordem de pagamento ou promessa de pagamento. No primeiro caso, o saque cambial dá nascimento a três situações jurídicas distintas: a de quem dá a ordem, a do destinatário da ordem e a do beneficiário da ordem de pagamento. No caso da promessa, apenas duas situações jurídicas distintas emergem do saque cambial: a de quem promete pagar e a do beneficiário da promessa. A letra de câmbio, o cheque e a duplicata mercantil são ordens de pagamento, ao passo que a nota promissória é uma promessa de pagamento.

Quanto às hipóteses de emissão, os títulos de crédito ou são causais ou não causais (também chamados de abstratos), segundo a lei circunscreva, ou não, as causas que autorizam a sua criação. Um título causal somente pode ser emitido se ocorrer o fato que a lei elegeu como causa possível para sua emissão, ao passo que um título não causal, ou abstrato, pode ser criado por qualquer causa, para representar obrigação de qualquer natureza no momento do saque. A duplicata mercantil, exemplo de título causal, somente pode ser criada para representar obrigação decorrente de compra e venda mercantil. Já o cheque e a nota promissória podem ser emitidos para representar obrigações das mais diversas naturezas.

Finalmente, em relação ao negócio jurídico que opera a transferência da titularidade do crédito representado pela cártula, ou seja, quanto à circulação, os títulos de crédito

podem ser ao portador ou nominativos. Os títulos ao portador são aqueles que, por não identificarem o seu credor, são transmissíveis por mera tradição, enquanto os títulos nominativos são os que identificam o seu credor e, portanto, a sua transferência pressupõe, além da tradição, a prática de um outro negócio jurídico. Os títulos de crédito nominativos ou são "à ordem" ou "não à ordem". Os nominativos com a cláusula "à ordem" circulam mediante tradição acompanhada de endosso, e os com a cláusula "não à ordem" circulam com a tradição acompanhada de cessão civil de crédito. Endosso e cessão civil são atos jurídicos transladadores da titularidade de crédito que se diferenciam quanto aos efeitos, conforme se examinará no momento apropriado (*Cap. 18*, item 3). No Código Civil, o conceito de títulos nominativos é diverso. Seriam desta categoria os títulos em que o nome do favorecido consta de registros do emitente (art. 921) e cuja circulação depende de alterações neste registro. Não há, no direito brasileiro, nenhum título de crédito que atenda a essa condição.

4. TÍTULOS DE CRÉDITO NO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil contém normas sobre títulos de crédito (arts. 887 a 926) que se aplicam na hipótese de lacuna na lei específica (art. 903).

Não têm aplicação as disposições do Código Civil, portanto, quando se trata de título de crédito disciplinado exaustivamente por lei própria. A letra de câmbio e a nota promissória não se submetem a essas disposições porque a Lei Uniforme de Genebra as disciplina por completo. Assim também o cheque, disciplinado inteiramente pela lei respectiva. A duplicata igualmente não se submete às prescrições do Código Civil porque a lei correspondente a submete ao regime legal aplicável à Letra de Câmbio, que, como visto,

é exaustivo (Lei n. 5.474/68, art. 25).

É importante ressaltar essa distinção porque, principalmente em relação à circulação, o Código Civil contempla disposições diversas das que tradicionalmente se encontra no direito cambiário. O endosso, por exemplo, quando aplicável o Código Civil, não importa, em princípio, responsabilidade do endossante (art. 914). A regra contida na lei aplicável à letra de câmbio e demais títulos acima referidos, no entanto, é exatamente a oposta, que vincula, em regra, o endossante ao pagamento do título (LU, art. 15; LC, art. 21).

Por enquanto, o Código Civil tem aplicação apenas a três títulos de crédito típicos, que não foram disciplinados completamente pelas respectivas leis de regência: o *Warrant* Agropecuário, o Conhecimento de Depósito Agropecuário (Lei n. 11.076/04) e a Letra de Arrendamento Mercantil (Lei n. 11.882/08).

Alguns autores consideram o Código Civil aplicável também em mais uma hipótese, a dos títulos criados pelos próprios interessados, independentemente de previsão legal (*atípicos* ou *inominados*). Não compartilho do entendimento de que o Código Civil disciplina os títulos inominados, porque não apresenta critério seguro para distingui-los dos contratos inominados.

De qualquer forma, títulos criados pelos próprios interessados – como o FICA (ou *vaca-papel*), que tem sido utilizado para documentar a obrigação de entrega de cabeças de gado no Centro-Oeste brasileiro – não são inválidos como documentos representativos de obrigação.

CAPÍTULO 17

LETRA DE CÂMBIO

1. INTRODUÇÃO

No estudo do direito cambiário, preferem os autores seguir uma linha didática, que, por ser útil, será adotada também aqui. Trata-se de examinar, inicialmente, a letra de câmbio, esmiuçando as particularidades dos diversos atos cambiários, com a devida profundidade, para, em seguida, apresentar os demais títulos de crédito, fazendo referência apenas àqueles aspectos que eles têm de específicos. Assim, o estudo da letra de câmbio é feito concomitantemente com o das regras gerais relativas à constituição e exigibilidade do crédito cambiário. Tais regras, respeitadas as especificidades de cada título, aplicam-se à nota promissória, ao cheque, às duplicatas e aos demais títulos de crédito.

2. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

O Brasil é signatário de uma convenção internacional para a adoção de uma lei uniforme sobre letra de câmbio e nota promissória, a Convenção de Genebra, firmada em junho de 1930.

Com a adesão do Brasil a esta convenção, em agosto de 1942, criou-se, no direito cambiário nacional, uma séria

controvérsia quanto à legislação vigorante no País, posto que o assunto encontrava-se disciplinado por um diploma interno, o Decreto n. 2.044, de 1908. Tal diploma, de indiscutível qualidade técnica, não tinha sido revogado expressamente por nenhuma lei ordinária e, ademais, para integral cumprimento do convencionado em Genebra, seria necessário que se elaborasse um projeto de lei para apreciação do Poder Legislativo, o qual, se aprovado, introduziria no ordenamento jurídico nacional o regramento previsto pela mencionada convenção. Somente após a sanção dessa lei, é que teria o Brasil dado cumprimento ao que fora convencionado em Genebra. Até lá, a letra de câmbio e a nota promissória continuariam a ser disciplinadas pela nossa antiga legislação cambial.

Mas em vez de proceder conforme seria de rigor pela boa técnica jurídica, ou seja, enviar ao Legislativo um projeto de lei que incorporasse as regras da Lei Uniforme de Genebra, o Poder Executivo, em 1966, baixou um decreto determinando que se cumprisse a convenção. A estranhíssima forma de criar direito recebeu a simpatia do STF, cuja jurisprudência pacificou-se, no início da década de setenta, em torno da tese de que a Lei Uniforme de Genebra sobre letra de câmbio e nota promissória havia ingressado no direito interno, inobstante a falta de lei ordinária que a adotasse.

Contudo, nem todos os dispositivos da Lei Uniforme entraram em vigor no Brasil. Valendo-se de possibilidade oferecida pela própria convenção, o Brasil assinalou, quando de sua adesão, determinadas *reservas*. Isto quer dizer que o estado brasileiro havia-se reservado o direito de introduzir, parcialmente, em seu ordenamento interno, o texto da Lei Uniforme. Em virtude destas reservas, este texto ficou relativamente lacunoso. Por outro lado, não houve lei qualquer que tivesse revogado, expressamente, o Decreto n.

2.044/1908. Teria, então, ocorrido uma revogação tácita, com a superveniência de lei disciplinando a mesma matéria. Neste sentido, permanecem vigorantes as disposições do referido diploma interno no que diz respeito à disciplina de assunto omitido na Lei Uniforme, seja por ausência de regramento, seja em decorrência de reserva assinalada pelo Brasil.

De sorte que, presentemente, a legislação que se entende vigorante no Brasil, acerca de letra de câmbio e nota promissória, é a colcha de retalhos que se costura com dispositivos da Lei Uniforme de Genebra e da legislação interna, fonte de indesejáveis disputas e de incertezas jurídicas.

Assim, devem-se fazer, preliminarmente, as seguintes observações referentes à legislação aplicável, no Brasil, quanto à letra de câmbio e nota promissória:

a) Em princípio, vigora a Lei Uniforme que consta como Anexo I da Convenção de Genebra sobre Letra de Câmbio e Nota Promissória, de junho de 1930.

b) Em virtude de reservas assinaladas pelo Brasil, *não* vigoram no direito nacional os seguintes dispositivos da referida Lei Uniforme: art. 10 (reserva do art. 3º do Anexo II); terceira alínea do art. 41 (reserva do art. 7º do Anexo II); números 2 e 3 do art. 43 (reserva do art. 10 do Anexo II); quinta e sexta alíneas do art. 44 (reserva do art. 10 do Anexo II).

c) Em virtude da reserva constante do art. 5º do Anexo II assinalada pelo Brasil, o art. 38 da Lei Uniforme deve ser completado nos termos da reserva, ou seja: as letras de câmbio pagáveis no Brasil devem ser apresentadas ao aceitante no próprio dia do vencimento.

d) A taxa de juros por mora no pagamento de letra de câmbio ou nota promissória não é a constante dos arts. 48 e

49, mas a mesma devida em caso de mora no pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (CC, art. 406), por força da reserva do art. 13 do Anexo II assinalada pelo Brasil.

e) Permanecem vigorantes, por omissão originária ou derivada da Lei Uniforme, os seguintes dispositivos do Decreto n. 2.044/1908: art. 3º, relativo aos títulos sacados incompletos; art. 10, sobre pluralidade de sacados; art. 14, quanto à possibilidade de aval antecipado; art. 19, II, em decorrência da reserva do art. 10 do Anexo II; art. 20, em virtude da reserva do art. 5º do Anexo II, salvo quanto às consequências da inobservância do prazo nele consignado; art. 33, acerca da responsabilidade civil do oficial do cartório de protesto; art. 36, pertinente à ação de anulação de títulos; art. 48, quanto aos títulos prescritos; art. 54, I, referente à expressão "nota promissória", em virtude da reserva do art. 19 do Anexo II.

As regras do Código Civil aplicam-se apenas se idênticas às da lei específica do título de crédito, revestindo-se, assim, de caráter supletivo (art. 903).

CAPÍTULO 18

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO CAMBIÁRIO

1. SAQUE

A letra de câmbio é uma ordem de pagamento. Isto significa que do seu saque, de sua criação, decorre o surgimento de três situações jurídicas distintas. São três diferentes complexos de direitos e obrigações que nascem juntamente com o título. Em primeiro lugar, tem-se a situação jurídica daquele que dá a ordem de pagamento, que determina que certa quantia seja paga por uma pessoa a outra. Quem se encontra nesta situação é chamado de *sacador*. Em segundo lugar, há a situação jurídica daquele para quem a ordem é dirigida, o destinatário da ordem, que deverá, dentro de condições estabelecidas, realizar o pagamento ordenado. A pessoa nesta situação é denominada *sacado*. Finalmente, existe a situação jurídica do beneficiário da ordem de pagamento, aquele em favor de quem se fez dita ordem, e que, por isso, é o credor da quantia mencionada no título. Quem se encontre nesta terceira situação jurídica é conhecido como *tomador*. São três situações jurídicas distintas, que surgem com a prática de um ato cambial chamado saque.

Saque é o ato de criação, de emissão da letra de câmbio. Após este ato cambial, o tomador estará autorizado a procurar o sacado para, dadas certas condições, poder receber dele a quantia referida no título.

Mas o saque produz um outro efeito, também: o de vincular o sacador ao pagamento da letra de câmbio. O sacado é que se encontra na posição de destinatário da ordem de pagamento; ele é que, em princípio, deverá pagar o título. No entanto, se não o fizer, ou se não se realizarem as condições da obrigação do sacado, o tomador poderá cobrar a letra de câmbio do próprio sacador, que, ao praticar o saque, tornou-se codevedor do título (LU, art. 9º).

Embora o saque crie três situações jurídicas distintas, a lei faculta que uma mesma pessoa ocupe mais de uma dessas situações. Assim, a letra poderá ser sacada em benefício do próprio sacador — a mesma pessoa ocupando, simultaneamente, as situações jurídicas de sacador e tomador — ou, ainda, sobre o próprio sacador — a mesma pessoa ocupando, simultaneamente, as situações jurídicas de sacador e sacado (LU, art. 3º).

A lei estabelece determinados requisitos para a letra de câmbio. São elementos indispensáveis à produção, pelo instrumento, dos efeitos cambiais previstos por lei. Ao documento em que falte algum desses requisitos não se pode aplicar a disciplina do regime jurídico-cambial. São requisitos da letra de câmbio:

a) a expressão "letra de câmbio" inserta no próprio texto do título, não bastando constar fora do texto, mesmo que com destaque; tal expressão deverá ser na língua empregada na redação do título (LU, art. 1º, n. 1);

b) o mandato puro e simples, ou seja, não sujeito a nenhuma condição, de pagar quantia determinada (LU, art. 1º, n. 2);

c) o nome do sacado (LU, art. 1º, n. 3) e sua identificação pelo número de sua Cédula de Identidade, de inscrição

no Cadastro de Pessoa Física, do Título Eleitoral ou da Carteira Profissional (Lei n. 6.268, de 1975, art. 3º);

d) o lugar do pagamento ou a indicação de um lugar ao lado do nome do sacado, o qual será tomado como lugar do pagamento e como domicílio do sacado (LU, art. 1º, n. 5, c/c o art. 2º, terceira alínea);

e) o nome do tomador, o que quer dizer que não se admite letra de câmbio sacada ao portador (LU, art. 1º, n. 6);

f) local e data do saque, podendo ser a indicação deste local substituída por menção de um lugar ao lado do nome do sacador (LU, art. 1º, n. 7, c/c o art. 2º, última alínea);

g) assinatura do sacador (LU, art. 1º, n. 8).

A época do vencimento deve, também, constar da letra, mas, à sua falta, não se descaracterizará o instrumento como título de crédito porque a lei dispõe que, neste caso, a letra será à vista (LU, art. 2º, segunda alínea).

Alguns autores distribuem os requisitos legais da letra de câmbio em essenciais ou não essenciais, incluindo nesta última categoria aqueles que, nos termos do art. 2º da LU, podem ser substituídos ou supridos. Não há, no entanto, maior interesse nesta classificação.

Se o sacador — como, de resto, qualquer outro obrigado cambial — não souber ou não puder assinar, somente poderá praticar o ato cambial por procurador nomeado por instrumento público e com poderes especiais. Por outro lado, não se admite, em relação à letra de câmbio, a utilização de chancela mecânica.

Uma séria controvérsia incomodava o direito cambiário no tocante ao exato sentido da expressão *quantia determinada* que consta do art. 1º, n. 2, da LU. Para uma parte

dos autores e de julgadores, por esse dispositivo estaria vedada a emissão de cambial indexada (isto é, com valor relativo a um índice) ou com cláusula de correção monetária.

Dessa vedação estariam afastadas somente as cambiais vinculadas a contrato de aquisição de casa própria pelo Sistema Financeiro da Habitação, em razão da existência de normas próprias autorizativas.

Na verdade, hoje predomina o entendimento de que a lei não veda a emissão de cambial indexada ou com cláusula de correção monetária, desde que o índice usado como relação do seu valor ou como critério de atualização seja oficial ou de amplo conhecimento do comércio. Neste caso, a quantia é determinada por simples operação matemática à qual tem acesso qualquer interessado. Negar a possibilidade de cambial indexada é pretender o impossível: que o comércio ignore um fato de tal importância e consequências que é a inflação. Trata-se de posição irrealista entender a expressão "determinada", constante da lei, no sentido estreito de "inalterável".

Finalmente, registre-se que, por força do art. 3º do Decreto n. 2.044/1908, em consonância com a interpretação que lhe deu a Súmula 387 do STF, e o art. 891 do CC, os requisitos da letra de câmbio — assim também de qualquer título de crédito — não precisam constar do instrumento no momento do saque. Poderá ela ser sacada incompleta, como poderá circular incompleta. Os requisitos devem estar totalmente cumpridos antes da cobrança ou do protesto do título. Entende-se que o portador de boa-fé é procurador bastante do sacador para completar a letra de câmbio emitida com omissões. É claro, se preencher o título em desacordo com o avençado, ou com a realidade dos fatos, terá o portador agido de má-fé, e deixará, por isso, de ser considerado procurador do emitente do título.

2. ACEITE

O sacado de uma letra de câmbio não tem nenhuma obrigação cambial pelo só fato de o sacador ter-lhe endereçado a ordem de pagamento. Estará vinculado ao pagamento do título apenas se concordar em atender à ordem que lhe é dirigida. O sacado, em nenhuma hipótese, está obrigado a cumprir o ordenado por esta espécie de título de crédito.

O ato cambial pelo qual o sacado concorda em acolher a ordem incorporada pela letra se chama "aceite". Nada o obriga a aceitar a letra de câmbio, nem sequer a prévia existência de obrigação perante o sacador ou o tomador. O sacado somente assumirá obrigação cambial, pelo aceite, se o desejar. É o aceite ato de sua livre vontade. Se, por acaso, é ele devedor do sacador ou do tomador, por obrigação derivada de ato, negócio, fato ou relação jurídica diversa, caberá, evidentemente, a ação própria para a cobrança do devido, mas inexiste qualquer forma de obrigá-lo à prática do aceite.

O aceite resulta da simples assinatura do sacado lançada no anverso do título, mas poderá ser firmado também no verso, desde que identificado o ato praticado pela expressão "aceito" ou outra equivalente.

O aceitante é o devedor principal da letra de câmbio. Isto significa que, no vencimento, o credor do título deverá procurar, inicialmente, o aceitante para cobrar o seu pagamento. Somente na hipótese de recusa de pagamento pelo devedor principal, é que o credor poderá cobrar o título, em determinadas condições, dos coobrigados. Cada título de crédito, em espécie, tem o seu devedor principal, em relação ao qual se aplica esta regra.

Como o sacado não está obrigado a aceitar a letra de câmbio, a recusa do aceite é comportamento lícito. A lei, no entanto, reserva para a recusa do aceite uma determinada

consequência, com vistas a resguardar os interesses do tomador do título. Trata-se do vencimento antecipado, previsto no art. 43 da LU. Se o sacado não aceitar a ordem de pagamento que lhe foi dirigida, o tomador — ou o credor — poderá cobrar o título de imediato do sacador, posto que o vencimento originariamente fixado para a cambial é antecipado com a recusa do aceite.

Igual consequência ocorre quando a recusa é parcial, ou seja, no caso de aceite limitativo ou modificativo. Do primeiro tipo é o aceite em que o sacado concorda em pagar apenas uma parte do valor do título; já modificativo é o aceite em que o sacado adere à ordem alterando parte das condições fixadas na letra, como, por exemplo, o adiamento do vencimento. Em ambas as hipóteses, ocorre aceite parcial, mas ocorre, também, recusa parcial do aceite. Estabelece, então, a lei que, na hipótese de aceite limitativo ou modificativo, o aceitante se vincula ao pagamento do título nos exatos termos de seu aceite (art. 26), mas se opera o vencimento antecipado da letra de câmbio, que poderá, por isto, ser cobrada de imediato do sacador.

Para evitar que a recusa do aceite produza o vencimento antecipado da letra de câmbio, o sacador pode valer-se de expediente previsto pelo art. 22 da LU, consistente na cláusula "não aceitável" (salvo nas hipóteses proibidas pelo mesmo dispositivo legal). Uma letra de câmbio com esta cláusula não poderá ser apresentada ao sacado para aceite. O credor somente poderá apresentar o título ao sacado no seu vencimento, e para pagamento portanto. Com este expediente, a negativa do sacado em acolher a ordem que lhe fora dirigida não importará em nenhuma consequência prática excepcional em relação ao sacador, posto que a recusa do aceite ocorre após o vencimento do título, época em que ele já deveria estar preparado para a eventualidade de hon-

rá-lo. Uma solução intermediária, prevista em lei também, é a proibição, pelo sacador, de apresentação da letra para aceite, antes de uma determinada data. Com isto, a eventual recusa do aceite e consequente vencimento antecipado do título ficam postergados para uma data futura. Também é possível ao sacador fixar um prazo de apresentação a aceite, forçando, assim, a pronta definição das consequências da vontade do sacado.

A letra de câmbio, salvo nas hipóteses em que o sacador define um prazo diverso, deve ser apresentada pelo tomador ao sacado até o máximo previsto em lei. Se se tratar de letra de câmbio à vista, o tomador deverá procurar o sacado até o máximo de 1 ano após o saque (art. 34). Neste caso, no entanto, a letra não é, a rigor, apresentada a aceite, mas, propriamente, para pagamento. Nada impede, contudo, que a letra à vista seja aceita pelo sacado e, em seguida, paga. Já a letra de câmbio a certo termo da vista, aquela cujo vencimento se opera com o transcurso de lapso temporal em que a data do aceite é o termo *a quo*, o tomador deverá apresentá-la ao sacado para aceite até o prazo de 1 ano após o saque (art. 23). Neste tipo de letra de câmbio, não é possível ao sacador inserir a cláusula "não aceitável" (art. 22). A letra de câmbio a certo termo da data, aquela cujo vencimento se opera com o transcurso de lapso temporal em que a data do saque é o termo *a quo*, e a letra de câmbio em data certa devem ser apresentadas a aceite, pelo tomador, até o vencimento fixado para o título (art. 21). A inobservância desses prazos pelo credor acarreta a perda do direito de cobrança do título contra os coobrigados (art. 53).

Apresentado o título ao sacado, este tem o direito de pedir que ele lhe seja reapresentado no dia seguinte, nos termos do art. 24 da LU. É o chamado prazo de respiro, que se destina a possibilitar ao sacado a realização de consultas ou

a meditação acerca da conveniência de aceitar ou recusar o aceite.

O sacado que retém, indevidamente, a letra de câmbio que lhe foi apresentada para aceite — ou o devedor, em caso de entrega para pagamento — está sujeito a prisão administrativa, que deverá ser requerida ao juiz, nos termos do art. 885 do CPC. Trata-se de medida coercitiva, de natureza civil, destinada a forçar a restituição da letra ao seu portador legitimado. Não é sanção penal e, por isso, deve a prisão ser imediatamente revogada na hipótese de devolução ou pagamento do título ou, ainda, se não for proferido julgamento em 90 dias a contar da execução do mandado de prisão (CPC, art. 886).

3. ENDOSSO

A letra de câmbio é título sacado, em regra, com a cláusula "à ordem". Isto significa que o seu credor pode negociar o crédito por ela representado mediante um negócio jurídico trasladador da titularidade do crédito, de efeitos cambiais, chamado endosso. Conceitua-se, então, endosso como o ato cambiário que opera a transferência do crédito representado por título "à ordem". É claro, a alienação do crédito fica, ainda, condicionada à tradição do título, em decorrência do princípio da cartularidade.

A cláusula "à ordem" pode ser expressa ou tácita. Ou seja, basta que não tenha sido inserida a cláusula "não à ordem" na letra de câmbio para que ela seja transferível por endosso (LU, art. 11).

O alienante do crédito documentado por uma cambial é chamado de endossante ou endossador; o adquirente, de endossatário. Com o endosso, o endossante, evidentemente,

deixa de ser credor do título, posição jurídica que passa a ser ocupada pelo endossatário. Também é evidente que somente o credor pode alienar o crédito, e, portanto, somente o credor pode ser endossador. Assim, o primeiro endossante de qualquer letra de câmbio será, sempre, o tomador; o segundo endossante, necessariamente, o endossatário do tomador; o terceiro, o endossatário do segundo endossante e assim sucessivamente. Não há qualquer limite para o número de endossos de um título de crédito; ele pode ser endossado diversas vezes, como pode, simplesmente, não ser endossado.

O endosso produz, em regra, dois efeitos: *a*) transfere a titularidade do crédito representado na letra, do endossante para o endossatário; *b*) vincula o endossante ao pagamento do título, na qualidade de coobrigado (LU, art. 15). Há endossos que não produzem um ou outro destes efeitos, conforme se estudará em seguida.

O endosso pode ser de duas espécies: "em branco", quando não identifica o endossatário, ou "em preto", quando o identifica. Resulta o endosso da simples assinatura do credor do título lançado no seu verso, podendo ser feita sob a expressão "Pague-se a Antonio Silva" (endosso em preto), ou simplesmente "Pague-se" (endosso em branco), ou sob outra expressão equivalente. O endosso poderá, também, ser feito no anverso do título, mas, neste caso, é obrigatória a identificação do ato cambiário praticado, ou seja, não poderá o endossante se limitar a assinar a letra.

O endosso em branco transforma a letra, necessariamente sacada nominativa, em título ao portador. O endossatário de um título por endosso em branco poderá transferir o crédito nele representado por mera tradição, hipótese em que não ficará coobrigado.

A lei veda ao endossante limitar o endosso a uma parte do valor da letra, considerando nulo o endosso parcial (LU, art. 12; CC, art. 912, parágrafo único). Outrossim, o endosso condicional, em que a transferência do crédito fica subordinada a alguma condição, resolutiva ou suspensiva, não é nulo, mas referida condição será ineficaz, porque a lei a considera não escrita (art. 12).

A doutrina costuma reunir sob a rubrica de endosso impróprio aquele que não produz o efeito de transferir a titularidade do crédito documentado pela letra de câmbio, mas legitima a posse sobre a cártula exercida pelo seu detentor. Com efeito, em determinadas circunstâncias, poderá o credor da letra transferir, legitimamente, a sua posse a um terceiro, sem transferir-lhe a titularidade do crédito representado. No caso de o credor da letra incumbir a um seu procurador o recebimento do título, deverá praticar um ato cambiário específico destinado a legitimar a posse do seu mandatário sobre ele. Caso tal ato não seja praticado, na própria letra, o devedor que efetuar o pagamento não se liberará, validamente, em virtude da aplicação dos princípios da cartularidade e da literalidade. O endosso impróprio que legitima a posse do procurador do credor é o endosso-mandato (LU, art. 18; CC, art. 917).

Outro exemplo de endosso impróprio é o endosso-caução, em que a letra, considerada bem móvel, é onerada por penhor, em favor de um credor do endossante. No endosso-caução, o crédito não se transfere para o endossatário, que é investido na qualidade de credor pignoratício do endossante. Cumprida a obrigação garantida pelo penhor, deve a letra retornar à posse do endossante. Somente na eventualidade de não cumprimento da obrigação garantida, é que o endossatário por endosso-caução apropria-se do crédito representado pela letra. O endossatário por endosso-caução

não pode endossar o título, salvo para praticar o endosso-mandato (LU, art. 19; CC, art. 918).

Já o endosso que não produz o efeito de vincular o endossante ao pagamento do título é o chamado endosso "sem garantia", previsto no art. 15 da LU. Com esta cláusula, o endossante transfere a titularidade da letra, sem se obrigar ao seu pagamento. A regra, como visto, é a da vinculação do endossante (lembre-se que o art. 914 do CC não se aplica em razão do art. 903 do mesmo Código). O ato do endossante de inserir no endosso a cláusula "sem garantia", porém, afasta a vinculação prevista em lei.

O negócio jurídico trasladador da titularidade de crédito de efeitos não cambiais é a cessão civil de crédito. Esta difere do endosso em dois níveis: quanto à extensão da responsabilidade do alienante do crédito perante o adquirente e quanto aos limites de defesa do devedor em face da execução do crédito pelo adquirente.

Quanto ao primeiro aspecto, acentue-se que o endossante responde, em regra, tanto pela existência do crédito quanto pela solvência do devedor. Em outros termos, o endossatário poderá executar o crédito contra o endossante, caso o devedor não tenha realizado o pagamento deste. Já o cedente responde, em regra, apenas pela existência do crédito e não pela solvência do devedor (CC, arts. 295 e 296). No tocante ao segundo aspecto, o devedor poderá defender-se, quando executado pelo cessionário, arguindo matérias atinentes a sua relação jurídica com o cedente (CC, art. 294), mas não poderá defender-se, quando executado pelo endossatário, arguindo matérias atinentes a sua relação jurídica com o endossante (princípio da autonomia das obrigações cambiais e subprincípio da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé, referidos no art. 17 da LU e 916 do CC).

Há alguns endossos que produzem efeitos de cessão civil de crédito. Ou seja, endossos em que o endossante não responde, em regra, pela solvência do devedor e em que o endossatário não adquire obrigação autônoma. São duas as hipóteses de endossos com efeitos de cessão civil de crédito, a saber: *a*) endosso praticado após o protesto por falta de pagamento ou do transcurso do prazo legal para a extração desse protesto (art. 20); *b*) endosso de letra de câmbio com a cláusula "não à ordem" (art. 11).

Em relação a esta última hipótese de endosso com efeitos de cessão civil de crédito, faz-se necessário observar que a letra pode ser emitida com a cláusula "não à ordem", ou seja, transmissível mediante cessão civil de crédito. Essa cláusula pode ser inserida pelo sacador e, assim, desnaturar todo e qualquer endosso que venha a ser feito na letra de câmbio, ou pode ser inserida por um endossante, proibindo que o título seja novamente endossado. A forma de inserir na cártula tal proibição é por meio da cláusula "não à ordem", posto que, assim, a transferência da titularidade do crédito representado somente poderá operar-se pela cessão civil de crédito e não mais pelo endosso, com as consequências advindas das já examinadas diferenças entre um e outro negócio jurídico. Por esta razão é que a lei estabelece que o endosso de uma letra na qual foi inserida a cláusula "não à ordem" tem, a rigor, os efeitos de cessão civil (art. 11). Outrossim, como forma de se desestimular situações como estas, o endossante que inserir a cláusula "não à ordem" em seu endosso, ou seja, que proibir novos endossos da letra, não garante o seu pagamento senão para o seu próprio endossatário (art. 15). Quem adquirir o crédito representado por uma letra de câmbio endossada com a cláusula "não à ordem" ao alienante não terá a garantia nem deste, que é cedente, nem do endossante anterior, que proibira novos endossos.

4. AVAL

O pagamento de uma letra de câmbio pode ser, total ou parcialmente, garantido por aval. Por este ato cambial de garantia, uma pessoa, chamada avalista, garante o pagamento do título em favor do devedor principal ou de um coobrigado. O devedor em favor de quem foi garantido o pagamento do título é chamado de avalizado.

O avalista é responsável da mesma forma que o seu avalizado, diz o art. 32 da LU (CC, art. 899). Isto não significa, contudo, uma atenuação do princípio da autonomia. A obrigação do avalista é autônoma em relação à do avalizado, como esclarece a própria lei. Eventual nulidade da obrigação do avalizado não compromete a do avalista. Quando a lei equiparou as responsabilidades de um e de outro coobrigado, pretendeu, em suma, apenas prescrever que o avalista responde pelo pagamento do título perante todos os credores do avalizado e, uma vez realizando o pagamento, poderá voltar-se contra todos os devedores do avalizado, além do próprio evidentemente.

Questão altamente controvertida surge da autorização legal do aval antecipado, constante do art. 14 do Decreto n. 2.044/1908. Teria o avalista antecipado do sacado que recusa o aceite alguma obrigação cambial? Uma leitura precipitada do texto da Lei Uniforme, atinente à equiparação da responsabilidade do avalista à do respectivo avalizado, poderia dar a entender que, inexistindo obrigação por parte do avalizado (o sacado, lembre-se, não tem qualquer responsabilidade cambial antes do aceite), também inexistiria por parte do avalista. Não se poderá, contudo, esquecer o princípio da autonomia das obrigações cambiais. O avalista antecipado de sacado que recusa o aceite responde pelo valor do título na exata medida em que assumiu, com o aval,

uma obrigação autônoma, independente de qualquer outra representada no mesmo título de crédito.

O aval resulta da simples assinatura do avalista no anverso da letra de câmbio, sob alguma expressão identificadora do ato praticado ("Por aval" ou equivalente) ou não. Se o avalista pretender firmar o verso do título, somente poderá fazê-lo identificando o ato praticado.

O aval pode ser "em branco" ou "em preto". Do primeiro tipo é o aval que não identifica o avalizado; do segundo, aquele que o identifica. O aval em branco, determina o art. 31 da LU, é dado em favor do sacador. É ele o avalizado pelo aval em branco.

O ato de garantia de efeitos não cambiais é a fiança, que se distingue do aval quanto à natureza da relação com a obrigação garantida. A obrigação do fiador é acessória em relação à do afiançado (CC, art. 837), ao passo que a obrigação do avalista é autônoma, independente da do avalizado (LU, art. 32). Como consequência desta distinção, a lei concede ao fiador o benefício de ordem (CC, art. 827), inexistente para o avalista.

5. O PLANO COLLOR E OS TÍTULOS DE CRÉDITO

No conjunto de diplomas normativos relacionados com o combate à inflação adotado pelo Presidente Collor, já no dia 15 de março de 1990, encontrava-se a Medida Provisória n. 165, que, posteriormente, foi convertida, com uma pequeníssima alteração, na Lei n. 8.021, de 1990. Por elas, o legislador adotou uma série de vedações relativamente a alguns documentos representativos de obrigação pecuniária ou investimentos, com o objetivo de identificar o respectivo titular. Duas destas vedações interessam para a matéria trata-

da neste Capítulo, a saber: *a*) a proibição de emissão de títulos ao portador ou nominativos-endossáveis (art. 2º, II); *b*) a relativa ao pagamento de títulos a beneficiário não identificado (art. 1º, *caput*). A questão diz respeito à aplicabilidade destes dispositivos à letra de câmbio e, em decorrência, por se sujeitarem ao mesmo regime jurídico, à nota promissória e à duplicata.

Como se mencionou, a disciplina legal da letra de câmbio em vigor no Brasil é decorrente de sua adesão à Convenção de Genebra. Claro que o estado participante da Convenção não precisa incorporar o texto da lei uniforme em sua versão integral, podendo alterá-lo parcialmente para atender às suas peculiaridades. Contudo, estas alterações devem ser circunscritas às hipóteses mencionadas no Anexo II, vale dizer, não podem ultrapassar os limites definidos pelas reservas assinaladas. O estado que adote em sua legislação interna um conjunto de normas incompatíveis com a essência da lei uniforme está, a rigor, denunciando a Convenção. No passado, quando se instituiu um registro das cambiais como condição de sua executividade, entendeu-se que, embora não previsto pela Convenção de Genebra, este requisito, na verdade, era plenamente conciliável com a disciplina internacional do instituto. Mas agora a situação é bem diferente, posto que a aplicação do art. 2º, II, da Lei n. 8.021/90 aos títulos de créditos próprios importaria na completa descaracterização do instituto.

Com efeito, a letra de câmbio (LU, art. 1º, 6), a nota promissória (LU, art. 75, 5) e a duplicata (LD, art. 2º, § 1º, V) já não admitiam, no saque, a forma ao portador. A novidade, portanto, que decorreria da aplicação do referido dispositivo da Lei n. 8.021/90 seria a proibição da forma nominativo-endossável. Em outros termos, estaria proibida a criação de títulos de crédito com a cláusula "à ordem", passando a ser requisito essencial seu a cláusula "não à ordem".

Com isto, não se veda a circulação da letra, mas, apenas, o seu endosso. Decerto, ela continuará a circular por cessão civil de crédito. Todavia, em decorrência das diferenças existentes entre o endosso e a cessão civil, toda a circulação do crédito deixaria de gozar das vantagens que o regime jurídico-cambial oferece. Um comerciante que aceitasse a transferência de crédito representado por duplicatas em pagamento de mercadorias vendidas não estaria mais albergado pela inoponibilidade das exceções pessoais; o banco que aceitasse estes títulos como garantia de um contrato de mútuo não poderia cobrá-los do mutuário na hipótese de insolvência do devedor dos títulos, já que o cedente só responde pela existência do crédito.

Em suma, sem o endosso, o título de crédito se desnatura. Perde muito do seu atributo exclusivo, que é a negociabilidade, e passa a ser, apenas, um instrumento a mais entre os representativos de obrigação, sem especificidade que o distinga.

Uma transformação dessa monta no regramento jurídico da letra de câmbio equivale à denúncia da Convenção de Genebra. Como esta não foi — e nem convém que seja — feita, a melhor interpretação, no caso, é a de que o art. 2º, II, da Lei n. 8.021/90 *não* se aplica aos títulos de crédito próprios, sendo norma destinada aos títulos de crédito impróprios de investimento.

Em relação à vedação de pagamentos de títulos a beneficiários não identificados, constante do art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.021/90, a solução é diversa. Como a sua aplicação às letras é compatível com a essência da convenção internacional que a disciplina, não há como se entrever, nesta aplicação, qualquer efeito equivalente à denúncia do acordado em Genebra. A regra em questão pode ser plenamente integrada ao regime jurídico cambial sem o descaracterizar. As-

sim, o endosso em branco, aquele que não identifica o endossatário, deve, necessariamente, ser convertido em endosso em preto antes do pagamento do título. Procedimento este inteiramente harmonizado com o disposto no art. 14, primeira alínea, da Lei Uniforme, bem como com o art. 3º do Decreto n. 2.044/1908, o art. 19 da Lei n. 8.088/90 e a Súmula 387 do STF, além de traduzir-se em um mecanismo que atende, plenamente, os objetivos da lei referida, que é a identificação dos contribuintes para fins fiscais.

CAPÍTULO 19

EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO CAMBIÁRIO

1. INTRODUÇÃO

Os devedores de um título de crédito são de duas categorias: o chamado devedor principal, que, na letra de câmbio, é o aceitante, e os coobrigados, que, nesta espécie de título, são o sacador e os endossantes. Os avalistas se enquadram em um ou outro grupo em função do enquadramento do respectivo avalizado.

Para tornar-se exigível o crédito cambiário contra o devedor principal, basta o vencimento do título; já em relação aos coobrigados, é necessária, ainda, a negativa de pagamento do título vencido por parte do devedor principal. Em virtude do princípio da literalidade, a comprovação deste fato deve ser feita por protesto do título, o qual se consubstancia, então, em condição da exigibilidade do crédito cambiário contra os coobrigados. O protesto do título também é condição de exigibilidade deste crédito, nos mesmos termos, na hipótese de recusa do aceite. Para produzir este efeito, contudo, o protesto deve ser providenciado pelo credor dentro de um prazo estabelecido por lei.

Um coobrigado, portanto, ao contrário do que ocorre em relação ao devedor principal, não está vinculado ao pagamento do título não protestado ou protestado fora do

prazo legal. Mas se a cambial estiver regularmente protestada, o coobrigado não poderá furtar-se ao seu pagamento.

O coobrigado que paga o título de crédito tem o direito de regresso contra o devedor principal e contra os coobrigados anteriores. As obrigações representadas por um título de crédito só se extinguem, todas, com o pagamento, pelo aceitante, do valor do crédito. Para se localizarem os coobrigados na cadeia de anterioridade das obrigações cambiais, adotam-se os seguintes critérios: *a*) o sacador da letra de câmbio é anterior aos endossantes; *b*) os endossantes são dispostos, na cadeia, segundo o critério cronológico; *c*) o avalista se insere na cadeia em posição imediatamente posterior ao respectivo avalizado. Organizando os devedores de um título de crédito, de acordo com estes critérios, na cadeia de anterioridade, será possível definir quem, dentre eles, é credor, em regresso, de quem.

Feitas estas observações preliminares, podem ser examinados, em particular, os institutos cambiais relacionados com a exigibilidade do crédito cambiário.

2. VENCIMENTO

O vencimento de um título de crédito se opera com o ato ou fato jurídico predeterminado por lei como necessário a tornar o crédito cambiário exigível. Há duas espécies de vencimento: o ordinário, que se opera pelo fato jurídico decurso do tempo ou pela apresentação ao sacado da letra à vista; e o extraordinário, que se opera por recusa do aceite ou pela falência do aceitante (Dec. n. 2.044/1908, art. 19, I). Somente a falência do aceitante de uma letra de câmbio produz o seu vencimento antecipado. Alguns autores entendem que a falência de qualquer coobrigado deveria ser levada em conta como vencimento extraordinário do título de

crédito. A melhor forma de examinar o assunto, contudo, não é esta. A falência de um coobrigado produz, apenas, o vencimento da obrigação cambiária de que seja devedor ele próprio, permanecendo as demais obrigações com o seu vencimento inalterado. Somente a falência do aceitante tem por consequência o vencimento antecipado de *todas* as obrigações cambiais, do título mesmo, e não apenas de sua própria obrigação. A falência do avalista do aceitante também não é causa de vencimento extraordinário da letra de câmbio.

Para a contagem de prazos, a Lei Uniforme estabelece determinadas regras, que servem para todo o direito cambiário. Com efeito, segundo o art. 36 dessa lei, adotam-se as seguintes normas:

a) o mês se conta pelo mês, ou seja, o vencimento da letra de câmbio a certo termo da vista ou da data, fixado em mês ou meses, operar-se-á no mesmo dia do aceite ou do saque, respectivamente, no mês de pagamento; inexistindo, neste mês, o referido dia, o vencimento se dará no último dia do mês;

b) meio mês significa o lapso de 15 dias e se o prazo de vencimento das letras de câmbio a certo termo da vista ou da data houver sido fixado em mês ou meses inteiros mais meio mês, computar-se-ão, inicialmente, os meses inteiros para, somente após, adicionar os 15 dias. Assim, o vencimento de uma letra de câmbio sacada para um mês e meio da vista, cujo aceite foi datado de 27 de fevereiro de ano não bissexto, recairá em 11 de abril (não em 14 de abril) do mesmo ano. Também uma letra de câmbio sacada em 31 de janeiro de ano não bissexto para vencimento em um mês irá vencer no dia 28 de fevereiro seguinte;

c) o vencimento designado para o início, meados ou fim de determinado mês ocorrerá nos dias 1, 15 e no último dia do referido mês, respectivamente.

Questão interessante diz respeito à falta de data do aceite, em letra de câmbio sacada a certo termo da vista. A contagem do prazo de vencimento, neste caso, ficaria impossibilitada se a lei não previsse fórmulas de sanar a falta de data. Em primeiro lugar, importa recuperar a ideia de que o título incompleto pode ser completado pelo portador de boa-fé. Assim, o credor da letra de câmbio poderá, simplesmente, datar o aceite, escrevendo, no título, a data em que ele efetivamente ocorreu. Poderá, no entanto, optar pelo protesto do título. O art. 24 da LU prevê um protesto específico para as letras de câmbio a certo termo da vista, cujo aceite não se encontra datado, que é o protesto por falta de data. O aceitante é intimado para vir datar a letra em cartório, considerando-se, em caso de não comparecimento, como data do aceite a do protesto. Finalmente, se a letra de câmbio nestas condições não se encontrar protestada, a lei faculta ao credor considerar o aceite como feito no último dia do prazo de apresentação (art. 35), ou seja, 1 ano após o saque, computando-se, então, a partir do término deste prazo o lapso do vencimento da cambial.

3. PAGAMENTO

Pelo pagamento, extinguem-se uma, alguma ou todas as obrigações representadas por um título de crédito. Se o pagamento é feito por um coobrigado ou pelo avalista do aceitante, são extintas a própria obrigação de quem pagou e mais as dos coobrigados posteriores; se o pagamento é feito pelo aceitante da letra de câmbio, extinguem-se todas as obrigações cambiais.

O pagamento de uma letra de câmbio deve ser feito no prazo da lei, que difere segundo o lugar de sua realização. Para uma letra de câmbio pagável no exterior, o credor deve

apresentar o título ao aceitante no dia do vencimento ou num dos dois dias úteis seguintes (LU, art. 38). Já se a letra de câmbio é pagável no Brasil, o credor deverá apresentá-la ao aceitante para pagamento no dia do vencimento ou, recaindo este num dia não útil, no primeiro dia útil seguinte (art. 5º do Anexo II da Convenção de Genebra c/c o art. 20 do Dec. n. 2.044/1908). Se não for observado o prazo de apresentação para pagamento, o credor *não* perderá o direito ao crédito cambiário. Mas, nesta hipótese, qualquer devedor poderá depositar, em juízo, por conta do credor, o valor do título. Responderá, portanto, o credor de letra de câmbio não apresentada tempestivamente para pagamento, pelo ressarcimento das despesas de eventual depósito judicial feito pelo devedor principal ou por um coobrigado. Somente na hipótese de letra de câmbio com a cláusula "sem despesas", que dispensa o protesto para fins de conservação do direito de crédito contra os coobrigados, ou parte deles, é que a inobservância do prazo de apresentação para pagamento importa consequência distinta, a saber: perda do direito de crédito contra todos os coobrigados, nos termos do art. 53 da LU.

Para fins cambiais, considera-se útil o dia em que há expediente bancário, independentemente de ser, ou não, feriado local ou nacional (Lei n. 9.492/97, art. 12, § 2º).

O pagamento de uma cambial deve cercar-se de cautelas próprias. Em virtude do princípio da cartularidade, o devedor que paga a letra de câmbio deve exigir que lhe seja entregue o título. Em decorrência do princípio da literalidade, deverá exigir que se lhe dê quitação no próprio título. Se não observar tais cautelas específicas, e a letra for endossada a portador de boa-fé, o devedor não poderá furtar-se a um segundo pagamento, por força do princípio da autonomia das obrigações cambiais. É claro que, em seguida,

poderá reaver o que pagou a mais de quem se beneficiou do enriquecimento indevido. O endossante que pagar uma letra poderá riscar o seu endosso e os endossos posteriores.

Tem-se admitido o pagamento parcial da letra de câmbio, desde que observadas algumas cautelas que a doutrina recomenda, a saber: *a*) somente o aceitante poderá optar pelo pagamento parcial, que não poderá ser recusado pelo credor; *b*) o título permanece em posse do credor, que nele deve lançar quitação parcial; *c*) os coobrigados e o avalista do aceitante podem ser cobrados pelo saldo não pago, sendo necessário o protesto para a responsabilização do sacador, endossantes e seus avalistas.

Uma obrigação cambial é de natureza quesível, ou seja, cabe ao credor a iniciativa para a obtenção da satisfação do crédito. Deve ele procurar o devedor para receber o valor do título ou avisá-lo do local onde poderá ser feito o pagamento. Ao contrário do que ocorre com o devedor de obrigação portável, ao devedor cambial não cabe a iniciativa para a solução da pendência. De qualquer forma, a inobservância da cláusula quesível ou portável não invalida o pagamento.

O devedor de uma letra de câmbio deve negar-se a efetuar o pagamento ao portador do título, sempre que ocorrer justa causa para esta oposição. O revogado parágrafo único do art. 23 do Decreto n. 2.044/1908 oferece alguns exemplos desta espécie de causa: extravio da letra, falência ou incapacidade do portador. Se pagar uma letra com inobservância desta cautela, não ficará validamente desobrigado (LU, art. 40). Assim, se a falência do credor era do conhecimento do devedor cambial, e, no entanto, ele efetuou o pagamento do título ao falido, a massa poderá reclamar novo pagamento daquele devedor.

4. PROTESTO

A falta de aceite, de data do aceite ou de pagamento de uma letra de câmbio deve ser provada por protesto cambial, que é ato formal de responsabilidade do portador do título.

O protesto por falta de aceite é extraído contra o sacador, que teve inacolhida a sua ordem de pagamento. O sacado não pode figurar como protestado, neste caso, pela circunstância de se encontrar absolutamente livre de qualquer obrigação cambiária. Mas quem será intimado para, eventualmente, vir aceitar a letra em cartório é, naturalmente, o próprio sacado. Já o protesto por falta de data do aceite ou por falta de pagamento é extraído contra o aceitante, este sim um devedor cambial.

A lei estabelece para o protesto os seguintes prazos: para o protesto por falta de aceite, o portador deverá entregar o título em cartório até o fim do prazo de apresentação ao sacado ou no dia seguinte ao término do prazo se a letra foi apresentada no último dia deste e o sacado solicitou o prazo de respiro; para o protesto por falta de pagamento, o credor deverá entregar o título em cartório num dos dois dias úteis seguintes àquele em que ele for pagável (LU, art. 44), a menos que se adote o entendimento de alguns doutrinadores que defendem a vigência da lei interna na disciplina desse prazo, quando então deverá o portador encaminhar o título já no primeiro dia útil seguinte ao do vencimento (Dec. n. 2.044/1908, art. 28).

Se não forem observados os prazos fixados em lei para a extração do protesto, o portador do título perderá o direito de crédito contra os coobrigados da letra — ou seja, contra o sacador, endossantes e seus respectivos avalistas (art. 53) — permanecendo, portanto, apenas com o direito de crédito contra o devedor principal (aceitante da letra de câmbio) e

seu avalista. Em caso de perda do prazo para protesto por falta de aceite, é claro, o portador somente conservará o direito de crédito contra eventual avalista antecipado do sacado.

Diante destas consequências da lei, a doutrina costuma chamar de *necessário* o protesto contra os coobrigados e *facultativo* o protesto contra o devedor principal e seu avalista.

Tais consequências não se aplicam no caso de a letra de câmbio ou um ato cambiário específico contemplarem a cláusula "sem despesas". Nos termos do art. 46 da LU, a inserção de cláusula dessa natureza pelo sacador dispensa o protesto para a conservação do direito de crédito cambiário contra qualquer devedor do título; já a inserção dessa cláusula em um endosso ou em um aval, feita, respectivamente, pelo endossante ou pelo avalista que o pratica, dispensa o protesto para a conservação do direito de crédito apenas em relação ao endossante ou avalista em questão. O protesto, em outros termos, torna-se facultativo também contra todos os coobrigados ou parte deles. O portador de letra de câmbio com cláusula dessa espécie somente perde o direito de crédito contra os coobrigados a que ela se refere se deixar de apresentar o título ao aceitante, para pagamento, no prazo da lei (art. 53).

O cancelamento do protesto pode ter por base o pagamento posterior do título, hipótese em que se processa administrativamente perante o próprio cartório de protesto, mediante entrega, pelo interessado, do título protestado (a posse do documento faz presumir a quitação). Caso este não possa ser exibido, o interessado poderá obter o cancelamento do protesto apresentando anuência do credor originário ou por endosso. Se o cancelamento se fundar em causa diversa do pagamento posterior, e as pessoas que figurarem

no instrumento de protesto não consentirem, somente por ordem judicial poderá ser efetuado (Lei n. 9.492/97, art. 26).

5. AÇÃO CAMBIAL

Se o título não for pago em seu vencimento, o credor poderá promover a execução judicial de seu crédito contra qualquer devedor cambial, observadas as condições de exigibilidade do crédito cambiário já examinadas — especificamente, o protesto tempestivo para cobrança de coobrigado. A letra de câmbio vem definida, pela lei processual, juntamente com a nota promissória, o cheque e a duplicata, como título executivo extrajudicial (CPC, art. 585, I), cabendo, pois, a execução do crédito correspondente.

Mas, para o exercício do direito de cobrança por via de execução, fixou a lei um determinado prazo prescricional. A execução, portanto, da letra de câmbio deve ser ajuizada, nos termos do art. 70 da LU:

a) em 3 anos a contar do vencimento, para o exercício do direito de crédito contra o devedor principal e seu avalista;

b) em 1 ano a contar do protesto — ou do vencimento, no caso da cláusula "sem despesas" — para o exercício do direito de crédito contra os coobrigados, ou seja, contra o sacador, endossantes e respectivos avalistas; e

c) em 6 meses a contar do pagamento, ou do ajuizamento da execução cambial, para o exercício do direito de regresso por qualquer um dos coobrigados.

Após a prescrição da ação de execução, ninguém poderá ser acionado em virtude da letra de câmbio. No entanto, se a obrigação que se encontrava representada pelo título

de crédito tinha origem extracambial, o seu devedor poderá ser demandado por ação de conhecimento própria (Dec. n. 2.044/1908, art. 48), na qual a letra servirá, apenas, como elemento probatório. Um coobrigado cuja obrigação tenha-se originado, exclusivamente, no título de crédito, como é, em geral, o caso do avalista, após a prescrição da execução, não poderá, em nenhuma hipótese, ser responsabilizado perante o credor da letra.

Esta ação de conhecimento prescreverá de acordo com a disposição de lei aplicável à espécie, e, inexistindo regra específica, no prazo do art. 205 do CC.

A execução cambial compreende, segundo o art. 48 da LU, o pagamento do principal do título acrescido de juros moratórios, à taxa pactuada entre as partes, além das despesas e, segundo o disposto na Lei n. 6.899, de 1981, correção monetária a partir do vencimento.

Se o título teve o seu vencimento antecipado por recusa do aceite, o seu valor será reduzido de acordo com as taxas bancárias vigorantes no domicílio do portador à data da execução.

CAPÍTULO 20

NOTA PROMISSÓRIA

1. REQUISITOS

A nota promissória é uma promessa de pagamento que uma pessoa faz em favor de outra. Com o saque da nota promissória, surgem duas situações jurídicas distintas: a situação daquele que promete pagar quantia determinada e a daquele que se beneficia de tal promessa. A pessoa que se encontra na primeira situação é chamada, pela lei, de sacador, emitente ou subscritor; a pessoa que se encontra na segunda posição é chamada de beneficiário ou sacado.

A nota promissória deve atender aos requisitos definidos pelos arts. 75 e 76 da LU, a saber:

a) a expressão "nota promissória" (conforme o art. 54, I, do Decreto n. 2.044/08) constante do próprio texto do título, na língua empregada para a sua redação (LU, art. 75, n. 1);

b) a promessa, incondicional, de pagar quantia determinada, lembrando-se o já considerado acerca de cambial indexada (art. 75, n. 2);

c) o nome do beneficiário da promessa, o que significa a impossibilidade do saque de nota promissória ao portador (art. 75, n. 5);

d) a data do saque (art. 75, n. 6);

e) o local do saque ou a menção de um lugar ao lado do nome do subscritor, que se considera, também, o domicílio deste (art. 75, n. 6, e a terceira alínea do art. 76);

f) a assinatura do sacador (art. 75, n. 7), bem como a sua identificação pelo número da sua Cédula de Identidade, de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, do Título de Eleitor ou da Carteira Profissional (Lei n. 6.268/75, art. 3º).

Além desses requisitos, deve a nota promissória especificar a data e local do pagamento, entendendo-se, em caso de omissão, que se trata de título pagável à vista no local do saque ou no designado ao lado do nome do subscritor, nos termos das alíneas segunda e terceira do art. 76 da LU.

2. REGIME JURÍDICO

A nota promissória está sujeita às mesmas normas aplicáveis à letra de câmbio, com algumas exceções estabelecidas pela Lei Uniforme, em seus arts. 77 e 78. Assim, tudo o quanto se prescreveu acerca de endosso, aval, vencimento, pagamento, protesto, execução e demais temas, relativamente às letras de câmbio, compõe, também, o regime jurídico da nota promissória.

Contudo, devem ser observadas as seguintes prescrições específicas deste tipo de título cambial:

a) A nota promissória é uma promessa de pagamento e, por isso, não se aplicam, a ela, as normas relativas à letra de câmbio incompatíveis com esta natureza da promissória. Assim, não há que se cogitar de aceite, vencimento antecipado por recusa de aceite, cláusula não aceitável etc.

b) O subscritor da nota promissória é o seu devedor principal. Por essa razão, a lei prevê que a sua responsabilidade é idêntica à do aceitante da letra de câmbio (art. 78). Neste sentido, pode-se concluir que o protesto é facultativo para o exercício do direito de crédito contra o emitente; também se pode concluir que o exercício desse direito prescreve em 3 anos.

c) O aval em branco da nota promissória favorece o seu subscritor (art. 77, *in fine*).

d) As notas promissórias, embora não admitam aceite, podem ser emitidas com vencimento a certo termo da vista. Nesta hipótese, o credor deverá apresentar o título ao visto do emitente no prazo de 1 ano do saque (art. 23), sendo a data desse visto o termo *a quo* do lapso temporal de vencimento. A nota promissória desta espécie pode ser protestada por falta de data (art. 78, segunda alínea).

Portanto, desde que observadas as especificidades da nota promissória acima mencionadas, estará este título sujeito ao mesmo regime jurídico da letra de câmbio, quanto à constituição e exigibilidade do crédito cambiário.

CAPÍTULO 21

CHEQUE

1. INTRODUÇÃO

O cheque é uma ordem de pagamento à vista, sacada contra um banco e com base em suficiente provisão de fundos depositados pelo sacador em mãos do sacado ou decorrente de contrato de abertura de crédito entre ambos. O elemento essencial do conceito de cheque é a sua natureza de ordem à vista, que não pode ser descaracterizada por acordo entre as partes. Qualquer cláusula inserida no cheque com o objetivo de alterar esta sua essencial característica é considerada não escrita e, portanto, ineficaz (Lei n. 7.357, de 1985 — Lei do Cheque, art. 32). Desta forma, a emissão de cheque com data futura, a pós-datação, não produz nenhum efeito cambial, posto que, pelo contrário, importaria tratamento do cheque como um título de crédito a prazo. Um cheque pós-datado é pagável em sua apresentação, à vista, mesmo que esta se dê em data anterior àquela indicada como a de sua emissão (art. 32, parágrafo único).

O sacado de um cheque não tem, em nenhuma hipótese, qualquer obrigação cambial. O credor do cheque não pode responsabilizar o banco sacado pela inexistência ou insuficiência de fundos disponíveis. O sacado não garante o pagamento do cheque, nem pode garanti-lo, posto que a lei

proíbe o aceite do título (art. 6º) bem como o endosso (art. 18, § 1º) e o aval de sua parte (art. 29). A instituição financeira sacada só responde pelo descumprimento de algum dever legal, como o pagamento indevido de cheque, a falta de reserva de numerário para liquidação no prazo de apresentação de cheque visado, o pagamento de cheque cruzado diretamente ao portador não cliente, o pagamento em dinheiro de cheque para se levar em conta etc. Ou seja, o banco responde por ato ilícito que venha a praticar, mas não pode assumir qualquer obrigação cambial referente a cheques sacados por seus correntistas.

Os fundos disponíveis em conta-corrente pertencem, até a liquidação do cheque, ao correntista-sacador. Mesmo que o cheque já tenha sido emitido e desde que não liquidado ainda, pertencem ao depositante os fundos em conta-corrente. Neste sentido, o credor, a outro título, do correntista poderá executar seu crédito sobre os fundos disponíveis em conta-corrente, mesmo que já tenha sido emitido cheque com base na provisão existente.

O cheque deve atender aos requisitos legalmente estabelecidos, a saber:

a) a expressão "cheque" inserta no próprio texto do título na língua empregada para a sua redação (art. 1º, I);

b) a ordem incondicional de pagar quantia determinada (art. 1º, II); observe-se que a inexistência ou insuficiência de fundos não desnatura o cheque como um título de crédito (art. 4º, *in fine*);

c) a identificação do banco sacado (art. 1º, III); não vale, no Brasil, como cheque aquele que for emitido contra um sacado não banqueiro (art. 3º);

d) o local de pagamento ou a indicação de um ou mais lugares ao lado do nome do sacado ou, ainda, a menção de um local ao lado do nome do emitente (arts. 1º, IV, e 2º, I e II);

e) data de emissão (art. 1º, V);

f) assinatura do sacador, ou seu mandatário com poderes especiais, admitido o uso de chancela mecânica ou processo equivalente (art. 1º, VI, e parágrafo único). O sacador deve ser identificado pelo número de sua Cédula de Identidade, de inscrição no Cadastro de Pessoa Física, do Título Eleitoral ou da Carteira Profissional (Lei n. 6.268/75, art. 3º).

O local de emissão também deve constar do título, mas, na sua ausência, entende-se como tendo sido o cheque emitido no local designado ao lado do nome do sacador (art. 2º, II).

A designação do mês, na data de emissão do cheque, antes da edição da Lei n. 7.357/85, deveria ser feita obrigatoriamente por extenso, em virtude do Decreto n. 22.393, de 1933. Após a entrada em vigor da atual Lei do Cheque, esta obrigatoriedade foi revogada. Este, contudo, não é o entendimento de Fran Martins, para quem permanece em pleno vigor o mencionado Decreto de 1933 e, portanto, a obrigatoriedade de lançamento do mês por extenso. Claro está que não interessa ao emitente datar o cheque com o mês em algarismos, apesar da faculdade legal, tendo em vista a facilidade de adulteração, com consequências diretas na dilação do prazo de apresentação e de prescrição do título.

O cheque é título de modelo vinculado, cuja emissão somente pode ser feita em documento padronizado, fornecido, em talões, pelo banco sacado ao correntista. O lançamento de todos os requisitos legais em qualquer outro documento não configura a emissão de cheque, não gerando, pois, efeitos cambiais.

O cheque de valor superior a R$ 100,00 deve adotar, necessariamente, a forma nominativa e pode conter a cláusula "à ordem" ou a cláusula "não à ordem". A sua circulação, portanto, segue o regramento da circulação da letra de câmbio. Salientem-se, no entanto, três diferenças em relação a tal disciplina: *a*) não se admite o endosso-caução, em razão da natureza do cheque de ordem de pagamento à vista; *b*) o endosso feito pelo sacado é nulo como endosso, valendo apenas como quitação, salvo se o sacado tiver mais de um estabelecimento e o endosso feito por um deles em cheque a ser pago por outro estabelecimento (art. 18, §§ 1º e 2º); *c*) o endosso feito após o prazo para apresentação é tardio e, por isso, gera os efeitos de cessão civil de crédito (art. 27).

No tocante ao aval, a lei estabelece que o aval em branco, aquele que não identifica o avalizado, favorece o sacador (art. 30, parágrafo único); além disso, proíbe-se o aval por parte do sacado (art. 29). No mais, aplica-se o mesmo regime reservado ao aval da letra de câmbio.

O devedor principal de um cheque é o seu sacador.

2. MODALIDADES DE CHEQUE

A Lei do Cheque prevê as seguintes modalidades deste título de crédito: *a*) cheque visado; *b*) cheque administrativo; *c*) cheque cruzado; *d*) cheque para se levar em conta.

O cheque visado é aquele em que o banco sacado lança declaração de suficiência de fundos, a pedido do emitente ou do portador legitimado. Somente o cheque nominativo ainda não endossado comporta esta certificação. O visamento não equivale ao aceite, posto que não vincula o banco ao pagamento do título independentemente da existência de provisão de fundos. A única obrigação que lhe compete em

virtude do visamento é a prevista no art. 7º, § 1º, da LC: o sacado deve reservar, da conta-corrente do sacador, em benefício do credor, quantia equivalente ao valor do cheque, durante o prazo de apresentação.

Claro está que, se o banco não proceder à obrigação legal de reservar, da conta do correntista, numerário suficiente para a liquidação do cheque visado, responderá pelo pagamento do cheque ao credor, se os fundos não existiam ou deixaram de existir. Isto não significa, contudo, que o sacado do cheque tenha alguma obrigação cambial, posto que se trata, no caso, de responsabilidade decorrente da inobservância de determinação legal e não do título de crédito. Tanto é assim que o sacado não poderá ser protestado, nem executado, nesta hipótese, cabendo ao credor apenas ação declaratória. Uma vez condenado a pagar o cheque irregularmente visado, o banco terá direito de regresso contra o seu emitente.

O cheque administrativo é aquele sacado pelo banco contra um de seus estabelecimentos. Sacador e sacado se identificam no cheque administrativo. Foi introduzido no direito brasileiro pelo Decreto n. 24.777, de 1934, diploma que se encontra tacitamente revogado pelo art. 9º, III, da LC, que disciplinou o assunto. O cheque administrativo somente pode ser emitido nominativamente.

Uma das espécies mais conhecidas de cheque administrativo, que possui algumas particularidades, é o cheque de viajante (*traveller's check*). Trata-se de uma ordem de pagamento à vista que um banco emite contra qualquer um de seus estabelecimentos e que deve ser firmado pelo credor em dois momentos distintos: na aquisição e na liquidação. Destina-se a conferir maior segurança aos viajantes, que não precisam transportar dinheiro. Pode ou não estar vinculado a um contrato de câmbio.

O cheque cruzado se destina a possibilitar, a qualquer tempo, a identificação da pessoa em favor de quem foi liquidado. Resulta da aposição, pelo emitente ou pelo portador, no anverso do título, de dois traços transversais, no interior dos quais poderá, ou não, ser designado um determinado banco. Na falta de qualquer designação, ou sendo esta genérica, ter-se-á cruzamento em branco, ou geral; em havendo a menção de um específico banco, ter-se-á cruzamento em preto, ou especial.

Um cheque com cruzamento em branco somente poderá ser pago a um banco ou a um cliente do sacado mediante crédito em conta. O cheque com cruzamento especial somente poderá ser pago ao banco cujo nome conste do cruzamento ou, sendo este também o sacado, a um cliente seu, mediante depósito em conta. Dessa forma, se o credor do cheque não for correntista do banco sacado, deverá, necessariamente, proceder à liquidação do título por meio de depósito junto ao banco em que possua conta, constando, então, dos registros do banco cobrador o nome da pessoa em favor de quem o cheque foi pago.

Durante a discussão do texto da Lei Uniforme sobre o cheque, em Genebra, por proposta das delegações nórdicas, introduziu-se uma inovação no tratamento do cheque cruzado, possibilitando-se o seu pagamento diretamente a um cliente do banco sacado, ou seja, aquela pessoa que, além de correntista, mantém com o estabelecimento bancário intensa relação negocial, de sorte que possa ser, a qualquer tempo, identificada pelo sacado. A lei brasileira não adotou esta inovação, ao prever que o pagamento do cheque cruzado a um cliente deva ser feito, necessariamente, por meio de depósito em conta-corrente e não de forma direta.

Claro está, contudo, que o cruzamento gera efeitos apenas perante o sacado, que não poderá pagar o cheque cruzado

com inobservâncias dessas regras. Se o cheque não tiver suficiente provisão de fundos, poderá ser cobrado diretamente de qualquer um de seus devedores, inclusive o sacador.

O cheque para se levar em conta foi introduzido no direito brasileiro pela Lei n. 7.357/85. Embora constasse do texto da Lei Uniforme e já fosse, de algum tempo, prática comum no comércio, este tipo de cheque não era reconhecido pelo STF como existente no direito nacional em razão de uma reserva assinalada pelo Brasil (a do art. 18 do Anexo II da Convenção de Genebra sobre o Cheque).

Por esta reserva a legislação brasileira poderia deixar de prever ou o cheque cruzado ou o cheque para se levar em conta. Como antes da Lei de 1985 não havia previsão legal desta modalidade de cheque, e o art. 12 do revogado Decreto n. 2.591, de 1912, disciplinava o cheque cruzado, entendeu a jurisprudência da Corte Suprema que o cheque para se levar em conta não havia sido introduzido no ordenamento interno. Mas o legislador não fez uso da referida reserva e, presentemente, contempla o direito cambiário brasileiro ambas as modalidades de cheque.

O cheque para se levar em conta tem o mesmo objetivo que o cheque cruzado. Destinam-se, ambos, a possibilitar a identificação da pessoa em favor de quem o cheque foi liquidado. Um cheque com a cláusula "para ser creditado em conta", inserida pelo emitente ou pelo portador, não pode ser pago em dinheiro. Sua liquidação será feita somente por lançamento contábil por parte do sacado. Não será possível ao sacado pagar o cheque diretamente.

Como acontece com o cruzamento, a cláusula específica do cheque para levar em conta gera efeitos somente perante o sacado, que está obrigado a observar as normas de liquidação pertinentes. Um cheque para se levar em conta sem

suficiente provisão de fundos pode ser pago em dinheiro, diretamente ao seu credor, por qualquer devedor do título.

Um cheque com a cláusula "para ser creditado em conta" emitido na forma nominativa prescinde de endosso quando depositado em conta-corrente do favorecido.

3. PAGAMENTO DO CHEQUE

O cheque deve ser apresentado a pagamento no prazo definido em lei, qual seja, em 30 dias da emissão se for cheque da mesma praça e em 60 dias da emissão se for cheque de praças distintas. Entende-se por cheque da mesma praça, para fins de definição do prazo de apresentação, aquele em que o local designado como sendo o de emissão é o mesmo município onde se encontra a agência pagadora do sacado, sendo de praças distintas aquele em que não coincidem o município do local que consta como sendo de emissão e o da agência pagadora (art. 11 da Res. BC n. 1.682/90).

Trata-se de um critério formal. Não interessa, a rigor, o local efetivo da emissão, mas aquele que como tal consta do título. A comparação deste local com o do pagamento é que possibilita a definição do prazo de apresentação.

O credor que não observar o prazo de lei para apresentar o cheque ao sacado está sujeito às seguintes consequências: *a*) perda do direito de executar os coobrigados do cheque, ou seja, os endossantes e avalistas de endossantes, em qualquer hipótese; *b*) perda do mesmo direito contra o emitente do cheque, *se* havia fundos durante o prazo de apresentação e eles deixaram de existir, em seguida ao término deste prazo, por culpa não imputável ao correntista (como, por exemplo, a falência do banco, o confisco governamental etc.). É o que prevê o art. 47, II, e seu § 3º da LC.

Um cheque não apresentado durante o prazo legal pode ser pago pelo sacado, desde que não se encontre prescrito e, evidentemente, haja suficiente provisão de fundos em seu poder (art. 35, parágrafo único). A inobservância do prazo de apresentação, portanto, não desconstitui o título de crédito como ordem de pagamento à vista, mas importa as graves sanções acima mencionadas.

O pagamento do cheque pode ser sustado, prevendo a lei duas modalidades de sustação:

a) *revogação* — constante do art. 35 da LC, também chamada de contraordem. Trata-se de ato exclusivo do emitente do cheque, praticado por aviso epistolar ou notificação judicial ou extrajudicial, em que exponha as razões motivadoras do ato. Esta modalidade de sustação do pagamento gera efeitos apenas após o término do prazo de apresentação e, evidentemente, caso o cheque não tenha sido, ainda, liquidado. Em outros termos, equivale a ato cambial que limita ao prazo de apresentação previsto em lei a eficácia do cheque como ordem de pagamento à vista; e

b) *oposição* — constante do art. 36 da LC. Ato que pode ser praticado pelo emitente ou portador legitimado do cheque, mediante aviso escrito, fundado em relevante razão de direito (extravio ou roubo do título, falência do credor etc.). Produz efeitos a partir da cientificação do banco sacado desde que anterior à liquidação do título. As relações entre oponente e sacado podem ser objeto de disciplina infralegal pelo Conselho Monetário Nacional (LC, art. 69, parágrafo único, *c*).

A sustação, seja por revogação, seja por oposição, pode configurar crime de fraude no pagamento por cheque, nos termos do art. 171, § 2º, VI, do CP, se o emitente ou o portador presumivelmente legitimado agirem dolosa e fraudulentamente, provocando dano ao portador do cheque.

Em ambas as hipóteses de sustação, o sacado não pode questionar a ordem, devendo limitar-se a cumpri-la caso se encontrem presentes os pressupostos formais. Se estiver ocorrendo abuso de direito pelo emitente ou portador legitimado, isto será objeto de conhecimento judicial, por ação própria, da qual o banco sequer é parte. Da mesma forma, se houver crime de fraude no pagamento por meio de cheque no ato de sustação praticado, não cabe ao banco decidir, mas ao Poder Judiciário.

O cheque pode servir, também, como instrumento de prova de pagamento e de extinção da obrigação, desde que observados os elementos exigidos pelo art. 28 da LC. Assim, o endosso de um cheque nominativo liquidado pelo banco sacado é prova do recebimento, pelo credor, do valor do cheque. Se, por outro lado, o cheque indicar a obrigação a cujo pagamento ele se refere, nas mesmas condições — vale dizer: nominativo e liquidado pelo banco sacado — prova a extinção da obrigação. Os mesmos efeitos tem o cheque para se levar em conta nominativo depositado em conta-corrente do favorecido, independente de endosso, que, no caso, é dispensável (art. 46, *caput*, *in fine*).

O cheque não é papel de curso forçado. Ou seja, ninguém está obrigado a recebê-lo contra a vontade. Enquanto vigorou a Lei n. 8.002/90, ele não podia ser recusado como meio de pagamento, nas relações de consumo, se fosse visado, administrativo ou no caso de a mercadoria ser entregue após a sua liquidação. Com a revogação desta lei pelo art. 92 da Lei n. 8.884/94 (LIOE), não existe mais, no direito brasileiro, qualquer hipótese de aceitação obrigatória desse título de crédito.

4. CHEQUE SEM FUNDOS

O pagamento feito por cheque tem efeito *pro solvendo*, ou seja, até a sua liquidação, não se extingue a obrigação a que se refere. Desta forma, o pagamento de aluguel por cheque sem fundos não impossibilita a retomada do bem locado, ainda que eventual quitação fornecida pelo locador não faça menção ao cheque. Da mesma forma, a instituição financeira proprietária fiduciária não perde o direito de busca e apreensão do bem objeto de alienação fiduciária em garantia, caso o pagamento da prestação pelo fiduciante tenha sido feito com um cheque sem fundos. As partes, no entanto, podem pactuar que o pagamento de determinada obrigação por cheque tenha efeito *pro soluto*, hipótese em que restará ao credor da obrigação apenas um direito cambial no caso de o cheque não ser liquidado por insuficiência de fundos.

Um cheque sem fundos deve ser protestado pelo credor, no prazo fixado em lei para sua apresentação a pagamento, para fins de conservação do direito creditício contra os coobrigados do cheque. Para o exercício do direito creditício contra o emitente e seu avalista, o protesto não é necessário. O cheque, como acontece com a letra de câmbio e a nota promissória, pode conter a cláusula "sem despesas", pela qual se dispensa o credor de protestar o título para conservação do direito creditício contra um ou mais coobrigados (art. 50). O protesto do cheque poderá ser lavrado no lugar do pagamento ou do domicílio do emitente (Lei n. 9.492/97, art. 6º).

O protesto do cheque, no entanto, pode ser substituído por declaração escrita e datada pelo banco sacado, com indicação do dia da apresentação, ou escrita e datada pela câmara de compensação, no sentido de serem insuficientes os fundos disponíveis. O credor de um cheque do qual conste

uma destas declarações poderá exercer o seu direito creditício contra todos os devedores do cheque, independentemente de protesto, se o apresentou a pagamento dentro do prazo previsto em lei. Note-se, contudo, que estas declarações substituem o protesto apenas para os fins de conservação do direito creditício. Para o pedido de falência de empresário fundado em emissão de cheque sem fundos, o protesto do título é indispensável.

A execução do cheque sem fundos prescreve, contra qualquer devedor, no prazo de 6 meses contados do término do prazo de apresentação a pagamento (art. 59). O direito de regresso de um coobrigado contra outro, contra o devedor principal ou seu avalista prescreve em 6 meses contados do pagamento ou da distribuição da execução judicial contra ele (art. 59, parágrafo único).

Se se tratar de cheque pós-datado, apresentado antes da data lançada como emissão, para fins de cálculo do prazo prescricional, considera-se como data de emissão do título não a que nele consta, mas a da sua apresentação a pagamento. Computam-se, então, 30 ou 60 dias, conforme seja cheque da mesma ou de praças diferentes e, em seguida, os 6 meses.

Após o decurso do prazo prescricional do cheque, será admissível ação com base no locupletamento sem causa, no prazo de 2 anos (art. 61). Embora se cuide de ação de conhecimento, é ainda de fundamento cambial. Qualquer coobrigado cambial que se locupletou indevidamente em função da prescrição do cheque pode ser responsabilizado.

Prescrita a ação de enriquecimento ilícito, nenhuma outra ação será possível com base no título de crédito. Poderá, no entanto, o credor por obrigação que, embora representada por um cheque, seja de origem extracambiária pro-

mover a ação correspondente a seu título, que prescreverá no prazo que a lei específica estabelecer ou nos termos do art. 205 do CC. A própria Lei do Cheque possibilita esse entendimento ao dispor, no seu art. 62, que, salvo prova de novação, a emissão ou transferência do cheque não exclui a ação fundada na relação causal, feita a prova do não pagamento.

Na execução do cheque sem fundos, o credor terá direito à importância do título acrescida das seguintes verbas: *a*) juros legais a partir da apresentação a pagamento; *b*) despesas com protesto, avisos e outras; *c*) correção monetária prevista no art. 52, IV, da LC.

A emissão de cheque sem fundos é tipificada como crime de fraude por pagamento de cheques, nos termos do art. 171, § 2º, VI, do CP, que prevê a pena de reclusão de 1 a 5 anos, além de multa. Trata-se de crime modalidade dolosa, não incorrendo em qualquer ilícito penal aquele que, por culpa, como negligência no controle do saldo, emite cheque sem fundos. O pagamento do cheque até o recebimento da denúncia importa extinção de punibilidade. A fraude é elemento do tipo, de sorte que o conhecimento, pela vítima, da insuficiência de fundos disponíveis importa a descaracterização da emissão como crime. Neste sentido, a emissão de um cheque pós-datado sem fundos não é comportamento criminoso. Finalmente, é um crime de dano, sendo imprescindível, por isso, para a sua ocorrência que tenha a vítima sofrido um prejuízo patrimonial. O pagamento de débito cambiário — representado por uma duplicata, letra de câmbio, nota promissória ou outro título de crédito — por um cheque sem fundos não caracteriza o crime de fraude porque não importa qualquer prejuízo para a vítima.

Com referência à repressão administrativa ao uso de cheque sem fundos, a Res. BC n. 1.682, de 1990, estabelece a respectiva sistemática, pela qual o emitente de cheque sem

fundos está sujeito ao pagamento da taxa devida ao Serviço de Compensação de Cheques e Outros Papéis, a cada devolução, além da inscrição no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos (CCF).

O correntista que tiver um mesmo cheque devolvido duas vezes por insuficiência de fundos e aquele que incorrer em prática espúria devem ser inscritos no CCF. A mesma resolução define prática espúria como sendo a emissão de três cheques sem fundos contra banco sacado que havia assumido o compromisso de pronto acolhimento (o chamado "cheque garantido"). O banco não pode entregar talonário ao correntista inscrito no CCF, mas não está obrigado a resolver o contrato de conta-corrente respectivo, salvo se o Banco Central determinar o seu encerramento.

CAPÍTULO 22

DUPLICATAS

1. DUPLICATA MERCANTIL

A duplicata mercantil é título de crédito criado pelo direito brasileiro. Já o Código Comercial de 1850 previa, em seu art. 219, que nas vendas por atacado o vendedor era obrigado a extrair, em duas vias, uma relação das mercadorias vendidas, as quais eram assinadas por ele e pelo comprador, ficando cada via com uma das partes contratantes. Pelo art. 427 do CCom, também já revogado, a via da fatura assinada pelo comprador que permanecia em mãos do vendedor era título de efeitos cambiais, documento hábil para a cobrança judicial do preço da venda. Esta fatura, ou conta, é a origem, mediata, da duplicata mercantil.

Ao longo do tempo, este título de crédito vem sendo alterado, por vezes em função dos interesses do Fisco sobre a atividade comercial. Presentemente, com uma identidade própria, encontra-se o título disciplinado pela Lei n. 5.474, de 1968.

Por esse diploma, nas vendas mercantis a prazo, entre partes domiciliadas no Brasil, é obrigatória a emissão, pelo vendedor, de uma fatura para apresentação ao comprador. Por fatura entende-se a relação de mercadorias vendidas, discriminadas por sua natureza, quantidade e valor. Por ven-

da a prazo se entende, para os fins do disposto nessa lei, aquela cujo pagamento é parcelado em período não inferior a 30 dias ou cujo preço deva ser pago integralmente em 30 dias ou mais, sempre contados da data da entrega ou despacho da mercadoria.

Pelo disposto na Lei das Duplicatas, portanto, o comerciante estava obrigado a emitir fatura sempre que se tratasse de venda a prazo, sendo-lhe facultada a emissão desta nas vendas não a prazo (LD, art. 1º).

Em 1970, por convênio celebrado entre o Ministério da Fazenda e as Secretarias Estaduais da Fazenda, com vistas ao intercâmbio de informações fiscais, possibilitou-se aos comerciantes a adoção de um instrumento único de efeitos comerciais e tributários: a "nota fiscal-fatura". O comerciante que adota este sistema pode emitir uma única relação de mercadorias vendidas, em cada operação que realizar, produzindo, para o direito comercial, os efeitos da fatura mercantil e, para o direito tributário, os da nota fiscal.

O comerciante que utiliza NF-fatura não poderá, no entanto, deixar de emitir o documento em qualquer operação que realize, mesmo em se tratando de venda não a prazo. A distinção entre hipóteses de emissão facultativa ou obrigatória da relação de mercadorias vendidas, prevista pela Lei das Duplicatas, perde, assim, o sentido prático em relação aos comerciantes que utilizam a NF-fatura, pois a sua emissão é sempre obrigatória.

Da fatura — ou da NF-fatura — o vendedor poderá extrair um título de crédito denominado duplicata. Se a emissão da fatura é facultativa ou obrigatória de acordo com a natureza da venda e se a emissão da NF-fatura é sempre obrigatória, a emissão da duplicata mercantil, por sua vez, é sempre facultativa. O vendedor não está obrigado a sacar o título em nenhuma situação.

Mas não poderá emitir, também, letra de câmbio, diante de expressa vedação legal (LD, art. 2º). A compra e venda mercantil poderá ser representada por nota promissória ou por cheque, que são títulos sacados pelo comprador. Ao vendedor, no entanto, a lei só permite o saque da duplicata mercantil, nenhum outro título.

A duplicata mercantil deve ser emitida com base na fatura ou na NF-fatura. Logo, sua emissão se dá após a de uma destas relações de mercadorias vendidas. Mas, embora não fixe a lei um prazo específico máximo para a emissão do título, deve-se entender que ele não poderá ser sacado após o vencimento da obrigação ou da primeira prestação.

São os seguintes os requisitos da duplicata mercantil:

a) a expressão "duplicata", a data de sua emissão e o número de ordem (art. 2º, § 1º, I);

b) o número da fatura — ou da NF-fatura — da qual foi extraída (art. 2º, § 1º, II);

c) a data certa do vencimento ou a declaração de ser o título à vista (art. 2º, § 1º, III), de onde se conclui que a lei não admite duplicata a certo termo da vista ou da data;

d) o nome e o domicílio do vendedor e do comprador (art. 2º, § 1º, IV), sendo o comprador identificado, também, pelo número de sua Cédula de Identidade, de sua inscrição no Cadastro de Pessoa Física, do Título Eleitoral ou da Carteira Profissional (Lei n. 6.268/75, art. 3º);

e) a importância a pagar, em algarismos e por extenso (art. 2º, § 1º, V);

f) o local de pagamento (art. 2º, § 1º, VI);

g) a cláusula "à ordem", sendo que não se admite a emissão de duplicata mercantil com cláusula "não à ordem",

a qual somente poderá ser inserida no título por endosso (art. 2º, § 1º, VII);

h) a declaração do reconhecimento de sua exatidão e da obrigação de pagá-la destinada ao aceite do comprador (art. 2º, § 1º, VIII);

i) a assinatura do emitente (art. 2º, § 1º, IX), podendo ser utilizada a rubrica mecânica nos termos da Lei n. 6.304, de 1975.

A duplicata mercantil é um título de modelo vinculado, devendo ser lançada em impresso próprio do vendedor, confeccionado de acordo com o padrão previsto na Resolução n. 102 do Conselho Monetário Nacional (LD, art. 27). Em princípio, não configura uma duplicata, nem gera efeitos cambiais, o documento que preencha todos os requisitos acima, mas não observe o padrão legal.

O comerciante que emite duplicata mercantil está obrigado a escriturar um livro específico, que o art. 19 da LD denomina "Livro de Registro de Duplicatas". Trata-se de livro obrigatório especial, cuja ausência acarreta as consequências já examinadas no campo civil e penal. Em razão desta escrituração, cada duplicata mercantil tem um número de ordem, o qual não coincide, necessariamente, com o número de ordem da fatura, ou NF-fatura, a que corresponde, em vista da facultatividade de sua emissão. Se incoincidentes, no entanto, o número de ordem da duplicata será sempre inferior ao da fatura ou NF-fatura.

Não admite a lei a emissão de uma duplicata representativa de mais de uma fatura, ou NF-fatura. Outrossim, sendo o preço da venda parcelado, será possível ao vendedor optar pelo saque de uma única duplicata, em que se discriminem os diversos vencimentos, ou pela emissão de uma duplicata mercantil para cada parcela. Nesta última hipótese, as dupli-

catas terão o mesmo número de ordem, discriminadas, no entanto, pelo acréscimo de uma letra do alfabeto.

2. CAUSALIDADE DA DUPLICATA MERCANTIL

A duplicata mercantil é um título causal. Não no sentido que alguma doutrina empresta a esta expressão, segundo a qual a duplicata se encontra vinculada à relação jurídica que lhe dá origem de uma forma diferente da que vincula os demais títulos de crédito às respectivas relações fundamentais. Não há esta diferença. A duplicata mercantil encontra-se tão vinculada à compra e venda mercantil da qual se origina quanto a letra de câmbio, a nota promissória ou o cheque se encontram em relação à obrigação originária que representam.

Todos estes quatro títulos de crédito encontram-se sujeitos a um mesmo e único regime jurídico, que é o cambial, caracterizado pelos princípios da cartularidade, da literalidade e da autonomia das obrigações. A duplicata é tão abstrata quanto os demais títulos de crédito, uma vez que entre exequente e executado de qualquer um deles somente serão relevantes os aspectos referentes à relação jurídica específica que os aproxima, sendo indiferente se tal relação é a que deu origem ao título cambiário ou não.

A duplicata mercantil é um título causal em outro sentido. No sentido de que a sua emissão somente é possível para representar crédito decorrente de uma determinada causa prevista por lei. Ao contrário dos títulos não causais (que alguns também chamam de abstratos, mas cuja abstração nada tem que ver com a vinculação maior ou menor à relação fundamental), a duplicata não pode ser sacada em qualquer hipótese segundo a vontade das partes interessadas. Somente quando o pressuposto de fato escolhido pelo

legislador — a compra e venda mercantil — se encontra presente, é que se autoriza a emissão do título. Este o único sentido útil que se pode emprestar à causalidade da duplicata mercantil.

Até o advento da Lei n. 8.137, de 1990, era considerado crime a emissão e o aceite de duplicata simulada, ou seja, aquela que não correspondesse a uma efetiva compra e venda mercantil. Com a mudança da redação do art. 172 do CP, feita por aquela lei, o comportamento típico passou a ser a emissão de duplicata mercantil que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade. Como se percebe, o bem jurídico tutelado pela norma penal em foco não é mais o crédito comercial, e sim os interesses dos consumidores.

A duplicata simulada não produz, também, efeitos cambiais. O credor por obrigação representada em título com esta característica deverá promover ação de conhecimento para provar a existência da obrigação. A duplicata irregular, no caso, servirá, apenas, como um elemento probatório.

3. ACEITE

A duplicata mercantil deve ser remetida pelo vendedor ao comprador, num certo prazo da lei (LD, art. 6º). Recebendo a duplicata, o comprador pode proceder de acordo com uma das seguintes cinco possibilidades: *a*) assinar o título e devolvê-lo ao vendedor no prazo de 10 dias do recebimento; *b*) devolver o título ao vendedor, sem assinatura; *c*) devolver o título ao vendedor acompanhado de declaração, por escrito, das razões que motivam sua recusa em aceitá-lo; *d*) não devolver o título, mas, desde que autorizado por eventual instituição financeira cobradora, comunicar ao vendedor o seu aceite; *e*) não devolver o título, simplesmente.

Qualquer que seja o comportamento do comprador, isto em nada altera a sua responsabilidade cambial, já definida em lei. A duplicata mercantil é título de aceite obrigatório, ou seja, independe da vontade do sacado (comprador). Ao contrário do que ocorre com a letra de câmbio, em que o sacado não tem nenhuma obrigação de aceitar a ordem que lhe foi endereçada, na duplicata mercantil o sacado está, em regra, vinculado à aceitação da ordem, só podendo recusá-la em situações previamente definidas em lei. Quando se afirma que o aceite da duplicata é obrigatório não se pretende que ele não possa ser recusado, mas, sim, que a sua recusa somente poderá ocorrer em determinados casos legalmente previstos. Situação diametralmente oposta à do sacado da letra de câmbio, que pode, sempre e a seu talante, recusar-se a assumir a obrigação cambial.

A recusa de aceite de uma duplicata mercantil só é admissível nos casos previstos pelo art. 8º da LD, ou seja, por motivo de: *a*) avaria ou não recebimento de mercadorias, quando não expedidas ou não entregues por conta e risco do comprador; *b*) vícios na qualidade ou quantidade das mercadorias; *c*) divergência nos prazos ou nos preços ajustados.

Em qualquer uma destas três hipóteses, e somente nestas, poderá o comprador recusar o aceite e, portanto, não assumir obrigação cambial. É claro que as partes poderão discutir, em juízo, a ocorrência destas causas, confirmando ou desconstituindo o ato de recusa do comprador.

Em função do seu caráter obrigatório, o aceite da duplicata mercantil pode ser discriminado em três categorias:

a) *Aceite ordinário* — resulta da assinatura do comprador aposta no local apropriado do título de crédito.

b) *Aceite por comunicação* — resulta da retenção da duplicata mercantil pelo comprador autorizado por eventual instituição financeira cobradora, com a comunicação, por escrito, ao vendedor, de seu aceite.

c) *Aceite por presunção* — resulta do recebimento das mercadorias pelo comprador, desde que não tenha havido causa legal motivadora de recusa, com ou sem devolução do título ao vendedor.

Como se pode perceber, dos cinco comportamentos que o comprador pode ter diante do recebimento de uma duplicata remetida pelo vendedor, apenas a sua devolução não assinada e acompanhada de declaração de recusa do aceite é que pode, se efetivamente havia causa para a recusa, liberá-lo da obrigação cambial documentada pela duplicata mercantil. A recusa na devolução do título ou a sua devolução não assinado são comportamentos que em nada interferem com a responsabilidade do sacado de uma duplicata.

No tocante aos demais atos constitutivos do crédito cambiário, aplicam-se à duplicata as normas relativas à letra de câmbio, por expressa disposição do art. 25 da LD. Observe-se, somente, que o aval em branco da duplicata é prestado em favor daquele cuja assinatura estiver acima da do avalista, ou, se inexistir uma assinatura assim situada, em favor do comprador; se os avais em branco são superpostos, consideram-se simultâneos (os obrigados são coavalistas do sacador) e não sucessivos (os obrigados não são avalistas de avalistas), conforme dispõe a Súmula 189 do STF; em relação ao endosso, é importante notar que, por ser a duplicata sempre sacada pelo vendedor em seu próprio favor, é ele, necessariamente, o primeiro endossante desse título de crédito, circunstância relevante na interpretação das normas relativas à exigibilidade do crédito cambiário; finalmente, anote-se que o devedor principal da duplicata mercantil é o sacado, o comprador das mercadorias.

4. EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO REPRESENTADO POR DUPLICATA

A duplicata pode ser protestada por falta de aceite, de devolução ou de pagamento (Lei n. 9.492/97, art. 21).

Qualquer que seja a causa do protesto, se o comprador não restituiu o título ao vendedor, ele se fará por indicações do credor fornecidas ao cartório de protesto, segundo o que faculta o art. 13, § 1º, *in fine*, da LD. Trata-se de norma jurídica que excepciona o princípio da cartularidade, posto permitir o exercício de direitos cambiários sem a posse do título. O protesto por indicações, naturalmente, prescinde da exibição da cártula.

A prática comercial, amparada por alguma doutrina, tem preferido, ao protesto por indicações, a emissão da triplicata. De fato, nos termos do art. 23 da LD, a perda ou o extravio da duplicata obriga o vendedor a extrair a triplicata, nada mais que uma cópia da duplicata, uma sua segunda via, feita com base nos registros constantes da escrituração que obrigatoriamente o comerciante deve manter (art. 19). Costuma o comércio emitir a triplicata sempre que a duplicata é retida pelo comprador. A rigor, não se enquadra esta emissão nas hipóteses legais de perda ou extravio, mas, desde que não importe em qualquer prejuízo para as partes, não haverá problemas em se proceder desta maneira. O que não se pode afirmar é que a emissão da triplicata, em caso de retenção da duplicata, esteja autorizada em lei. Isto não, posto que a lei, nesta situação, se limita a facultar ao credor o protesto por indicações, somente.

O protesto deve ser efetuado na praça de pagamento constante da duplicata e no prazo de 30 dias a contar de seu vencimento. A inobservância do prazo legal para encaminhamento do título a cartório de protesto importa a perda, por

parte do credor, do direito creditício contra os coobrigados, vale dizer, os endossantes e seus avalistas. Contra o devedor principal do título — o sacado — e seu avalista, não é necessário o protesto, ou seja, a inobservância do prazo de 30 dias a contar do vencimento para se promover o protesto da duplicata não importa a perda do direito creditício contra o comprador das mercadorias e um eventual seu avalista (art. 13, §§ 3º e 4º).

A lei não elenca o sacador dentre os coobrigados em relação aos quais o protesto é necessário porque seria redundante. Como foi visto, o sacador da duplicata ou é o credor do título — e, neste caso, não tem sentido falar-se em perda ou conservação de direito creditício contra ele próprio —, ou é, necessariamente, o endossante do título, já que a duplicata é ordem de pagamento obrigatoriamente sacada em favor do respectivo sacador. Donde se conclui que o protesto é condição de exigibilidade do crédito cambiário contra o sacador do título, o vendedor das mercadorias.

A execução da duplicata possui, também, algumas particularidades. Inicialmente, deve-se atentar para o fato de que a modalidade do aceite praticado define os requisitos de constituição do título executivo. De acordo com o tipo de aceite ocorrido — ordinário, por comunicação ou por presunção — a execução judicial poderá ser manejada a partir de determinados pressupostos.

Assim, se o aceite ocorrido foi o ordinário, ou seja, resultante da assinatura do comprador lançada no campo apropriado da duplicata, bastará o título de crédito para a constituição do título executivo. O seu protesto será necessário ou facultativo exclusivamente em função da categoria a que pertence o devedor — necessário contra o coobrigado, facultativo contra o devedor principal.

Caso o aceite praticado tenha sido o por comunicação, o título executivo será a própria carta enviada pelo comprador ao vendedor, em que se informa o aceite e a retenção da duplicata. Nos termos do art. 7º, § 2º, da LD, esta comunicação substitui a cártula no protesto e na execução. Atente-se para a circunstância de que o aceite por comunicação impede a circulação do título. A epístola que comunica o aceite somente é documento substitutivo da cártula nas hipóteses de protesto e execução. O vendedor das mercadorias, neste caso, não pode circular com o crédito representado pela duplicata mediante endosso. Para este fim, a comunicação não substitui o título retido. Portanto, não há que se cogitar do protesto como condição, na hipótese, de exigibilidade do crédito cambiário. O vendedor pode protestar a comunicação apenas como forma de forçar o pagamento da duplicata, mas não precisa fazê-lo para ajuizamento da execução.

Finalmente, em relação ao aceite por presunção, quando o comprador não assina a duplicata, retendo-a ou devolvendo-a, mas recebendo as mercadorias adquiridas, a constituição do título executivo depende da reunião dos seguintes elementos:

a) *protesto cambial* — a duplicata deve ser protestada, seja com a exibição do título, seja por indicações. No primeiro caso, a cártula é elemento constitutivo do título executivo, devendo ser acompanhada do respectivo instrumento de protesto; no segundo caso, somente o instrumento de protesto será elemento do título executivo; e

b) *comprovante de entrega da mercadoria* — a constituição do título executivo, na hipótese de aceite por presunção, compreende, obrigatoriamente, a prova escrita de recebimento da mercadoria pelo comprador.

A execução de duplicata aceita por presunção está prevista no art. 15, II, da LD, que fixa tais requisitos. O mesmo

dispositivo menciona, contudo, a inexistência de regular recusa do aceite (alínea *c*), que deve ser entendida como condição negativa de exigibilidade do crédito cambiário representado por duplicata. Ou seja: cabe ao executado, em embargos, a alegação e prova desta condição. Se acaso o aceite foi regularmente recusado, ou seja, no prazo, forma e pelos motivos da lei (LD, arts. 7º e 8º), o comprador, demonstrando isto em embargos, verá desconstituído o título executivo do credor.

Claro está, no entanto, que o comprovante da entrega da mercadoria é elemento constitutivo do título executivo na execução do devedor principal que praticou o aceite por presunção. A execução de uma duplicata não assinada pelo comprador, promovida contra um coobrigado, prescinde deste elemento, devendo, unicamente, ter sido protestada no prazo da lei. A execução da duplicata contra o avalista do sacado, por sua vez, independe do comprovante de recebimento de mercadorias e, também, do protesto no prazo legal. Em outros termos: o comprovante de recebimento das mercadorias adquiridas só é elemento constitutivo do título executivo, juntamente com o protesto, quando se tratar de execução de duplicata, não assinada pelo comprador, promovida contra o devedor principal.

Por esta razão, o endossatário de duplicata não assinada pelo comprador deve exigir que lhe seja entregue o documento comprobatório do recebimento da mercadoria ou uma cópia autêntica do mesmo, para, oportunamente, se for necessário, poder executar o título contra o devedor principal. Também o credor tem o direito de solicitar, a qualquer tempo, do vendedor das mercadorias, o fornecimento deste documento ou de sua cópia autêntica. Igual direito tem o coobrigado que paga a duplicata assim caracterizada, para fins de exercício do direito de regresso contra o comprador.

Acentue-se, por oportuno, que o protesto cambial que a lei define como condição de exigibilidade da duplicata não assinada mas acompanhada do comprovante de recebimento das mercadorias, *quando o executado for o sacado*, não precisa ter sido providenciado, necessariamente, nos 30 dias seguintes ao do vencimento. Mesmo o protesto extemporâneo supre a exigência legal nesta hipótese.

A competência para o processamento da execução é do juízo da praça de pagamento ou do domicílio do devedor. A ação de execução prescreve em 3 anos, a contar do vencimento do título, contra o devedor principal (o sacado) e seus avalistas; em 1 ano a partir do protesto, contra os coobrigados (sacador, endossantes e seus avalistas); e em 1 ano, para o exercício do direito de regresso, contado do dia do pagamento do título.

5. TÍTULOS DE CRÉDITO POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

A Lei das Duplicatas prevê, ainda, dois outros títulos de crédito além da duplicata mercantil. Trata-se da duplicata de prestação de serviços (arts. 20 e 21) e da conta de serviços (art. 22).

A duplicata de prestação de serviços pode ser emitida por pessoa, física ou jurídica, que se dedique a atividade econômica desta natureza. Trata-se de título de crédito de regime jurídico absolutamente idêntico ao da duplicata mercantil. Apenas duas especificidades a registrar: *a*) a causa que autoriza a sua emissão não é a compra e venda mercantil, mas a prestação de serviços; *b*) o protesto por indicações depende da apresentação, pelo credor, de documento comprobatório da existência do vínculo contratual e da efetiva prestação dos serviços. Encontra-se o prestador de ser-

viços que opera com o título obrigado à escrituração do Livro de Registro de Duplicatas, devendo emitir fatura discriminatória dos serviços prestados sempre que pretender emitir duplicata representativa do crédito decorrente. Aplicam-se quanto aos demais aspectos desse título as normas pertinentes à duplicata mercantil. Assim, é a duplicata de prestação de serviços um título de aceite obrigatório. O sacador somente deixará de ter responsabilidade cambial se ocorrer uma das hipóteses descritas no art. 21 da LD e houver, em consequência, a regular recusa.

Outro título de crédito por prestação de serviços previsto na Lei das Duplicatas é a Conta de Serviços, que pode ser emitida pelo profissional liberal e pelo prestador de serviço eventual. Neste caso, estará o emitente dispensado de proceder a qualquer escrituração especial. Deve o credor elaborar a Conta, discriminando os serviços prestados por sua natureza e valor, além de mencionar a data e o local do pagamento e o vínculo contratual que originou o crédito. Em seguida, deverá registrar a Conta no Cartório de Registro de Títulos e Documentos e enviá-la ao comprador dos serviços. Se o devedor não efetuar o pagamento, no prazo, o credor poderá protestar a Conta e executá-la. A Conta de Serviços precisa, necessariamente, estar protestada para constituir título executivo e deverá ou conter a assinatura do devedor, ou estar acompanhada do comprovante da realização dos serviços. Trata-se, no entanto, de título de crédito impróprio, não suscetível de circulação cambial.

CAPÍTULO 23

TÍTULOS DE CRÉDITO IMPRÓPRIOS E TÍTULOS DE CRÉDITO ELETRÔNICOS

1. INTRODUÇÃO

O regime jurídico-cambial caracteriza-se por três princípios — o da cartularidade, o da literalidade e o da autonomia cambial. Embora presentemente tais princípios estejam passando por um processo de revisão, em muito provocado pelo desenvolvimento da informática, o certo é que, por enquanto, eles ainda se aplicam, *grosso modo*, aos títulos de crédito. A própria conceituação de título de crédito, conforme já visto, gravita em torno deles, de sorte a se poder afirmar que é título de crédito o título representativo de obrigação pecuniária sujeito a tais princípios.

Alguns instrumentos jurídicos, por outro lado, se encontram sujeitos a uma disciplina legal que aproveita, em parte, os elementos do regime jurídico-cambial. Mas tais instrumentos não podem ser considerados títulos de crédito, embora se encontrem disciplinados por um regime próximo ao das cambiais, justamente porque não se aplicam, totalmente, os elementos caracterizadores do regime jurídico-cambial em sua disciplina. Costumam-se denominar tais instrumentos pela expressão "títulos de crédito impróprios".

Distinguem-se os instrumentos jurídicos chamados de títulos de crédito impróprios em quatro categorias.

Na primeira, encontram-se os títulos de legitimação, que asseguram ao seu portador a prestação de um serviço ou acesso a prêmios em certame promocional ou oficial. Por exemplo: o bilhete de Metrô, o passe de ônibus, o ingresso de cinema, os cupões premiados do tipo "Achou Ganhou", o volante sorteado da Loteria Numérica etc. A estes se aplicam os princípios da cartularidade, da literalidade e da autonomia, mas eles não são títulos executivos.

As demais categorias serão examinadas em seguida, com maior detença em razão de suas peculiaridades. Anote-se, antes, que alguns autores adotam um conceito mais elástico de título de crédito impróprio, incluindo nesta categoria o cheque, por se tratar de ordem de pagamento à vista e, portanto, não representar operação de crédito, assim como todos os títulos causais, incluindo as duplicatas. Segundo este entendimento, apenas a letra de câmbio e a nota promissória seriam, rigorosamente, títulos de crédito.

2. TÍTULOS REPRESENTATIVOS

Sob esta denominação costuma-se designar o instrumento jurídico que represente a titularidade de mercadorias custodiadas, vale dizer, que se encontram sob os cuidados de terceiro não proprietário. Podem tais instrumentos exercer, além desta função meramente documental, a de título de crédito, na medida em que possibilitarem ao proprietário da mercadoria custodiada a negociação com o valor que ela tem, sem prejuízo da custódia.

São desta categoria os títulos armazeneiros (conhecimento de depósito e *warrant*, gerais ou agropecuários) e o

conhecimento de frete. Estes títulos representam mercadorias custodiadas e possibilitam, em algumas condições, a negociação, pelo proprietário, do valor que elas têm.

O conhecimento de depósito e o *warrant* gerais são títulos de emissão de armazéns-gerais, representativos de mercadorias neles depositadas (Dec. n. 1.102, de 1903). A sua emissão depende de solicitação do depositante e substituem o recibo de depósito.

Os títulos de emissão dos armazéns-gerais são criados juntos e a mercadoria depositada somente pode ser entregue, em regra, a quem exiba ambos os documentos. Contudo, embora tenham origem e finalidade comuns, o conhecimento de depósito e o *warrant* podem circular separadamente. A livre disponibilidade da mercadoria depositada somente é alienada ao adquirente de ambos os títulos. Quem for endossatário apenas do conhecimento de depósito passa a ser o proprietário da mercadoria depositada, mas sua propriedade é limitada, porque lhe falta um dos seus atributos, especificamente a onerabilidade. O endossatário apenas do conhecimento de depósito pode alienar a mercadoria depositada e, em geral, exercer todos os direitos de proprietário, salvo instituir sobre ela uma garantia pignoratícia. Já 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, portanto, para que o endossatário deste saiba que está adquirindo mercadoria onerada, dada em garantia pignoratícia de obrigação assumida pelo endossante.

A liberação de mercadoria depositada em armazém-geral, em relação à qual foram emitidos estes títulos representativos, poderá ser feita apenas ao legítimo portador de ambos. Esta regra admite apenas duas exceções: *a*) liberação em favor do titular do conhecimento de depósito endos-

sado em separado, antes do vencimento da obrigação garantida pelo endosso do *warrant*, desde que deposite, junto ao armazém-geral, o valor desta obrigação; *b*) execução da garantia pignoratícia, após o protesto do *warrant*, mediante leilão realizado no próprio armazém.

Por sua vez, o Conhecimento de Depósito Agropecuário (CDA) e o *Warrant* Agropecuário (WA) são emitidos por armazéns aparelhados — material e juridicamente falando — para o depósito de produtos agrícolas e pecuários. Além das mesmas características dos títulos armazeneiros gerais, o CDA e o WA podem servir de lastro para operações no mercado financeiro e de capitais.

O conhecimento de frete é o título representativo de mercadorias transportadas (Dec. n. 19.473, de 1930; CC, art. 744). Sua emissão cabe às empresas de transporte por água, terra ou ar. A finalidade originária deste instrumento é a prova do recebimento da mercadoria, pela empresa transportadora, e da obrigação que ela assume de entregá-la em certo destino. O conhecimento de frete, no entanto, possibilita ao proprietário da mercadoria despachada negociar com o valor dela, mediante endosso do título. Em algumas circunstâncias, no entanto, a lei veda a negociabilidade do conhecimento de frete (por exemplo: a inclusão de cláusula "não à ordem" no título, o transporte de mercadoria perigosa ou de cargas destinadas a armazéns-gerais — art. 91 do Dec. n. 51.813, de 1963). Em se tratando, contudo, de conhecimento de frete negociável, o seu endosso transfere a propriedade da mercadoria transportada, que deverá ser entregue, pela empresa transportadora, no destino, ao seu portador legitimado.

Os títulos representativos não se encontram, como se pode perceber, inteiramente sujeitos ao regime jurídico-cambial, porque possuem uma finalidade originária diversa da

dos títulos de crédito. Estes se destinam a representar obrigação pecuniária; já os títulos representativos têm por objeto mercadorias consignadas. Somente em caráter secundário é que os títulos representativos podem referir-se a obrigações pecuniárias.

3. TÍTULOS DE FINANCIAMENTO

Há alguns instrumentos cedulares representativos de crédito decorrente de financiamento aberto por uma instituição financeira. Se houver garantia de direito real do pagamento do valor financiado, por parte do mutuário, esta garantia é constituída no próprio título, independentemente de qualquer outro instrumento jurídico. Os títulos de financiamento são, também, importantes meios de incremento de atividades econômicas, sendo também utilizados para financiamento da aquisição da casa própria.

Nesta categoria de títulos de crédito impróprios se enquadram: Cédula e Nota de Crédito Rural (Dec.-lei n. 167, de 1967), relacionadas com o financiamento das atividades agrícolas e pecuárias; Cédula e Nota de Crédito Industrial (criadas pelo Dec.-lei n. 413, de 1969), referentes ao financiamento da indústria; Cédula e Nota de Crédito Comercial (Lei n. 6.840, de 1980), destinadas ao financiamento de atividade comercial ou de prestação de serviços; Cédula e Nota de Crédito à Exportação (Lei n. 6.313, de 1975), pertinentes ao financiamento da produção de bens para a exportação, da própria exportação e de atividades complementares; e a Cédula de Crédito Imobiliário (CCI), destinada a representar créditos derivados de operações com imóveis (Lei n. 10.931/2004, arts. 18 a 25).

Tais títulos costumam chamar-se "Cédula de Crédito" quando o pagamento do financiamento a que se referem é

garantido por hipoteca ou penhor (direito real de garantia sobre bem imóvel e móvel, respectivamente). Inexistindo garantia de direito real, o título é, comumente, denominado "Nota de Crédito" (à exceção da CCI, que, mesmo não garantida por direito real, continua a chamar-se *cédula*).

Os títulos de financiamento não se enquadram, completamente, no regime jurídico-cambial por força de algumas peculiaridades, como a possibilidade de endosso parcial, mas, principalmente, em razão do princípio da cedularidade, estranho ao direito cambiário. Por este princípio, a constituição dos direitos reais de garantia se faz no próprio instrumento de crédito, na própria Cédula.

4. TÍTULOS DE INVESTIMENTO

Os instrumentos jurídicos desta categoria de título de crédito impróprio se destinam à captação de recursos pelo emitente. Representam, *grosso modo*, a parcela de um contrato de mútuo que o sacador do título celebra com os seus portadores. Sob o ponto de vista destes, o negócio tem o sentido de um investimento, emprego de capital no desenvolvimento de certa atividade econômica com o intuito lucrativo. Existem alguns tipos de títulos com este perfil, mas que se enquadram em conceito distinto, com regime jurídico próprio, como as debêntures, espécie de valor mobiliário.

Entre os títulos de investimento, podem ser lembrados: a letra de câmbio financeira, ou cambial financeira (Lei n. 4.728, de 1965), emitida ou aceita por sociedades de fins econômicos, inclusive as instituições financeiras; os Certificados de Depósito Bancário (Lei n. 4.728/65), emitidos pelos bancos de investimento de natureza privada, para os depósitos com prazo superior a 18 meses; o Certificado de Recebíveis Imobiliários (CRI), emitido pelas companhias

securitizadoras de créditos imobiliários (Lei n. 9.514/97, art. 6º); a Letra de Crédito Imobiliário (LCI), emitida por bancos com lastro em créditos imobiliários (Lei n. 10.931/2004, art. 12); a Letra de Arrendamento Mercantil (LAM), de emissão das sociedades de arrendamento mercantil (Lei n. 11.882/2008, art. 2º).

Somente aos títulos de crédito de investimento aplica-se a vedação constante do art. 2º, II, da Lei n. 8.021/90, pela qual não se admite a emissão nas formas ao portador e nominativo-endossável, de sorte a possibilitar ao fisco a identificação do titular do investimento.

5. TÍTULOS DE CRÉDITO ELETRÔNICOS

Os títulos de crédito, como qualquer outro documento jurídico, têm tido cada vez mais o suporte virtual, desmaterializado, despapelizado, ou, em termos mais técnicos, eletrônico.

Alguns ambientes de negociação de títulos de crédito admitem sua circulação apenas mediante registros eletrônicos, feitos pelos interessados com direito de acesso ao sistema informático por eles mantidos. O mais conhecido desses ambientes é a CETIP, fator que tem difundido a expressão "títulos cetipados" como referência aos que são registrados e negociados nesses ambientes eletrônicos. Os títulos cetipados são, assim, espécie de título de crédito eletrônico.

Há hoje, então, dois suportes possíveis para qualquer título de crédito: o suporte papel (cártula) e o suporte eletrônico (arquivo digitalizado). Na verdade, os títulos podem ser criados em suporte papel e só por meio dele serem negociados; ou criados naquele suporte, e passarem a ser negociados no suporte eletrônico.

Criou-se, em decorrência, a figura da *transmutação de suporte*. O título é um só, mas em parte de sua existência tem o papel como suporte, e em parte, o meio eletrônico. Por exemplo, um banco recebe de uma empresa que contraiu empréstimo uma Cédula de Crédito Bancário (CCB), emitida em papel. Se quiser negociar esse crédito com, digamos, um fundo de investimento, por força da regulação bancária, deverá obrigatoriamente registrá-lo num ambiente eletrônico de negociação. Se optar pela CETIP, essa CCB será "cetipada". Quer dizer, a cártula (suporte papel) ficará guardada nos arquivos do banco credor e toda e qualquer negociação daquela CCB só poderá ser feita, a partir de então, mediante registros eletrônicos no ambiente mantido pela CETIP. O suporte papel deixa de ter, momentaneamente, qualquer significado jurídico. Se alguém lançar neste pedaço de papel um endosso, este ato não terá nenhuma validade para o direito cambiário, porque qualquer transmissão do título deverá ser feita, necessariamente, no ambiente eletrônico.

Se aquela CCB for paga no vencimento, o título não voltará a ser papelizado. Encerrou sua função ostentando o suporte eletrônico. Pode-se jogar ao lixo o papel guardado que outrora servira de seu suporte. Mas, se não houver o cumprimento da obrigação pela empresa emitente, o último credor da CCB, para promover a ação judicial, precisará pedir ao banco custodiante que lhe entregue a cártula.

A sistemática da transmutação de suporte está prevista na lei em relação a três títulos de crédito específicos: *Warrant* Agropecuário (WA), Conhecimento de Depósito Agropecuário (CDA) e Cédula de Produto Rural (CPR). E há um título de crédito que só admite o suporte eletrônico, desde sua origem — é a Letra de Arrendamento Mercantil (LAM).

Os princípios do direito cambiário não se amoldam completamente aos títulos de crédito eletrônicos. A *cartula-*

ridade, por exemplo, é inteiramente inaplicável, inconciliável com esse suporte. Não há nada, no meio eletrônico, parecido com a ideia de *posse da cártula*. Em relação à *literalidade*, é possível um paralelo: o que não consta do registro eletrônico não produz efeitos cambiários. Por fim, é completa a sujeição dos títulos de crédito eletrônicos ao princípio da *autonomia das obrigações cambiárias*, e aos seus subprincípios da *inoponibilidade* e da *abstração*.

QUARTA PARTE

DIREITO FALIMENTAR

CAPÍTULO 24

TEORIA GERAL DO DIREITO FALIMENTAR

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que a garantia dos credores é representada pelos bens do patrimônio do devedor. Isto quer dizer que, em ocorrendo o inadimplemento de qualquer obrigação por parte de determinada pessoa, o credor desta poderá promover, perante o Poder Judiciário, a execução de tantos bens do patrimônio do devedor quantos bastem à integral satisfação de seu crédito. A execução processar-se-á, em regra, individualmente, com um exequente se voltando contra o devedor para dele haver o cumprimento da obrigação devida.

Quando, porém, o devedor tem, em seu patrimônio, bens de valor inferior à totalidade de suas dívidas, quando ele deve mais do que possui, a regra da individualidade da execução torna-se injusta. Isto porque não dá aos credores de uma mesma categoria de crédito as mesmas chances. Aquele que se antecipasse na propositura da execução possivelmente receberia a totalidade do seu crédito, enquanto os que se demorassem — até porque, eventualmente, nem tivesse ainda vencido a respectiva obrigação — muito provavelmente não receberiam nada, posto encontrarem o patrimônio do devedor já totalmente exaurido.

Para se evitar essa injustiça, conferindo as mesmas chances de realização do crédito a todos os credores de uma mesma categoria, o direito afasta a regra da individualidade da execução e prevê, na hipótese, a obrigatoriedade da execução concursal, isto é, do concurso de credores (antigamente denominada execução "coletiva"). Se o devedor possui em seu patrimônio menos bens que os necessários ao integral cumprimento de suas obrigações, a execução destes não poderá ser feita de forma individual, mas coletivamente. Ou seja, abrangendo a totalidade de seus credores e a totalidade de seus bens, todo o passivo e todo o ativo do devedor.

Isto é o que se entende por *par condictio creditorum*, princípio básico do direito falimentar. Os credores do devedor que não possui condições de saldar, na integralidade, todas as suas obrigações devem receber do direito um tratamento parificado, dando-se aos que integram uma mesma categoria iguais chances de efetivação de seus créditos.

Desta forma o direito tutela o crédito e especialmente o crédito comercial, possibilitando que melhor desempenhe sua função na economia e, consequentemente, na sociedade. As pessoas se sentem menos inseguras em facilitar o crédito na exata medida em que podem contar com esse tratamento parificado na hipótese de vir o devedor a encontrar-se numa situação patrimonial que o impeça de honrar, totalmente, seus compromissos.

A falência é a execução concursal do devedor empresário. Quando o profissional exercente de atividade empresária é devedor de quantias superiores ao valor de seu patrimônio, o regime jurídico da execução concursal é diverso daquele que o direito prevê para o devedor civil, não empresário. O direito falimentar refere-se ao conjunto de regras jurídicas pertinentes à execução concursal do devedor empresário, as quais não são as mesmas que se aplicam ao devedor civil.

Ao lado de inúmeras diferenças, de conteúdo substantivo ou adjetivo, duas principais devem ser ressaltadas, pelo evidente privilégio que encerram em favor dos empresários. A falência, como um regime diferenciado de execução concursal do empresário, importa, a rigor, em um tratamento mais benéfico do devedor exercente de atividade econômica sob a forma de empresa em relação ao tratamento que o direito concede às demais pessoas. E isto se pode perceber pelas seguintes diferenças exemplificativas entre um e outro regime:

a) *Recuperação da empresa* — faculdade aberta pela lei exclusivamente aos devedores que se enquadram no conceito de empresário ou sociedade empresária, em razão da qual podem reorganizar suas empresas, com maior ou menor sacrifício dos credores, de acordo com plano aprovado ou homologado judicialmente. Por meio do plano de recuperação da empresa, o devedor pode postergar o vencimento de obrigações, reduzir seu valor ou beneficiar-se de outros meios aptos a impedir a instauração da execução concursal. O devedor civil não tem uma faculdade, desta extensão. Na melhor das hipóteses, a lei prevê a possibilidade de suspensão da execução concursal se o devedor obtiver a anuência de todos os credores (CPC, art. 783).

b) *Extinção das obrigações* — o devedor empresário, em regime de execução concursal, tem as suas obrigações julgadas extintas, com o rateio de mais de 50% após a realização de todo o ativo (LF, art. 158, II), ao passo que as obrigações do devedor civil, em regime de execução concursal, somente se extinguem com o pagamento integral de seu valor (CPC, art. 774). Um empresário que entra em falência com um patrimônio de valor superior a 50% de seu passivo poderá obter a declaração de extinção das obrigações logo após a realização de seu ativo e rateio do produto apurado.

Se, em seguida, reconstituir o seu patrimônio, os credores existentes ao tempo da falência não poderão comprometê-lo; já o devedor civil na mesmíssima situação poderia ter o seu patrimônio reconstituído executado até o integral pagamento do passivo, salvo o decurso do prazo de 5 anos do encerramento do processo de insolvência (CPC, art. 778).

Tais são duas das maiores diferenças entre o regime de execução concursal civil e o comercial. Além destas, há diferenças no campo do direito das obrigações, processual e penal, de acordo com as regras reunidas pelo direito falimentar.

Para que se instaure o processo de execução concursal denominado falência, é necessária a concorrência de três pressupostos: *a*) devedor empresário; *b*) insolvência; *c*) sentença declaratória da falência. Os dois primeiros pressupostos são examinados neste capítulo, enquanto o último é objeto do capítulo seguinte.

2. DEVEDOR SUJEITO A FALÊNCIA

Por ser o regime de execução concursal do devedor empresário, em princípio, estará sujeito à falência todo e qualquer exercente de atividade empresarial.

O profissional que o direito considera empresário, pessoa física ou jurídica, é o executado no regime de execução concursal falimentar. Como visto anteriormente (*Cap. 1*), empresário é o exercente de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços (CC, art. 966). Neste conceito, enquadram-se os que exploram atividade dos mais variados segmentos: supermercado, hotel, atacadista de gêneros alimentícios, varejista de roupas, fábrica de calçados, estacionamento, agência de publicidade, concessionária de automóveis, construtora, restaurante,

editora, livraria, indústria química, farmácia etc. A lei não considera empresários os profissionais liberais, artistas e, quando não registrado no Registro de Empresas, o explorador de atividade rural (agricultura, pecuária, extrativismo etc.) (CC, arts. 966, parágrafo único, e 971).

Sempre que o devedor é legalmente empresário, a execução concursal de seu patrimônio faz-se pela falência. Em outros termos, quando o devedor explora sua atividade econômica de forma empresarial — caracterizada pela conjugação dos fatores de produção: investimento de capital, contratação de mão de obra, aquisição de insumos, desenvolvimento ou compra de tecnologia —, não sendo capaz de honrar suas obrigações no vencimento (ou estando presentes outros fatos tipificados em lei), o juiz deve inaugurar um procedimento de execução concursal destinado à satisfação dos credores, no quanto for possível.

Este procedimento é a falência.

Em determinados textos, o legislador torna explícito o não cabimento da disciplina do regime jurídico-falimentar por se tratar de devedor civil, não empresário. É o caso das cooperativas, em que a lei, ao fixar que ditas pessoas jurídicas não se sujeitam à falência, limita-se, a rigor, ao mero esclarecimento de algo que decorre já da própria inexistência de natureza empresarial naquelas pessoas. Mesmo se fosse a lei silente acerca do assunto, não estariam as cooperativas sujeitas ao direito falimentar.

Em situação bastante diferente se encontram, no entanto, algumas categorias de empresários, que o legislador, por razões várias, determinou fossem excluídas, total ou parcialmente, do regime jurídico-falimentar.

Por exclusão total do regime falencial entende-se a disposição de lei que reserva, para a hipótese em que o de-

vedor empresário tem menos bens em seu patrimônio do que o necessário ao pagamento de seus débitos, um processo ou procedimento de execução concursal diverso do falimentar. E por exclusão parcial a disposição legal que estabelece um processo ou procedimento de execução concursal do devedor empresário alternativos ao processo falimentar. Um empresário excluído totalmente da falência não poderá, em nenhuma hipótese, submeter-se ao processo falimentar como forma de execução concursal de suas obrigações. Já o empresário excluído parcialmente da falência, em determinados casos discriminados por lei, poderá ser concursalmente executado por via da falência.

Estão totalmente excluídos do regime falimentar: *a*) as empresas públicas e sociedades de economia mista (LF, art. 2º, I), que são sociedades exercentes de atividade econômica controladas direta ou indiretamente por pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Territórios ou Municípios), razão pela qual os credores têm sua garantia representada pela disposição dos controladores em mantê-las solventes; *b*) as câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e de liquidação financeira, sujeitos de direito cujas obrigações são sempre ultimadas e liquidadas de acordo com os respectivos regulamentos, aprovados pelo Banco Central; as garantias conferidas pelas câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e de liquidação financeira destinam-se, por lei, prioritariamente, à satisfação das obrigações assumidas no serviço típico dessas entidades (LF, art. 193); *c*) as entidades fechadas de previdência complementar (LC n. 109/2001, art. 47).

Entre os empresários parcialmente excluídos do regime falimentar, podem ser lembradas: *a*) as instituições financeiras, às quais destinou o legislador o processo de

liquidação extrajudicial prevista na Lei n. 6.024, de 1974, sob a responsabilidade do Banco Central; *b*) as sociedades arrendadoras, que tenham por objeto exclusivo a exploração de *leasing*, sujeitas ao mesmo regime de liquidação extrajudicial previsto para as instituições financeiras (Res. BC n. 2.309/96); *c*) as sociedades que se dediquem à administração de consórcios, fundos mútuos e outras atividades assemelhadas e se sujeitem a procedimento de liquidação extrajudicial idêntico ao das instituições financeiras, consoante o disposto no art. 10 da Lei n. 5.768, de 1971; *d*) as companhias de seguro, que, nos termos do art. 26 do Decreto-lei n. 73/66, devem ter sua falência requerida pelo liquidante nomeado pela SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), quando frustrada a liquidação extrajudicial (isto é, se o ativo não for suficiente para o pagamento de pelo menos metade dos credores quirografários) ou se surgirem nesta indícios de crime falimentar (redação conferida pela Lei n. 10.190/2001, art. 1º); *e*) as entidades abertas de previdência complementar (LC n. 109/2001, art. 73) e as de capitalização (Dec.-lei n. 261/67, art. 4º), nas mesmas condições que as seguradoras; *f*) as operadoras de planos privados de assistência à saúde, que, nos termos do art. 23 da Lei n. 9.656/98, submetem-se ao regime de liquidação extrajudicial pela ANS (Agência Nacional de Saúde), e só podem falir nas mesmas condições das seguradoras.

Todos os empresários parcialmente excluídos do regime falimentar podem ter a sua falência decretada, observadas as condições específicas legalmente previstas. Por exemplo: a falência de instituição financeira em regime de liquidação extrajudicial deve ser requerida pelo próprio liquidante, autorizado pelo Banco Central se o ativo não alcançar metade do passivo quirografário ou se houver indícios de crime falimentar.

3. INSOLVÊNCIA

O estado patrimonial em que se encontra o devedor que possui o ativo inferior ao passivo é denominado insolvência. O devedor em insolvência é que se encontra sujeito à execução concursal de seu patrimônio, como imperativo da *par condictio creditorum*. Mas é necessário atentar-se para o fato de que o segundo pressuposto da falência, da instauração deste específico processo judicial de execução, não é a insolvência entendida em sua acepção econômica, ou seja, como um estado patrimonial. É, isto sim, a insolvência entendida em um sentido jurídico preciso que a lei estabelece.

Desta forma, para que o devedor empresário seja submetido à execução por falência, é rigorosamente indiferente a prova da inferioridade do ativo em relação ao passivo. Nem se faz necessário demonstrar o estado patrimonial de insolvência do devedor, para que se instaure a execução concursal falimentar; nem, por outro lado, se livra da execução concursal o devedor empresário que lograr demonstrar eventual superioridade de seu ativo em relação ao seu passivo, ao contrário do que ocorre com o devedor civil (CPC, art. 756, II).

Para fins de instauração da execução por falência, a insolvência não se caracteriza por um determinado estado patrimonial, mas sim pela ocorrência de um dos fatos previstos em lei. Ou seja, se o empresário for injustificadamente impontual no cumprimento de obrigação líquida (LF, art. 94, I), incorrer em execução frustrada (art. 94, II) ou se praticar um ato de falência (LF, art. 94, III). Se restar caracterizado a impontualidade injustificada, a execução frustrada ou o ato de falência, mesmo que o empresário tenha o seu ativo superior ao passivo, ser-lhe-á decretada a falência; ao revés, se não ficar demonstrada uma ou outra hipótese, não será instaurada a falência ainda que o passivo do devedor

seja superior ao seu ativo. A insolvência que a lei considera como pressuposto da execução por falência é, meramente, presumida. Os comportamentos discriminados pelo art. 94 da LF são, geralmente, praticados por quem se encontra em insolvência, e esta é a presunção legal que orienta a matéria.

A impontualidade injustificada deve referir-se a uma obrigação líquida. Para fins de decretação da falência, entende-se por "líquida" a obrigação representada por um título executivo, judicial ou extrajudicial. Qualquer dos títulos que legitimem a execução individual, de acordo com a legislação processual, pode servir de base à obrigação a que se refere a impontualidade caracterizadora da falência. Trata-se de um critério formal da lei: a impontualidade é considerada de obrigação líquida quando documentada por um dos títulos mencionados.

Há, no entanto, algumas obrigações que, mesmo líquidas, não podem servir de base à impontualidade injustificada prevista no art. 94, I, da LF. São aquelas que não podem ser reclamadas na falência, como as obrigações gratuitas, por exemplo municipais etc. (LF, art. 5º, I).

Quando, por outro lado, se fala em impontualidade injustificada, tem-se em mira a inexistência de relevante razão para o inadimplemento da obrigação líquida. Está claro que o devedor empresário, se tem fundados motivos para não pagar determinado título, não terá a sua falência decretada por força de sua impontualidade. Se a obrigação estiver já prescrita, se inexistente ou nula, o seu inadimplemento não importará em caracterização da impontualidade ensejadora da falência. A própria lei sugere um elenco de hipóteses de impontualidade *justificada* (LF, art. 96).

A prova da impontualidade é o protesto do título. Qualquer que seja o documento representativo da obrigação

a que se refere a impontualidade injustificada, deve ser protestado. Se for um título de crédito, o protesto cambial, mesmo que extemporâneo, basta para a caracterização da impontualidade do seu devedor. Se, porém, não se tratar de título sujeito a protesto cambial (por exemplo: uma sentença judicial, a certidão da dívida ativa etc.), também será ele protestado. Nenhum outro meio de prova — testemunhal, documental etc. — é apto a demonstrar a impontualidade de que cogita a Lei de Falências.

Só caracteriza a impontualidade injustificada para fins de falência se o valor dos títulos em atraso for de pelo menos 40 salários mínimos. Se o valor do débito do empresário é inferior a esse limite legal, o credor pode cobrá-lo ou executá-lo, mas não poderá pedir falência em razão do seu inadimplemento. Credores do mesmo empresário cujos créditos individualmente considerados não alcançam 40 salários mínimos, mas cuja soma alcança, podem se reunir em litisconsórcio para requererem a falência do devedor (LF, art. 94, § 1º).

Em suma, para que se encontre tipificado o comportamento descrito pelo art. 94, I, da LF, e, portanto, seja possível a instauração da execução concursal por falência, é necessário que o devedor empresário tenha sido impontual, sem relevante razão jurídica, no cumprimento de uma obrigação documentada em título executivo de valor superior a 40 salários mínimos. Dita impontualidade, outrossim, deverá ser provada, necessariamente, pelo protesto, cambial ou especial, do título correspondente.

A frustração da execução se caracteriza, por sua vez, com a inexistência de pagamento, depósito ou nomeação de bens à penhora por parte do empresário, quando é ele executado por algum credor (LF, art. 94, II). Nesse caso, a execução deve ser encerrada e o credor, munido de certidão judicial que ateste a verificação da tríplice omissão, ingressa

com o pedido de falência contra o devedor. O título, nesse caso, não precisa estar protestado e pode ter valor inferior a 40 salários mínimos.

Em relação aos atos de falência, de que trata o art. 94, III, da LF, deve-se considerar que são todos comportamentos que, pressupostamente, revelam a insolvência entendida como estado patrimonial do devedor empresário. Tem-se como hipóteses destes atos as seguintes:

a) *Liquidação precipitada* — se o empresário promove a liquidação de negócio de forma abrupta incorre no tipo legal; também estará praticando ato de falência o empresário que emprega meios ruinosos ou fraudulentos para realizar pagamentos, como a contratação de empréstimos a juros excessivos ou a venda de instrumentos indispensáveis ao exercício de seu comércio (art. 94, III, *a*).

b) *Negócio simulado* — se o empresário tenta retardar pagamentos ou fraudar credores por meio de negócio simulado, ou, ainda, tenta alienar, parcial ou totalmente, o seu estabelecimento empresarial, estará incorrendo em comportamento tipificado como ato de falência (art. 94, III, *b*).

c) *Alienação irregular de estabelecimento* — o empresário que aliena o seu estabelecimento empresarial sem o consentimento de seus credores, salvo se conservar, em seu patrimônio, bens suficientes para responder por seu passivo, estará incurso no tipo legal de ato de falência (art. 94, III, *c*).

d) *Simulação de transferência de estabelecimento* — incorre em ato de falência o empresário que muda o local de seu estabelecimento com o intuito de fraudar a legislação, frustrar a fiscalização ou prejudicar credores (art. 94, III, *d*).

e) *Garantia real* — para tipificação desta hipótese de ato de falência, elegeu o legislador a instituição de garantia

real em favor de um credor. Necessário, contudo, que esta instituição se opere posteriormente à constituição do crédito. Não há ocorrência do tipo legal se este e a garantia real são concomitantes. A incoincidência entre um e outro é que revela o intuito de fraudar a *par condictio creditorum* (art. 94, III, *e*).

f) *Abandono do estabelecimento empresarial* — sem que tenha o empresário constituído procurador bastante, com recursos suficientes, para a quitação de suas obrigações. O abandono do estabelecimento empresarial por parte do representante legal da sociedade devedora importa caracterização de ato de falência de responsabilidade desta (art. 94, III, *f*).

g) *Descumprimento do plano de recuperação judicial* — o empresário beneficiado com a recuperação judicial que não cumpre o estabelecido no respectivo plano pratica ato de falência e deve ver instaurada a execução concursal de seu patrimônio (art. 94, III, *g*).

CAPÍTULO 25

PROCESSO FALIMENTAR

1. INTRODUÇÃO

O processo de falência compreende três etapas distintas: *a*) o pedido de falência, também conhecido por etapa pré-falencial, que tem início com a petição inicial de falência e se conclui com a sentença declaratória da falência; *b*) a etapa falencial, propriamente dita, que se inicia com a sentença declaratória da falência e se conclui com a de encerramento da falência; esta etapa objetiva o conhecimento judicial do ativo e passivo do devedor, a realização do ativo apurado e o pagamento do passivo admitido; *c*) a reabilitação, que compreende a declaração da extinção das responsabilidades de ordem civil do devedor falido. O processo falimentar se desdobra em incidentes, ações, medidas e providências várias que serão examinadas a seu tempo. Por enquanto, é importante considerar algumas questões e normas, de caráter geral, pertinentes ao processo falimentar.

Inicialmente, por se tratar de um processo, aplica-se à falência, em caso de omissão da LF, as disposições comuns de direito processual, civil ou penal, conforme o caso. A legislação adjetiva geral é supletiva do direito falimentar em caso de omissão deste. Claro está que, em prevendo a Lei de Falências uma determinada disciplina, o socorro ao proces-

so geral é incabível. Desse modo, se o advogado quer definir, por exemplo, o recurso cabível contra certa decisão proferida no processo falimentar, ele deve primeiro consultar a LF. Se encontrar disposição expressa a respeito — por exemplo, o cabimento do agravo contra a sentença declaratória da falência —, guia-se por ela; não a encontrando, deve buscar no CPC a solução para a questão.

A competência para os processos de falência, de recuperação judicial e homologação de recuperação extrajudicial, bem como de seus incidentes, é do juízo do principal estabelecimento do devedor, nos termos do art. 3º da LF. Por principal estabelecimento se entende não a sede estatutária ou contratual, a que vem mencionada no ato constitutivo, nem aquele estabelecimento maior física ou administrativamente falando. Principal estabelecimento é aquele em que se encontra centrado o maior volume de negócios da empresa; é o principal estabelecimento do ponto de vista econômico. O juiz do local onde se encontra tal estabelecimento é o competente para o processo falimentar. Nas comarcas em que há mais de um juízo cível, a distribuição do primeiro pedido de falência ou de recuperação judicial referente a um determinado devedor previne a competência para apreciação dos pedidos seguintes.

O juízo da falência é universal. Isto significa que todas as ações referentes aos bens, interesses e negócios da massa falida serão processadas e julgadas pelo juízo em que tramita o processo de execução concursal por falência (art. 76). É a chamada aptidão atrativa do juízo falimentar, ao qual conferiu a lei a competência para conhecer e julgar todas as medidas judiciais de conteúdo patrimonial referentes ao falido ou à massa falida.

Mas o direito contempla cinco exceções ao princípio da universalidade do juízo falimentar, a saber:

a) ações não reguladas pela lei falimentar em que a massa falida for autora ou litisconsorte ativa (LF, art. 76);

b) reclamações trabalhistas, para as quais é competente a Justiça do Trabalho (CF, art. 114; LF, art. 76);

c) execuções tributárias, que, segundo o disposto no art. 187 do CTN, não se sujeitam ao juízo falimentar; a mesma regra se aplica aos créditos não tributários inscritos na dívida ativa, segundo a Lei n. 6.830/80, inclusive aos créditos previdenciários;

d) ações de conhecimento em que é parte ou interessada a União Federal, hipótese em que a competência é da Justiça Federal (CF, art. 109, I); claro está que a competência para o processo da falência *não* se desloca para a Justiça Federal, se a União tiver interesse na cobrança de um seu crédito. É a ação de conhecimento, referente a obrigação ilíquida, de que seja ré a massa falida, onde a União ou entidade autárquica ou empresa pública federal tenham interesse, que não se encontra sujeita à universalidade do juízo falimentar;

e) ação que demanda obrigação ilíquida (LF, art. 6º, § 1º).

Uma certa jurisprudência entende que o princípio da universalidade do juízo falimentar é mais simples, de sorte a serem atraídas para ele todas as ações reguladas pela Lei de Falências, continuando aquelas que não se regulam por este diploma a tramitar perante o juízo competente de acordo com as regras gerais do processo civil.

2. PEDIDO DE FALÊNCIA

A lei falimentar impõe ao próprio empresário devedor o dever de requerer a autofalência, quando não atender às

condições legais para obter a recuperação judicial (art. 105). O descumprimento desse dever não acarreta sanção nenhuma e, por isso, a previsão da lei é ineficaz. Raramente o empresário requer a autofalência, mesmo na presença dos pressupostos legais.

Além do próprio devedor, contudo, atribui a lei a legitimidade ativa concorrente ao cônjuge sobrevivente, aos herdeiros e ao inventariante. Cabe o pedido também ao sócio da sociedade devedora, mesmo que limitada ou anônima (art. 97).

Mas, regra geral, é o credor que tem mais interesse na instauração do processo de execução coletiva. Até porque o pedido de falência tem-se revelado um eficaz instrumento de cobrança do devido. A despeito do que afirma a maioria da doutrina e da jurisprudência, fato é que o credor, ao ajuizar o pedido de falência, em função da impontualidade do devedor, quer mais o recebimento de seu crédito e menos — consideravelmente menos — a falência do devedor. A forma de entender esta ação judicial, esta etapa do processo falimentar, que melhor se ajusta à realidade, é, portanto, considerando-a uma espécie de execução judicial. Contudo, esta não é a forma que corresponde àquilo que o legislador deixou assente no texto legal. O credor, segundo o que imagina a lei, teria o interesse na instauração do processo de execução coletiva. Este seria o seu objetivo, que o devedor, cumprindo em juízo a obrigação devida, acabaria por frustrar. Nada mais distante da realidade cotidiana do comércio, porém próximo às elucubrações dos comercialistas.

Em relação ao credor, estabelece a lei alguns requisitos para o exercício do direito de ação. A legitimidade ativa do credor, em determinados casos, é condicionada ao atendimento desses requisitos. Assim, o credor empresário deve provar a regularidade do exercício do comércio, exibindo a

inscrição individual ou o registro dos atos constitutivos da sociedade empresária (art. 97, § 1º), enquanto o credor não domiciliado no País deve prestar caução (art. 97, § 2º).

Nos demais casos, o credor possui a legitimidade ativa para o pedido de falência, independentemente do atendimento de requisitos específicos. Assim, o credor civil não necessita demonstrar a regularidade no exercício de sua atividade econômica para legitimar-se no pedido, e o residente no Brasil está dispensado de caução.

O credor para legitimar-se ao pedido de falência deve exibir o seu título, mesmo que não vencido. De início, a hipótese parece referir-se somente ao pedido fundado em ato de falência, visto que a impontualidade e a execução frustrada pressupõem o vencimento. Contudo, ela também se aplica ao pedido de falência fundado no art. 94, I, da LF, quando o credor deve exibir o seu título não vencido e também a prova da impontualidade do devedor relativamente à obrigação de que terceiro seja titular, por meio de certidão de protesto. Não é necessário que o requerente da falência tenha o seu título vencido, mesmo quando o pedido se funda na impontualidade injustificada ou execução frustrada, desde que estas tenham ocorrido em relação a outro título.

O pedido de falência segue rito diferente em função de seu autor. Quando pedido pelo próprio devedor, segue o rito da autofalência abrigado nos arts. 105 a 107; nos demais casos, o rito previsto no art. 98 da LF.

Quando se tratar de autofalência, o pedido do devedor deve vir instruído com um balanço patrimonial, a relação dos credores e o contrato social ou, se inexistente, a relação dos sócios e outros indicados por lei (art. 105). O contrato social pode ou não encontrar-se registrado, percebendo-se que a lei concede legitimidade ativa para a autofalência

mesmo aos empresários irregulares. Juntamente com o seu pedido, o devedor depositará em cartório os seus livros comerciais, que serão encerrados pelo juiz para, oportunamente, ser entregues ao administrador judicial da falência. Não estando o pedido adequadamente instruído, o juiz determinará sua emenda (art. 106); caso contrário, profere a sentença declaratória da falência, sem prévia oitiva do Ministério Público (art. 107).

Quando requerida a falência por terceiros (credor, sócio da sociedade devedora, inventariante etc.), o rito prevê a citação do empresário devedor para responder no prazo de 10 dias (LF, art. 98). Sua resposta só pode consistir na contestação, já que não prevê a lei a reconvenção ou o reconhecimento da procedência do pedido.

Se o pedido de falência baseia-se na impontualidade injustificada ou execução frustrada, o devedor pode elidi-lo depositando em juízo, no prazo da resposta, o valor correspondente ao total do crédito em atraso, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios.

Abrem-se, então, quatro alternativas:

a) *o requerido só contesta*. Nesse caso, se o juiz acolhe as razões da defesa, profere a sentença denegatória da falência e condena o requerente nas verbas de sucumbência (e, eventualmente, em indenização por perdas e danos) (item 4). Não as acolhendo, deve proferir a sentença declaratória da falência;

b) *o requerido contesta e deposita.* Aqui, o juiz deve apreciar a contestação. Se acolher as razões da defesa, profere a sentença denegatória da falência, condena o requerente nas verbas de sucumbência e eventual perdas e danos, bem como determina o levantamento do depósito pelo requerido. Se as desacolher, profere igualmente a sentença de-

negatória da falência, mas imputa ao requerido os ônus de sucumbência e autoriza o levantamento do depósito em favor do requerente. Quer dizer, não há reconhecimento da procedência do pedido em razão do depósito elisivo, quando acompanhado este da contestação;

c) *o requerido só deposita.* Agora, o juiz profere a sentença denegatória da falência, impõe ao requerido a sucumbência e determina o levantamento do depósito em favor do requerente. Como o depósito está desacompanhado de contestação, tem o mesmo efeito do reconhecimento da procedência do pedido;

d) *o requerido deixa transcorrer o prazo sem contestar ou depositar*. O juiz profere a sentença declaratória da falência, instaurando a execução concursal do patrimônio do devedor.

A lei não prevê o depósito elisivo se o fundamento do pedido diz respeito a prática de ato de falência. Mas deve ser admitido também nessa hipótese, porque com o depósito do valor do seu crédito, perde o requerente o interesse na instauração do concurso de credores.

3. SENTENÇA DECLARATÓRIA DA FALÊNCIA

Apesar do nome de que fez uso o legislador, a sentença declaratória da falência, pressuposto inafastável da instauração do processo de execução concursal do devedor empresário, tem caráter predominantemente constitutivo. Após a sua edição, a pessoa, os bens, os atos jurídicos e os credores do empresário falido são submetidos a um regime jurídico específico, diverso do regime geral do direito obrigacional. É a sentença de falência que introduz o falido e seus credores no regime jurídico-falimentar, donde o seu caráter constitutivo.

A sentença declaratória da falência tem o conteúdo genérico de qualquer sentença judicial e mais o específico que a lei lhe prescreve. Assim, deverá o juiz, ao julgar procedente o pedido de falência, atentar-se tanto ao disposto no art. 458 do CPC quanto no art. 99 da LF. Pelo primeiro, a sentença declaratória da falência deverá conter o relatório, os fundamentos da decisão e o dispositivo legal que a embasa, como ocorre com qualquer sentença judicial. Pelo segundo, deverá conter a identificação do devedor, a localização de seu estabelecimento principal e, se for o caso, a designação dos sócios de responsabilidade ilimitada ou dos representantes legais da sociedade falida; o termo legal da falência, se possível; a nomeação do administrador judicial e outros elementos indicados na lei. Além disso, o juiz pode, na sentença que declara a falência, determinar medidas cautelares no interesse da massa, como o sequestro de bens.

O termo legal da falência é o lapso temporal anterior à decretação da quebra que tem importância para a ineficácia de determinados atos do falido perante a massa. Este período é fixado pelo juiz, em regra, na sentença declaratória da falência, não podendo retrotrair por mais de 90 dias do primeiro protesto por falta de pagamento. Se o falido não foi protestado (autofalência ou pedido não fundado em impontualidade injustificada), o termo legal não poderá retrotrair por mais de 90 dias da petição inicial e se é o caso de convolação da recuperação judicial em falência, por mais de 90 dias do seu requerimento. Caso o juiz, ao decretar a falência, não tenha ainda os elementos para a determinação do termo legal, poderá postergá-la.

A sentença declaratória da falência deve ser publicada no órgão oficial e, se a massa comportar, em jornal de grande circulação.

Da sentença declaratória da falência cabe o recurso de agravo, na modalidade *por instrumento*. O prazo para interposição assim como o processamento do agravo são os previstos pela legislação comum (art. 189).

4. SENTENÇA DENEGATÓRIA DA FALÊNCIA

O juiz, ao julgar improcedente o pedido de falência, deve examinar o comportamento do requerente. Se ocorreu dolo manifesto de sua parte, quando do ajuizamento daquele, o juiz deve, na própria sentença denegatória da falência, condená-lo ao pagamento de indenização em favor do requerido (art. 101). Para garantir a eficácia da medida é que o credor domiciliado no exterior deve prestar caução para legitimar-se no pedido (art. 97, § 2º).

Se não houver dolo manifesto no comportamento do requerente, o juiz não pode, obviamente, condená-lo. Mas mesmo nessa hipótese, o requerido prejudicado poderá demandar o requerente em ação própria. Idêntica ação cabe em caso de culpa ou abuso de direito pelo requerente (art. 101, § 2º).

Qualquer que seja a hipótese, tenha o requerente agido ou não com dolo, culpa ou abuso, deve pagar as verbas de sucumbência, especificamente o reembolso das despesas e os honorários de advogado, nos termos do art. 20 do CPC.

Se, porém, a denegação da falência não tiver por fundamento a improcedência do pedido, mas a sua elisão provocada pelo depósito do valor da obrigação em atraso, o juiz determinará o levantamento deste em favor do requerente e condenará o requerido no reembolso das despesas e nos honorários de advogado em favor do requerente. Estas verbas serão apuradas em liquidação da sentença denegatória.

Tema controvertido é o cabimento de condenação, nesta hipótese, do requerido no pagamento de correção monetária. O art. 98, parágrafo único, e a Súmula 29 do STJ preceituam que o próprio depósito elisivo deve compreender, desde logo, a correção monetária, mas por vezes o juiz receia decretar a falência se o principal está depositado. Alguma doutrina pretende que a Lei n. 6.899, de 1981, não tenha aplicação ao processo da falência, à vista da existência de legislação especial para a sua disciplina, que não poderia ser alterada por dispositivo geral. Penso, contudo, que não é o caso. O pedido de falência elidido converte-se em mero processo de cobrança — se é que já não o era desde o início —, frustrado que se encontra o objetivo formal de instauração da execução coletiva. Como um processo de cobrança, tem o credor direito ao integral recebimento de seu crédito, inclusive com a correção monetária da lei. Mais: a correção monetária é devida a partir do vencimento do título executivo que embasou o pedido de falência por impontualidade. Conceder-se a correção monetária a partir da citação, como decorre da interpretação meramente literal do art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.899/81, é, praticamente, negar a correção monetária, à vista do fato de que a elisão deve ocorrer em 10 dias, no máximo, após a citação.

A sentença que denega o pedido de falência pode ser objeto de recurso de apelação (art. 100), no prazo e segundo o processo previsto no Código de Processo Civil (art. 198).

5. ADMINISTRAÇÃO DA FALÊNCIA

Para a administração da massa falida, atribui a lei determinadas funções a três agentes: o magistrado, o representante do Ministério Público e os órgãos da falência, sendo estes últimos agentes específicos do processo falimentar

(administrador judicial, assembleia dos credores e comitê dos credores).

Ao juiz compete presidir a administração da falência, superintendendo as ações do administrador judicial. É o juiz, em última análise, o administrador da falência, cabendo-lhe autorizar a venda antecipada de bens (art. 113), o pagamento dos salários dos auxiliares do administrador judicial (art. 22, III, *h*), aprovar a prestação de contas do administrador judicial (art. 154) e outros atos definidos em lei, de conteúdo exclusivamente administrativo.

Já o representante do Ministério Público intervém no feito, no exercício de suas funções constitucionais, de fiscal da lei. Em diversas oportunidades, no transcorrer dos vários procedimentos em que se desdobra a falência, prevê a lei a intervenção do representante do Ministério Público (LF, arts. 8º, 9º, 30 e 132, p. ex.).

Embora, portanto, sejam agentes públicos inespecíficos do processo falimentar, o juiz e o representante do Ministério Público têm, nesse processo, funções de cunho administrativo, ao lado de suas funções próprias, institucionais.

Os órgãos da falência são três: administrador judicial, assembleia dos credores e comitê de credores.

O administrador judicial, como mencionado, é agente criado por lei para o desempenho de certas atribuições relacionadas exclusivamente com a administração da falência. O administrador judicial é o agente auxiliar do juiz, que, em nome próprio (portanto, com responsabilidade), deve cumprir com as funções cometidas pela lei. Além de auxiliar do juiz, o administrador judicial é, também, o representante da comunhão de interesses dos credores (massa falida "subjetiva"). Para fins penais, o administrador judicial é considerado funcionário público.

A escolha do administrador judicial na falência cabe ao juiz e deve recair sobre profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador ou, ainda, pessoa jurídica especializada (art. 21).

A função do administrador judicial é indelegável, mas ele poderá contratar profissionais para auxiliá-lo, solicitando, previamente, a aprovação do juiz, inclusive quanto aos seus salários. Quando se trata de advogado, deve-se distinguir entre o contratado para a defesa dos interesses da massa e o contratado para a representação processual do próprio administrador judicial, porque somente os honorários do primeiro podem ser pagos pela massa falida.

O administrador judicial pode deixar suas funções por substituição ou por destituição. No primeiro caso, não há uma sanção infligida ao administrador judicial, mas, apenas, uma providência prevista em lei, tendo em vista a melhor administração da falência. Já a destituição é uma sanção ao administrador judicial que não cumpriu a contento com suas obrigações ou tem interesses conflitantes com os da massa. Um administrador judicial substituído, em determinadas hipóteses, pode voltar a ser nomeado administrador judicial em outra falência; já uma pessoa destituída do cargo de administrador judicial não poderá mais ser escolhida para a mesma função em qualquer outra falência nos 5 anos seguintes (art. 30). São causas para a substituição a renúncia motivada, morte, incapacidade civil ou falência; são causas da destituição a inobservância de prazo legal ou o interesse conflitante com o da massa. Quando ocorre a recusa da nomeação ou a falta de compromisso no prazo da lei, o juiz deve nomear outra pessoa para o cargo de administrador judicial. Não é, propriamente, o caso de substituição, embora o legislador o entenda como tal.

O administrador judicial responde civilmente por má administração ou por infração à lei. Até o encerramento do processo falimentar, somente a massa tem legitimidade ativa para responsabilizá-lo, após, evidentemente, a sua substituição ou destituição. Durante este prazo, o credor não pode, individualmente, acionar o administrador judicial, cabendo-lhe, apenas, requerer a sua destituição. Mas, uma vez encerrado o processo falencial, qualquer credor prejudicado por má administração ou infração à lei poderá promover a responsabilização do antigo administrador judicial, desde que tenha, contudo, requerido, no momento oportuno, a sua destituição, condição inafastável para a sua legitimação ao pedido indenizatório.

Dentre os atos processuais de responsabilidade do administrador judicial, devem ser destacados quatro de importância para o desenvolvimento do processo falimentar. São eles:

a) *Verificação dos créditos* — disciplinada nos arts. 7º a 20 da LF, a verificação dos créditos na falência é feita pelo administrador judicial, cabendo ao juiz decidir apenas as impugnações apresentadas pelos credores ou interessados.

b) *Relatório inicial* — previsto no art. 22, III, *e,* da LF, este ato deve examinar as causas e circunstâncias que acarretaram a falência, bem como apresentar uma análise do comportamento do falido com vistas a eventual caracterização de crime falimentar, por ele ou outra pessoa, antes ou depois da decretação da quebra. O relatório é apresentado nos 40 dias seguintes à assinatura do termo de compromisso.

c) *Contas mensais* — o administrador judicial deve, até o décimo dia de cada mês, apresentar ao juiz para juntar aos autos a prestação de contas relativa ao período mensal anterior. Nela deve estar especificada com clareza a receita e despesa da massa falida (art. 22, III, *p*).

d) *Relatório final* — previsto no art. 155 da LF, deve ser elaborado pelo administrador judicial no prazo de 10 dias contados do término da liquidação e do julgamento de suas contas. Contém o valor do ativo e do produto de sua realização, bem como o do passivo e dos pagamentos feitos, e, se não foram totalmente extintas as obrigações do falido, o saldo cabível a cada credor, especificando justificadamente as responsabilidades com que continua o falido. Este relatório final é o documento básico para a extração das certidões judiciais representativas do crédito remanescente perante o empresário falido.

O administrador judicial deve prestar contas de sua administração em três hipóteses: ordinariamente, a cada mês e ao término da liquidação, e, extraordinariamente, quando deixa as suas funções, seja por substituição, seja por destituição. A prestação de contas será autuada em separado e julgada após aviso aos credores e ao falido, para eventual impugnação, no prazo de 10 dias, e oitiva, em 5 dias, do Ministério Público. Havendo impugnação, ouve-se a respeito o administrador judicial. Em seguida, as contas são julgadas pelo juiz. Tendo ocorrido alcance, o juiz pode, na sentença que o reconhecer, decretar a indisponibilidade ou o sequestro dos bens do administrador judicial, para garantia da indenização da massa.

A assembleia de credores, na falência, tem competência para: *a*) aprovar a constituição do comitê de credores e eleger os seus membros; *b*) adotar modalidades extraordinárias de realização do ativo do falido; *c*) deliberar sobre assuntos de interesse geral dos credores (LF, art. 35, II). É órgão integrado por todos os credores da massa falida.

Finalmente, o comitê de credores é composto por um representante dos credores trabalhistas, um dos titulares de direitos reais de garantia e privilégios especiais e um dos

demais (cada qual com dois suplentes) eleitos pela assembleia. Sua função mais importante é a de fiscalizar o administrador judicial (LF, art. 27, I, *a*).

6. APURAÇÃO DO ATIVO

Proferida a sentença declaratória da falência, tem início o processo falimentar propriamente dito. Instaura-se, com esta decisão judicial, a execução coletiva do devedor empresário. O processo falimentar tem como objetivo inicial a definição do ativo e do passivo do devedor. Para o cumprimento deste objetivo, a Lei de Falências prevê determinados atos ou medidas judiciais. A definição do ativo do empresário envolve atos como a arrecadação de todos os bens na posse do falido, bem como de seus documentos e escrituração mercantil (art. 108), ato que auxilia também na definição do passivo; e medidas judiciais como o pedido de restituição (art. 85) ou os embargos de terceiros (art. 93). A definição do passivo do devedor falido se opera por medidas judiciais como as habilitações e impugnações de crédito (arts. 7º a 20).

A arrecadação dos bens do falido e o pedido de restituição e embargos de terceiro serão tratados quando do exame do regime jurídico dos bens do falido (*Cap. 26*). Por ora, interessa cuidar da principal medida em que se desenvolve o processo falimentar, que é a verificação de crédito.

7. VERIFICAÇÃO DE CRÉDITO

A verificação dos créditos é tarefa do administrador judicial. Para cumpri-la, deve levar em conta não só a escrituração e os documentos do falido como todos os elementos que lhe forem fornecidos pelos credores. Havendo divergên-

cia entre o administrador judicial e um ou mais credores acerca dos próprios créditos que titularizam, ou o de outros, cabe ao juiz decidir o conflito.

O ponto de partida da verificação dos créditos é a publicação da relação dos credores. Quando se trata de autofalência, entre os documentos que a lei determina sejam apresentados pelo devedor requerente encontra-se a lista dos credores com discriminação do valor do crédito e a classificação de cada um deles. Na falência decretada a pedido de credor ou sócio dissidente, ao falido é determinado que elabore e apresente a relação dos credores nos 5 dias seguintes, sob as penas do crime de desobediência. Se atendida a lei, portanto, os autos da falência, quando decretada esta ou alguns dias depois, devem conter uma relação dos credores. Se, contudo, o falido não a tiver entregue (preferindo, por exemplo, responder pelo crime de desobediência a elaborá-la), ela deve ser providenciada pelo administrador judicial.

Um vez juntada aos autos a relação dos credores (elaborada pelo falido ou pelo administrador judicial), providencia-se sua publicação no *Diário Oficial*. Aliás, se, no momento da publicação da sentença declaratória, já se encontra a relação nos autos, ambas são publicadas simultaneamente por edital, quer dizer, na íntegra. Nos 15 dias seguintes à publicação da relação, os credores devem conferi-la. De um lado, os que não se encontram relacionados devem apresentar a habilitação de seus créditos perante o administrador judicial. Estão dispensados da habilitação apenas o credor fiscal (porque não participa de concurso) e os titulares de créditos remanescentes da recuperação judicial, se tinham sido definitivamente incluídos no quadro geral de credores desta quando da convolação em falência. De outro lado, os que se encontram na relação publicada mas discordam da classificação ou do valor atribuído aos seus créditos

devem suscitar a divergência também junto ao administrador judicial. A apresentação da habilitação ou divergência deve ser feita por escrito e conter o nome e a qualificação do credor, a importância exata que atribui ao crédito, a atualização monetária até a data da decretação da falência, bem como sua origem, prova, classificação e eventual garantia.

O administrador judicial, diante das habilitações e divergências suscitadas, acolhe as que considerar pertinentes e promove a republicação do quadro de credores. Nos 10 dias seguintes à republicação, os sujeitos legitimados podem apresentar a impugnação da relação elaborada pelo administrador judicial. Estão legitimados para impugnar a relação qualquer credor, o comitê, o falido, sócio ou acionista dela ou o promotor de justiça.

Cada impugnação apresentada à relação dos credores é autuada em separado. As autuações serão feitas em função dos objetos impugnados, de modo que se reúnam nos mesmos autos todas as impugnações referentes ao mesmo crédito, independentemente de quem seja o impugnante. Após autuar as impugnações, o cartório providencia a intimação dos credores impugnados. Eles terão 5 dias para contestarem a impugnação, juntarem documentos e indicarem as provas que pretendem produzir.

Em seguida à contestação da impugnação (ou ao decurso do prazo sem ela), intimam-se o falido ou o representante legal da sociedade falida e o comitê, se existente, para no prazo comum de 5 dias se manifestarem sobre as matérias litigiosas. Vencido o prazo de manifestação do devedor e do comitê, o administrador judicial deve exarar seu parecer em 5 dias contados da respectiva intimação.

Retornando os autos de impugnação de crédito com o parecer do administrador judicial, serão todos promovidos à

conclusão. Aquelas impugnações em que não se impõe a dilação probatória são, então, julgadas desde logo. O juiz decide se a relação de credores republicada está correta ou se tem razão o impugnante. Em relação às demais, o juiz fixa os aspectos controvertidos, decide as questões processuais pendentes e determina as provas a serem produzidas (nomeia perito, designa audiência de instrução e julgamento etc.). Concluída a dilação probatória, o juiz julga a impugnação, acolhendo-a ou rejeitando-a.

Contra a sentença proferida na impugnação de crédito cabe agravo.

8. LIQUIDAÇÃO DO PROCESSO FALIMENTAR

A liquidação tem início tão logo instaurado o processo falimentar.

São dois os seus objetivos: a realização do ativo, vendendo-se os bens arrecadados, e o pagamento do passivo, satisfazendo-se os credores admitidos, de acordo com a natureza do seu crédito e as forças da massa.

A venda dos bens arrecadados pode ser feita englobada ou separadamente, em leilão, por propostas ou pregão, segundo melhor interessar à massa. Se da venda do estabelecimento empresarial desarticulado resultar um preço superior ao da venda conjunta, aquela deverá preferir a esta; se a venda em leilão deve produzir melhores frutos que a por proposta, deve-se optar por aquela modalidade de realização do ativo. É tudo uma questão de conveniência, com vistas à otimização dos recursos existentes.

Compete ao juiz decidir entre estas alternativas da lei, vendendo os bens englobada ou separadamente, em leilão, por propostas ou pregão. Trata-se de decisão discricionária

de sua parte segundo o que ele entender mais favorável à massa.

A venda por leilão deve atender às normas específicas da Lei de Falências. Assim, a intimação do representante do Ministério Público é da essência do ato, sendo nula a hasta realizada com inobservância desta obrigação legal. Para os fins da legislação falimentar, inclusive, é irrelevante a distinção feita pelo Código de Processo Civil entre a hasta pública de bens imóveis (chamada "praça", nos termos do art. 686, IV do CPC) e a dos bens móveis (chamada "leilão público", segundo o art. 704 do CPC). Seja uma ou outra categoria de bens, a Lei de Falências chama a hasta pública, sempre, por leilão.

A venda por proposta deve ser amplamente divulgada, por publicações no *Diário Oficial* e em jornal de grande circulação. Os interessados apresentarão ao escrivão suas propostas em envelopes lacrados, que serão abertos pelo juiz em dia e hora previamente designados e constantes das publicações relativas à venda.

Finalmente, o pregão consiste numa combinação entre as duas modalidades anteriores. Se, ao abrir as propostas, verificar o juiz que é pequena a diferença entre as maiores propostas (até 10%), intimará os proponentes para um leilão, entre eles, de lances orais (art. 142, § 5º).

Estas são as modalidades de venda dos bens que a lei prevê. Em princípio, a venda dos bens do falido somente pode ser feita dentro do quadro de alternativas que a conjugação dessas modalidades oferece (todos os bens em leilão, alguns em leilão, outros por propostas etc.). Para que a realização do ativo se processe por forma diversa dessas (realização extraordinária), exige a lei a autorização judicial a pedido do administrador judicial ou comitê (art. 144) ou a concorrência da vontade de credores representantes de, pelo

menos, 2/3 do passivo admitido presente em assembleia geral convocada para esse fim. Poderá ser adotada como realização extraordinária, por exemplo, a constituição de sociedade para continuação do negócio do falido ou a cessão do ativo a terceiro por preço negociado. Qualquer que seja a solução pretendida pelos órgãos da falência, no entanto, se não estiver compreendida no quadro de alternativas oferecidas pela lei, será indispensável a autorização ou homologação do juiz (arts. 144 e 145). Essa homologação diz respeito à legalidade da solução deliberada e não ao seu mérito.

Nas sociedades com sócios de responsabilidade ilimitada, os bens destes são arrecadados pelo administrador judicial juntamente com os sociais (art. 81 e 190). Chegando, contudo, o momento da liquidação, deverão ser vendidos, em primeiro lugar, os bens da sociedade, para, somente no caso de ser o produto desta venda insuficiente ao pagamento dos credores, se promover, em seguida, a venda de tantos bens do patrimônio do sócio quantos bastem ao pagamento do saldo. Esta ordem deverá ser rigorosamente observada em decorrência da regra da subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais.

Se o acionista ou o sócio da sociedade limitada não houver integralizado, totalmente, o capital social da falida, caberá ao administrador judicial promover a ação de integralização. Esta ação pode ser proposta independentemente da prova de insuficiência dos bens sociais. Não se trata, contudo, de revogação da regra da subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais. Também nesta hipótese, os bens da sociedade falida devem ser vendidos antes dos penhorados em execução da decisão da ação de integralização. Se acaso o produto apurado na venda daqueles bastar ao pagamento dos credores, não serão vendidos os bens dos sócios. A dispensabilidade da prova de

insuficiência dos bens sociais é mera condição processual de antecipação da propositura da ação.

A realização do ativo não compreende, apenas, a venda dos bens. Também a cobrança, amigável ou judicial, dos créditos do falido deverá ser promovida pelo administrador judicial. Poderá, em relação àqueles que considere de difícil liquidação, oferecer um abatimento, *desde que* autorizado pelo juiz da falência, após oitiva do comitê de credores e do falido (art. 22, § 3º).

O dinheiro resultante da venda dos bens do falido deverá ser depositado em conta bancária da massa falida pelo administrador judicial. As quantias assim depositadas não podem ser movimentadas senão por meio de cheques assinados pelo administrador judicial ou por mandado expedido pelo juiz.

Com o apurado na venda dos bens da massa serão pagos tanto os credores do falido, admitidos de acordo com o procedimento já examinado, quanto os créditos extraconcursais que vêm elencados no art. 84 da LF. Entre uns e outros, há uma ordem legal que será examinada oportunamente. Esta ordem deve ser rigorosamente observada nos pagamentos.

Exaurido o produto da venda dos bens arrecadados, o administrador judicial deve apresentar a sua prestação de contas (art. 154) e, após o julgamento destas, o relatório final (art. 155). Deste relatório constará o valor do ativo e o do apurado com a sua venda, o do passivo e o dos pagamentos realizados, especificando, em relação a cada credor, o crédito residual, se houver. Tal documento servirá de base à extração de certidões caso algum credor queira cobrar o seu crédito do falido que recompuser o patrimônio ou de terceiro garante. Se o administrador judicial não apresentar o re-

latório final em 10 dias do julgamento de suas contas, será feita a sua intimação pessoal para que o apresente, sob pena de crime de desobediência.

Em seguida à apresentação desta peça processual, o juiz profere sentença declarando o encerramento do processo de falência, que é publicada por edital e recorrível mediante apelação (art. 156). Os livros do falido ser-lhe-ão devolvidos para a devida guarda no prazo regular.

9. REABILITAÇÃO DO FALIDO

Após a sentença de encerramento da falência, termina o processo falimentar propriamente dito. Contudo, o falido poderá ter interesse em promover, posteriormente, a sua reabilitação. Para voltar a exercer atividade empresarial, inclusive, o falido deve obtê-la necessariamente. A reabilitação compreende a extinção das responsabilidades civis e penais do falido.

No campo do direito civil, deverá o falido requerer a declaração, por sentença, da extinção das obrigações. Esta ocorre nas seguintes hipóteses:

a) pagamento dos créditos ou novação daqueles com garantia real (art. 158, I);

b) rateio de mais de 50% do passivo, após a realização de todo o ativo, sendo facultado o depósito da quantia necessária para atingir-se esta percentagem (art. 158, II);

c) decurso do prazo de 5 anos após o encerramento da falência, se o falido ou o representante legal da sociedade falida não incorreu em crime falimentar (art. 158, III);

d) decurso do prazo de 10 anos após o encerramento da falência, se houve condenação do falido ou do represen-

tante legal da sociedade falida por crime falimentar (art. 158, IV); ou

e) prescrição das obrigações anteriormente ao decurso desses prazos decadenciais (art. 158). A declaração da falência suspende a fluência dos prazos prescricionais das obrigações do falido, os quais recomeçam a fluir do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência. Se antes de 5 ou 10 anos do encerramento (conforme o caso) ocorrer a prescrição, extingue-se a obrigação correspondente.

O pagamento é causa de extinção das obrigações que pode ocorrer antes ou depois da sentença de encerramento da falência. O rateio de mais de 50% do passivo, após a realização de todo o ativo, por sua vez, é causa que se verifica, necessariamente, antes do encerramento da falência. Já as demais causas elencadas ocorrem, sempre, após o encerramento. Por levantamento da falência se compreende a ocorrência de causa extintiva de obrigação anteriormente ao encerramento da falência.

O falido deverá apresentar requerimento de declaração de extinção das obrigações, acompanhado da prova de quitação dos tributos relativos ao exercício do comércio (CTN, art. 191). Após, ouvidas as partes e, se for o caso, o representante do Ministério Público, o juiz proferirá sentença. Se for o caso de levantamento de falência, o juiz declarará encerrado o processo na mesma sentença que julgar extintas as obrigações do falido.

Se o falido não estiver sendo processado penalmente ou tiver sido absolvido, por sentença definitiva, poderá, com a simples extinção das obrigações, voltar a explorar atividade empresarial, reabilitado que se encontra. Se, no entanto, ele for condenado por crime falimentar, deverá, ainda, requerer a sua reabilitação penal. Esta somente pode ser con-

cedida após o transcurso de 2 anos contados do cumprimento da pena (CP, art. 94). A declaração, por sentença, da extinção das obrigações é condição da reabilitação penal.

O falido reabilitado civil e criminalmente, na forma examinada, pode voltar a explorar regularmente atividade empresarial. Se não requereu sua reabilitação, os efeitos da inabilitação limitam-se a 5 anos, contados da extinção da punibilidade (LF, art. 181, § 1º).

CAPÍTULO 26

PESSOA E BENS DO FALIDO

1. RESTRIÇÕES PESSOAIS E REGIME PATRIMONIAL DO FALIDO

O falido não é um incapaz. Apenas que a sua capacidade jurídica sofre restrição no tocante ao direito de propriedade. A partir da decretação da falência, o devedor perde o direito de administrar e dispor de seu patrimônio. Não perde a propriedade de seus bens, senão após a venda deles na liquidação. A administração de seus bens compete aos órgãos da falência a partir da decretação da quebra.

Pessoalmente, fica o falido sujeito a determinadas restrições. Não sendo incapaz, poderá praticar todos os atos da vida civil não patrimoniais, como o casamento, a adoção, o reconhecimento de filhos etc. A validade desses atos, portanto, independe da cientificação, autorização ou assistência do juiz da falência ou do administrador judicial.

Não pode o falido ausentar-se do lugar da falência, sem razão justificadora e autorização do juiz, constituindo, em qualquer caso, procurador com poderes para representá-lo nos atos processuais (art. 104, III). Terá, outrossim, suspenso o seu direito constitucional de sigilo à correspondência, quanto aos assuntos pertinentes ao seu negócio. Com efeito, a partir da decretação da quebra, são as agên-

cias postais cientificadas para que entreguem ao administrador judicial toda a correspondência endereçada ao falido, inclusive telegramas. O administrador judicial deve entregar ao falido, de imediato, a correspondência de conteúdo estranho ao seu giro comercial (art. 22, III, *d*). Além destes, outro direito constitucional suspenso é o de livre exercício da profissão, posto que o falido não poderá estabelecer-se como empresário enquanto não for reabilitado (art. 102).

Ao falido impõe a lei o dever de colaborar com a administração da falência, auxiliando o administrador judicial na arrecadação dos bens, informando as declarações de crédito, examinando e dando parecer nas contas do administrador judicial etc.

Estas restrições do falido se estendem à pessoa do representante legal da sociedade falida.

No tocante aos bens do falido, serão estes objeto de arrecadação, que é o ato judicial de constrição dos bens do patrimônio do devedor específico do processo falimentar. O administrador judicial deve arrecadar todos os bens de propriedade do falido, mesmo que se achem na posse de terceiros, a título de locação ou comodato, por exemplo. A arrecadação deve, também, abranger todos os bens na posse do falido. Destes serão excluídos aqueles que, embora possuídos por ele, não lhe pertencem, mediante pedido de restituição. Não serão, contudo, arrecadados os bens absolutamente impenhoráveis, segundo a definição da lei processual civil (CPC, arts. 649 e 650), nem os gravados com cláusula de inalienabilidade. Também não poderão ser arrecadados os bens da meação do cônjuge protegidos pela Lei n. 4.121, de 1962 (Estatuto da Mulher Casada), nem as substâncias entorpecentes ou que determinam dependência física ou psíquica, as quais deverão ser retiradas do estabelecimento empresa-

rial do falido e depositadas pelas autoridades sanitárias competentes (Lei n. 11.343/2006, art. 69, I a III).

A guarda e conservação dos bens arrecadados é da responsabilidade do administrador judicial (art. 108, § 1º), podendo o falido ser nomeado o depositário. As despesas decorrentes, como o pagamento do prêmio do seguro, são de responsabilidade da massa falida. Se, entre os bens arrecadados, houver algum de fácil deterioração ou custosa ou arriscada guarda, poderá ser vendido antes da liquidação dos demais, devendo o administrador judicial representar ao juiz neste sentido. Sobre o pedido se manifestarão o falido e o comitê de credores (art. 113).

2. CONTINUAÇÃO PROVISÓRIA DA EMPRESA DO FALIDO

Muito já se escreveu acerca da importância da empresa no regime econômico de livre iniciativa, como é o caso do brasileiro. Tal é o papel que ela tem na economia, que o direito contemporâneo está desenvolvendo mecanismos de preservação da empresa, em face dos infortúnios que envolvem o empresário ou os sócios da sociedade empresária.

Na sentença declaratória da falência, o juiz deve se pronunciar sobre a continuação provisória das atividades do falido ou a lacração do seu estabelecimento (LF, arts. 99, VI e XI, e 109). Não são medidas de adoção obrigatória. Inexistindo razões tanto para autorizar a continuação provisória das atividades do falido como para a lacração do estabelecimento, o juiz pode simplesmente denegar as duas medidas.

A continuação provisória das atividades do falido se justifica em casos excepcionais, quando ao juiz parecer que a empresa em funcionamento pode ser vendida com rapidez,

no interesse da otimização dos recursos do falido. Se pela tradição da marca explorada, ou pela particular relevância social e econômica da empresa, parecer ao magistrado, no momento da decretação da quebra, que o encerramento da atividade agravará não só o prejuízo dos credores como poderá produzir efeitos deletérios à economia regional, local ou nacional, convém que ele autorize a continuação provisória dos negócios.

Caberá ao administrador judicial a gerência da atividade durante a continuação provisória. Investe-se ele, nesse caso, de amplos poderes de administração da empresa explorada pelo falido.

A continuação provisória convém que seja breve, muito breve. Decretada a medida, devem-se acelerar os procedimentos de realização do ativo, para que logo se defina o novo titular da atividade. O provisório que tende a se eternizar não tem sentido lógico nem jurídico; falta-lhe base na lei.

3. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO E EMBARGOS DE TERCEIRO

Serão arrecadados pelo administrador judicial todos os bens de posse do falido. Dentre estes, poderá ser encontrado um bem que, embora possuído por ele, não seja de sua propriedade. Um bem do qual fosse comodatário ou locatário, por exemplo. É claro que este bem não poderá ser objeto de alienação judicial para satisfação dos credores do falido, posto não se tratar de elemento do seu patrimônio. Para a defesa do proprietário do bem, há, na Lei de Falências, duas medidas judiciais: o pedido de restituição (art. 85) e os embargos de terceiro (art. 93). Dependendo das circunstâncias, uma destas medidas pode ser acionada pelo terceiro prejudicado pelo esbulho judicial. Assim, o locador ou o co-

modante do bem arrecadado devem pedir a sua restituição, enquanto aquele que não possui nenhuma relação jurídica com o falido, mas tem bens de seu patrimônio afetados, deve oferecer embargos de terceiro. Julgada procedente a medida proposta, destacar-se-á, da massa, o bem em questão.

Não há outra forma de o proprietário ser reintegrado na posse do bem. Com efeito, cabe, pelo esquema legal criado, exclusivamente ao juiz decidir se um bem encontrado na posse do falido pertence-lhe ou não. Trata-se, no entanto, de um rito de cognição sumária, em que a coisa julgada somente opera em relação à natureza da posse que a massa falida exerce sobre o bem. A decisão do pedido de restituição não compreende o conhecimento judicial da propriedade do referido bem, senão para os fins de se decidir se é justa ou não a posse exercida pela massa sobre a coisa reclamada. Se restar apurado, posteriormente à concessão da restituição, que o bem reclamado era, na verdade, do domínio do falido, a massa poderá promover a competente ação (revocatória, possessória ou reivindicatória) para reavê-lo, não podendo o reclamante invocar a autoridade da coisa julgada em vista dos estreitos limites do pedido restituitório.

O art. 85, parágrafo único, da LF prevê uma hipótese de pedido de restituição que tem fundamento diverso do referido no *caput* do mesmo dispositivo. Trata-se da reclamação de coisas vendidas a crédito e entregues ao falido nos 15 dias anteriores ao pedido de falência, se ainda não alienadas. O espírito da medida é a coibição do comportamento, no mínimo desleal, do empresário que, às vésperas de sua quebra, continua a assumir compromissos que, sabe, dificilmente poderá honrar. A propriedade do bem não se transmite por ineficácia da compra feita em tais circunstâncias, podendo, por isso, o vendedor reclamar a sua restituição.

Para que tenha este direito, contudo, é necessário requerê-lo antes da venda judicial do bem arrecadado. Uma vez feita esta venda, seja em liquidação, seja antecipadamente nos termos do art. 113 da LF, não haverá mais direito restituitório, cabendo ao vendedor habilitar o seu crédito e concorrer na massa. Deverá, também, provar que as mercadorias foram entregues a partir do décimo quinto dia anterior ao da distribuição do pedido de falência acolhido. Discute-se se as mercadorias entregues entre a distribuição e o acolhimento do pedido de falência poderiam ser reclamadas. A admissão do pedido de restituição, nesse caso, é compatível com a finalidade do instituto, mas como o vendedor já tinha, naquele interregno, condições de saber da situação precária do comprador e podia ter obstado a entrega das mercadorias (LF, art. 119, I), nega-se com frequência a restituição.

Cabe, igualmente, a restituição em favor do terceiro de boa-fé alcançado pela declaração judicial de ineficácia de negócio jurídico praticado pelo falido (LF, art. 136).

Por disposição expressa de lei (Dec.-lei n. 911, de 1969, art. 7º), cabe o pedido de restituição da coisa alienada com garantia fiduciária, por parte da instituição financeira proprietária fiduciária. Trata-se de simples especificação de comando normativo já encontrado no próprio art. 85, *caput*, da LF. A restituição de dinheiro é possível, segundo o entendimento do STF (Súmula 417). Assim, o INSS deve reivindicar a contribuição à Seguridade Social devida pelo empregado do falido e por este retida (Lei n. 8.212/91, art. 51, parágrafo único). Outra hipótese de restituição de dinheiro é a prevista no art. 75, § 3º, da Lei n. 4.728/65, ou seja, as importâncias antecipadas ao exportador pela instituição financeira com base em contrato de câmbio podem ser objeto de pedido de restituição. Na Lei n. 9.514/97, sobre o sistema

de financiamento imobiliário, encontra-se hipótese de pedido de restituição de *título*, na falência do cedente de direitos creditícios oriundos da alienação de imóveis (art. 20).

Deferido o pedido, a coisa será restituída em espécie, salvo em duas situações, a saber: *a*) se o objeto a restituir é dinheiro; *b*) se o bem reclamado se perdeu. Em se tratando de desembolso da massa, este deverá ser feito em imediata execução do julgado no pedido restituitório, não concorrendo o crédito do reclamante com os credores do falido. Com efeito, os titulares de direito à restituição, ainda que tenha esta de se realizar em dinheiro, não entram na classificação dos credores e titularizam crédito extraconcursal.

4. PATRIMÔNIO SEPARADO

Cada vez mais o legislador tem se valido da figura do patrimônio separado (também chamado *de afetação* ou *segregado*) para proteger interesses de credores, na falência de alguns empresários. O patrimônio separado não integra a massa falida e continua a ser gerido e liquidado tendo em vista unicamente o objetivo que inspirou sua constituição.

O primeiro exemplo a considerar é o da incorporação de edifícios. A incorporação pode ser submetida ao *regime de afetação*, ficando o terreno, suas acessões, bens e direitos a ela vinculados apartados do patrimônio do incorporador. A instituição do patrimônio separado, aqui, faz-se por averbação no Registro de Imóveis do termo firmado pelo incorporador. A falência do incorporador não atinge o patrimônio de afetação das incorporações (Lei n. 4.591/64, arts. 31-A a 31-F).

Outro exemplo encontra-se na securitização de recebíveis imobiliários. A companhia securitizadora pode instituir

o *regime fiduciário* sobre os créditos imobiliários que lastreiam a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI). Tais créditos passam, então, a constituir um patrimônio separado, inconfundível com o da companhia securitizadora (Lei n. 9.514/97, arts. 9º a 16). Pelas obrigações desta, inclusive em caso de concurso de credores, não respondem os créditos que lastreiam os CRI em regime fiduciário, protegendo-se assim os interesses dos investidores que detêm esses títulos.

O terceiro exemplo é o das Câmaras de compensação e liquidação financeira integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) (Lei n. 10.214/2001, art. 2º, parágrafo único). Atuam como instrumentos de diluição do risco sistêmico das entidades financeiras (bancos e outros agentes econômicos), que se encontrava altamente concentrado, antes da instituição do SPB, no Banco Central. Essas Câmaras são chamadas pelos operadores do mercado financeiro de *clearings*, e há diversas em operação: *Clearings* de Câmbio e de Derivativos da BM&F (Bolsa de Mercadorias e Futuro), Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLC), Companhia Brasileira de Meios de Pagamentos — Visanet, Redecard S.A., Tecnologia Bancária S.A. — Tecban, Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos — Cetip (Comunicado BACEN n. 9.419) etc.

As Câmaras e os prestadores de serviços de compensação e de liquidação responsáveis por operações sistemicamente importantes (quem os define é o Banco Central) assumem a posição de parte contratante, na liquidação das obrigações realizadas por seu intermédio, garantido assim o adimplemento destas e a liquidez do sistema que operam, e são obrigados a constituírem um patrimônio separado ("especial") com os bens e direitos necessários ao cumprimento das obrigações correspondentes.

Os bens e direitos integrantes de patrimônios especiais de Câmaras ou prestadores de serviços de compensação e liquidação financeira não podem ser penhorados, arrestados, sequestrados, apreendidos ou objeto de nenhum outro ato de constrição judicial; a não ser para o cumprimento de obrigação assumida pela própria Câmara ou prestador de serviço enquanto parte contratante. Essa proteção contra a constrição judicial também alcança os bens dados em garantia pelos participantes.

Por outro lado, a falência de qualquer participante de operação no âmbito de *clearing*, inclusive desta, não afeta minimamente a compensação ou liquidação das obrigações nela albergadas. Continuarão essas obrigações a serem compensadas e liquidadas de acordo com o disposto no regulamento específico de cada sistema, também no que diz respeito à realização das garantias dadas. Somente se houver saldo resultante da efetiva compensação e liquidação, ele será entregue à massa falida ou poderá ser objeto de Plano de recuperação judicial ou extrajudicial (LF, art. 194).

O derradeiro exemplo de patrimônio separado aqui recolhido é o das contribuições pagas às administradoras de consórcio pelos consorciados e destinadas ao lastreamento dos créditos dos contemplados. Esses recursos não pertencem à administradora do consórcio, mas aos integrantes do respectivo grupo. Tanto assim que, após o encerramento do grupo, os saldos devem ser restituídos aos antigos consorciados. Nenhuma obrigação da administradora pode ser executada com constrição dos recursos constituintes desse patrimônio separado.

CAPÍTULO 27

REGIME JURÍDICO DOS ATOS E CONTRATOS DO FALIDO

1. ATOS INEFICAZES

Um empresário, ao pressentir que se encontra em situação pré-falencial, pode-se ver tentado a livrar-se da decretação da quebra ou de suas consequências por meios ilícitos, fraudando os credores ou a finalidade da execução coletiva (*par condictio creditorum*). Poderá, com efeito, simular atos de alienação de bens de seu patrimônio ou instituir, em favor de um credor quirografário, uma garantia real em troca de alguma vantagem indevida. Para coibir estes comportamentos, a Lei de Falências considera determinados atos praticados pelo falido antes da quebra como ineficazes perante a massa falida.

Os atos reputados ineficazes pela Lei de Falências não produzem qualquer efeito jurídico perante a massa. Não são atos nulos ou anuláveis, mas ineficazes. A sua validade não é comprometida por disposição de lei falimentar, embora de alguns deles se pudesse cogitar de invalidação por vício social, nos termos da lei civil. Por isso, os atos referidos pela Lei de Falências como ineficazes diante da massa falida produzem, amplamente, todos os efeitos para os quais estavam preordenados perante todos os demais sujeitos de direito.

Exemplificativamente: uma das hipóteses, que em seguida será examinada, é a ineficácia de renúncia de herança, em determinadas condições; uma vez arrecadados pela massa, do monte renunciado, os bens suficientes à integral satisfação dos débitos do falido, não poderá este reclamar o saldo do beneficiário da renúncia, posto que entre ambos a renúncia permanece válida e plenamente eficaz; apenas em relação à massa falida, o ato de renúncia não produziu efeitos jurídicos.

O termo legal da falência, fixado pelo juiz na sentença declaratória da falência ou por decisão interlocutória posterior, tem utilidade na definição da ineficácia de alguns atos praticados pelo falido. Alguns autores costumam tomar a expressão "período suspeito" como sinônima de termo legal da falência; outros preferem chamar de suspeito todo o lapso temporal, relativo à ineficácia dos atos do falido, diferente do termo legal. Trata-se, no entanto, de discussão sem a mínima importância. Dê-se-lhe o nome que for, interessam, para a ineficácia do ato, as condições que a lei estabelecer, inclusive as pertinentes ao fator temporal.

Outra questão preliminar é a utilização, pelo legislador, de duas expressões para designar o conjunto de atos ineficazes perante a massa falida. Em relação aos atos tipificados no art. 129 da LF, o legislador optou por denominá-los "ineficazes", enquanto aos tipificados no art. 130 daquela lei chamou-os de "revogáveis". Há, com efeito, diferenças substantivas entre um e outro conjunto de atos, mas não pertinentes à ineficácia diante da massa falida. Tanto os atos que o legislador chamou de "ineficazes" quanto os que ele chamou de "revogáveis" não produzem, perante a massa falida, qualquer efeito. O que diferencia um conjunto de atos do outro não é a suspensão de sua eficácia, preservando-se a validade, sanção comum a ambos, e, sim, as condições em

que esta suspensão pode ocorrer e o meio processual adequado para a declarar.

Desta forma, pode-se dizer que tanto os atos ineficazes em sentido estrito quanto os atos revogáveis são ineficazes, em sentido largo, perante a massa falida.

Os atos tipificados no art. 129 da LF têm, em regra, as seguintes marcas: a ineficácia é condicionada à prática do ato em um certo lapso temporal, mas prescinde da caracterização de fraude. Tenha ou não havido intuito fraudulento no ato do falido, este, se for uma das hipóteses do art. 129 da LF, será ineficaz perante a massa falida se praticado dentro do prazo da lei. É irrelevante se o falido agiu ou não com fraude para que o ato, nesse caso, seja ineficaz. Há, contudo, um ato que, independentemente da época em que ocorreu e da comprovação de fraude, reputa-se ineficaz. É o previsto no inc. VIII (alienação irregular de estabelecimento empresarial). As hipóteses do art. 129 da LF são de ineficácia objetiva, posto ser irrelevante a indagação acerca de qualquer elemento subjetivo, atinente às motivações das partes.

Encontram-se tipificados no art. 129 da LF os seguintes atos ineficazes perante a massa falida:

a) dentro do termo legal da falência, o pagamento de dívida não vencida, por qualquer meio extintivo do direito creditício (exemplo: cessão, compensação etc.), inclusive o pactuado entre as partes quando da criação da obrigação;

b) dentro do termo legal da falência, o pagamento de dívida vencida, por qualquer meio extintivo do direito creditício, salvo o pactuado entre as partes quando da criação da obrigação;

c) dentro do termo legal da falência, a constituição de direito real de garantia em relação a obrigação assumida an-

tes daquele período. Sendo coincidentes a criação da obrigação e a constituição da garantia, não há ineficácia, mesmo se realizadas no termo legal;

d) desde 2 anos antes da declaração da falência, os atos a título gratuito, excetuando-se, segundo a doutrina, as gratificações pagas a empregados, por integrarem estas o salário;

e) desde 2 anos antes da declaração da falência, a renúncia de herança ou legado;

f) tardio registro de direitos reais e de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou seja, posterior à decretação da falência, salvo prenotação anterior; caberá, neste caso, ao credor beneficiário da garantia habilitar-se como quirografário e ao adquirente o direito ao preço pago ou, sendo este superior ao apurado com a liquidação do bem, o preço da venda judicial;

g) alienação do estabelecimento empresarial, sem a anuência expressa ou tácita de todos os credores, salvo se conservou o devedor em seu patrimônio bens suficientes para garantia do pagamento de suas obrigações.

Os atos referidos nos incisos I a III e VI do art. 129 da LF (letras *a* a *c* e *f* acima) não são ineficazes se tiverem sido praticados com base no plano de recuperação da empresa judicialmente aprovado (art. 131).

Há, na Lei das Sociedades por Ações, a previsão de uma hipótese específica de ineficácia objetiva. Trata-se do reembolso à conta do capital social, quando o acionista dissidente não foi substituído, em relação aos credores da sociedade falida anteriores à retirada (LSA, art. 45, § 8º).

Já os atos tipificados no art. 130 da LF se caracterizam diferentemente. Aqui é irrelevante a época em que o ato foi praticado, próxima ou distante da decretação da falência,

bastando para a sua ineficácia perante a massa a demonstração de que o falido e o terceiro contratante agiram com fraude. Independentemente da época em que o ato foi realizado, se ele objetivou fraudar credores ou a finalidade da execução coletiva, não produzirá seus efeitos perante a massa falida. Assim, um ato referido pelo art. 129 da LF, mas não tipificado por esse dispositivo porque praticado fora do prazo correspondente, será ineficaz caso seja provado que as partes agiram com fraude. As hipóteses do art. 130 são de ineficácia subjetiva, porque se caracterizam, justamente, pela motivação fraudulenta das partes.

2. DECLARAÇÃO JUDICIAL DA INEFICÁCIA

Em qualquer das hipóteses de ineficácia objetiva, a declaração judicial faz-se por vários modos (LF, art. 129, parágrafo único).

Em primeiro lugar, pode resultar de simples despacho exarado no processo de falência. O juiz perante o qual o feito tramita, diante do contido nos autos (relatório do administrador judicial, petição de credor, manifestação do Ministério Público, documentos juntados etc.), profere o despacho declarando o negócio jurídico ineficaz perante a massa dos credores e determinando as providências decorrentes, como a arrecadação de bens. Essa decisão pode ser dada de ofício ou por provocação de órgão da falência ou interessado.

Pode resultar a declaração da ineficácia objetiva também de sentença acolhendo matéria de defesa suscitada pela massa falida. Imagine que o credor de obrigação constituída por negócio jurídico ineficaz demande a massa em juízo para cobrar o que pensa ser seu direito. Na contestação, poderá ser alegada a ineficácia objetiva que, acolhida pela sen-

tença que julgar improcedente a ação, resta declarada para todos os efeitos.

Finalmente, a ineficácia objetiva pode resultar também do julgamento de qualquer ação, autônoma ou incidental, promovida pela massa falida, em que for pleiteada sua declaração. A massa falida pode, por exemplo, mover ação para reivindicar o bem indevidamente apartado do patrimônio do falido do sujeito que o titula, fundamentando seu pedido na ineficácia do negócio jurídico praticado.

Já a ineficácia subjetiva do ato praticado pelo falido perante a massa deve ser declarada judicialmente, em ação própria, chamada revocatória. Dela cuidam os arts. 132 a 135 da LF. Trata-se de ação de conhecimento específica do processo falimentar, que, uma vez julgada procedente, autoriza a inclusão dos bens correspondentes na massa falida.

O administrador judicial tem legitimidade ativa para a ação revocatória, concorrente com qualquer credor e com o representante do Ministério Público. Por outro lado, têm legitimidade passiva todos os que figuraram no ato ou que, em decorrência deste, foram pagos, garantidos ou beneficiados, além dos terceiros contratantes, salvo em relação a estes, na hipótese de ineficácia subjetiva, se não tinham conhecimento da fraude. Os herdeiros e legatários dessas pessoas também têm legitimidade passiva para a ação revocatória (art. 133).

O juízo competente é o da falência, processando-se por rito ordinário. Decai o direito à ação revocatória em 3 anos a contar da decretação da falência. O administrador judicial não responde, perante a massa, pelas consequências advindas da decadência do direito, em vista da legitimidade concorrente de qualquer credor e do Ministério Público.

Da decisão que julga a revocatória cabe o recurso de apelação (art. 135, parágrafo único).

3. EFEITOS DA FALÊNCIA QUANTO AOS CONTRATOS DO FALIDO

A sentença declaratória da falência importa a disciplina dos contratos do falido segundo regras específicas do direito falimentar. O regime jurídico dos contratos de um empresário, em outros termos, é diverso segundo esteja ele falido ou não.

A falência autoriza, de um lado, a resolução dos contratos bilaterais (art. 117). Por contratos bilaterais, para os fins falimentares, entendem-se aqueles que nenhuma das partes deu início, ainda, ao cumprimento das obrigações assumidas. Excluem-se deste conceito, portanto, e da possibilidade de serem resolvidos pela decretação da falência, aqueles contratos que, embora definidos como bilaterais para os fins de direito obrigacional comum, já tiveram a sua execução iniciada por uma das partes. Se o vendedor já entregou as mercadorias vendidas, antes do prazo que autoriza a sua restituição, cumprindo assim integralmente as obrigações que lhe competiam, mas o comprador não pagou, ainda, o preço delas, falindo este, não será o contrato de compra e venda, no caso, considerado bilateral pelo direito falimentar, embora seja típico contrato bilateral para o direito obrigacional comum. Este contrato não é suscetível de resolução. O vendedor deverá, simplesmente, habilitar o seu crédito e concorrer na massa. O contrato unilateral também pode ser resolvido pelo administrador judicial, nas mesmas condições (LF, art. 118).

Em suma, a falência do contratante pode provocar a resolução do contrato em que ambas as partes assumem obrigações, se a sua execução ainda não teve início por qualquer uma delas ou dos que importam obrigações para só um dos contratantes. Se o falido ou o outro contratante já deram início à execução do contrato, cumprindo parcial ou total-

mente as suas obrigações, a falência não poderá importar sua resolução, devendo as partes dar-lhe integral cumprimento.

Compete ao administrador judicial e ao comitê de credores a decisão quanto ao cumprimento ou à resolução do contrato. Esses órgãos deverão decidir a partir do que entende seja o mais conveniente para a massa, respondendo por má administração do interesse especificamente relacionado com cada contrato resolvido ou mantido. Diz a lei que a resolução do contrato é cabível se puder reduzir ou evitar o aumento do passivo ou colaborar para a manutenção e preservação do ativo da massa falida (arts. 117 e 118). A decisão do administrador judicial autorizado pelo comitê é definitiva, não podendo os demais credores ou o contratante com o falido pleitearem a revisão do que eles houverem decidido quanto a este ponto.

Se o contratante desejar, pode interpelar o administrador judicial, nos 90 dias seguintes ao de sua investidura na função, para que este se posicione quanto ao cumprimento ou não do contrato. O silêncio do administrador judicial no prazo de 10 dias importará a resolução do contrato, assegurado ao contratante apurar, por ação própria, a indenização a que tem direito, a qual constituirá crédito quirografário.

Esta é uma regra geral, definida pela Lei de Falências. Ao lado desta, no entanto, o legislador estabeleceu regras específicas pertinentes a determinadas categorias de contrato. São as seguintes:

a) O vendedor não poderá obstar a entrega de coisa vendida ao falido, ainda não pagas nem recebidas, desde que tenha havido a revenda sem fraude por tradição simbólica, ou seja, feita com base em fatura ou conhecimento de transporte (art. 119, I).

b) Na venda pelo falido de coisa composta resolvida pelo administrador judicial, o comprador pode, colocando as composições já recebidas à disposição da massa, pleitear perdas e danos (art. 119, II).

c) Na venda pelo falido de coisa móvel, com pagamento a prestação, o administrador judicial pode optar pela resolução do contrato, restituindo ao comprador o valor das prestações já pagas (art. 119, III).

d) Na compra com reserva de domínio pelo falido de bem móvel, se o administrador judicial resolver o contrato, pode o vendedor recuperar o bem nos termos da legislação processual comum (CPC, arts. 1.070 e 1.071; LF, art. 119, IV).

e) Na compra e venda a termo que tenha cotação em Bolsa ou mercado, não se executando o contrato, prestará o contratante ou a massa a diferença entre as cotações do dia do contrato e o da liquidação (art. 119, V).

f) O compromisso de compra e venda de bens imóveis não pode ser resolvido pelo administrador judicial; na falência do vendedor, o compromisso será cumprido e, na do adquirente, os seus direitos de promitente serão arrecadados e liquidados (art. 30 da Lei n. 6.766, de 1979, c/c o art. 119, VI, da LF).

g) Se o estabelecimento empresarial do falido encontra-se em imóvel locado, o administrador judicial pode resilir o contrato a qualquer tempo, sem pagar multa ou outro consectário. Se a falência é do locador, o contrato continua, passando o locatário a proceder ao pagamento do aluguel para a massa falida, enquanto o bem não for alienado (art. 119, VII).

h) As contas-correntes do falido serão encerradas no momento da declaração da falência, apurando-se o saldo, o

qual deverá ser, quando favorável à massa, pago pelo contratante, e, se favorável a este, habilitado na falência (art. 121).

A prescrição das obrigações do falido suspende-se com a decretação da quebra, voltando a fluir apenas com o trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência (arts. 6º e 157). Não se suspende, no entanto, a prescrição das obrigações de que era credor o falido, nem a fluência de prazos decadenciais, mesmo das obrigações devidas pelo falido, cabendo ao administrador judicial atentar para uma e outra no interesse da massa.

A falência, portanto, não provoca, por si só, a resolução dos contratos do falido. Quando se verifica, decorre de decisão do administrador judicial, autorizado pelo comitê, em vista do proveito para a massa falida (redução ou não aumento do passivo e preservação ou manutenção do ativo). Nas demais hipóteses, observadas as regras específicas que a Lei de Falências estabelece, o contrato deve ser cumprido pelo contratante nos mesmos termos em que seria caso não houvesse sido decretada a quebra.

No entanto, se as partes pactuaram cláusula de resolução por falência, esta será eficaz, não podendo o administrador judicial desrespeitá-la. Neste caso, o contrato se resolve, não por força da falência em si, propriamente, mas pela vontade das partes contratantes que a elegeram como causa resolutória do vínculo contratual.

Os contratos de trabalho em que o falido figura como empregador não se resolvem com a falência, mas a cessação das atividades da empresa é causa resolutória desses contratos. Assim, salvo na hipótese de continuação provisória da empresa pelo falido, nos termos do art. 99, XI, a cessação da atividade econômica decorrente da quebra resolve a relação contratual empregatícia, podendo o empregado reclamar as verbas indenizatórias pertinentes.

Os créditos em moeda estrangeira serão convertidos em moeda nacional pelo câmbio do dia em que for declarada a falência, diz o art. 77 da LF, sendo que somente por este valor de conversão poderão ser eles reclamados. Trata-se de exceção à regra geral da conversão de valores entre diferentes moedas, a qual se faz tomando-se por referência o dia do pagamento (como, por exemplo, no art. 75, § 1º, da Lei n. 4.728/65). O legislador, para possibilitar a definição precisa do passivo do falido, criou esta particular regra de conversão cambial, para fins falimentares.

Se o falido havia celebrado contrato de câmbio ou qualquer outro passível de cumprimento em moeda estrangeira, os riscos da oscilação cambial passam a ser da instituição financeira credora, posto que terá direito ao valor convertido em moeda nacional na data da decretação da quebra, sendo irrelevante o valor de conversão à época do pagamento.

CAPÍTULO 28

REGIME JURÍDICO DOS CREDORES DO FALIDO

1. CREDORES ADMITIDOS

A falência, sendo processo de execução concursal de devedor empresário, compreende todos os credores do falido, civis ou comerciais. A lei, no entanto, afasta da falência alguns dos credores, tendo em vista os interesses do conjunto deles. Essas exceções estão previstas no art. 5º, da LF, e dizem respeito aos seguintes casos:

a) credor por obrigações a título gratuito (inc. I); e

b) crédito por despesas individualmente feitas para ingresso na massa falida subjetiva, salvo custas em litígio com esta (inc. II).

Em relação à correção monetária dos créditos admitidos na falência, o art. 9º da Lei n. 8.177, de 1991, com a redação dada pelo art. 30 da Lei n. 8.218, de 1991, veio pôr um fim às vacilações da jurisprudência. Com efeito, dúvidas não podem mais subsistir diante dos claríssimos termos daquele dispositivo. Como a correção monetária não representa qualquer acréscimo ao valor devido, uma vez que ela apenas atualiza a expressão em moeda do mesmo valor, não há que se lhe aplicarem as regras relativas ao pagamento dos

juros, ou seja, a correção deverá ser paga juntamente com o principal.

Os credores terão os seus créditos verificados, na forma e prazo já examinados. A partir do início da verificação dos créditos e até o fim do processo falimentar, ou antes se houver decisão judicial que não o admita na massa (julgamento de declaração ou impugnação de crédito) ou dela o exclua (julgamento de ação rescisória do art. 19 da LF), tem o credor o direito de:

a) intervir, como assistente, em qualquer ação ou incidente em que a massa seja parte ou interessada;

b) fiscalizar a administração da massa;

c) requerer e promover, no processo de falência, o que for do interesse dos credores, sendo indenizado, pela massa, pelas despesas que fizer na defesa deste interesse geral se ela auferiu vantagem e até o limite desta;

d) examinar, sempre que desejar e independentemente de autorização judicial, os livros e demais documentos da massa.

Os credores podem constituir procurador para representá-los na falência. Se o mandatário for advogado, basta a outorga de procuração com a cláusula *ad judicia*. A procuração com a cláusula *ad negotia* também habilita o outorgado a representar o credor. Este, no entanto, somente poderá praticar diretamente os atos que o outorgante poderia também, como a declaração tempestiva de crédito. Não poderá, evidentemente, praticar os atos privativos de advogado, como peticionar, recorrer, impugnar os créditos etc.

Os credores debenturistas serão representados pelo agente fiduciário (LSA, art. 68, § 3º, *d*). Caso este não exista, os debenturistas se reunirão em assembleia para eleger o seu representante. São estes os únicos credores que podem

fazer a declaração coletiva de crédito, dispensando o seu representante da apresentação de todos os títulos originais.

2. EFEITOS DA FALÊNCIA QUANTO AOS CREDORES

A sentença declaratória da falência produz quatro efeitos principais em relação aos credores: *a*) formação da massa falida subjetiva; *b*) suspensão das ações individuais contra o falido (art. 6º); *c*) vencimento antecipado dos créditos (art. 77); *d*) suspensão da fluência dos juros (art. 124).

A massa falida subjetiva é o sujeito de direito despersonalizado voltado à defesa dos interesses gerais dos credores de um empresário falido. Por vezes, na defesa desses interesses, age a massa falida como sucessora do falido, cobrando, judicial ou amigavelmente, os seus devedores; em outras ocasiões, a massa falida age, na defesa dos interesses gerais dos credores, contra o próprio falido, como na ação revocatória. No primeiro caso, sendo sucessora do falido, não terá mais direitos que os deste antes da quebra.

A massa falida objetiva é o conjunto de bens arrecadados do falido. Não se confunde com a comunhão de interesses dos credores (massa falida subjetiva), embora a lei chame esta e aquele, simplesmente, por massa falida.

A suspensão das ações individuais dos credores contra o falido é consequência da sentença declaratória da falência, que, como já acentuado, dá início ao processo de execução concursal do devedor empresário. Nesse sentido, seria despropositado que os credores pudessem exercer individualmente os seus créditos.

Deve-se, no entanto, atentar para algumas exceções a este princípio geral. Ações ou execuções que não se suspendem com o advento da sentença de quebra. São as seguintes:

a) as ações que versem sobre quantia ilíquida, coisa certa, prestação ou abstenção de fato (art. 6º, § 1º), inclusive reclamações trabalhistas; e

b) as execuções fiscais fundadas em certidão da dívida ativa para cobrança de crédito tributário, não tributário ou parafiscal (CTN, art. 187).

As execuções individuais promovidas pelo credor com direito real de garantia ou com privilégio geral ou especial não se incluem nas exceções da Lei.

As ações e execuções que não se suspendem com a falência terão prosseguimento com a massa falida, representando-a, judicialmente, o administrador judicial. Estas não serão atraídas ao juízo universal da falência, segundo os critérios já examinados (*Cap. 25*, item 1).

Para eficiente resguardo de seus interesses, o autor de ação judicial não suspensa pela quebra deverá fazer uso do expediente previsto no art. 6º, § 3º, da LF. Trata-se da solicitação de reserva, endereçada ao juiz da falência ou daquele perante o qual tramita a ação ou reclamação. Determinada a reserva, não poderá o pagamento do passivo ser feito com utilização de numerário reservado.

Outro efeito da sentença declaratória da falência é o vencimento antecipado dos créditos contra o falido. Do valor deles, por força do art. 77 da LF, serão abatidos os juros legais. Excetuam-se deste efeito aquelas obrigações sujeitas a condição suspensiva, cujos credores devem participar da verificação dos créditos, ficando, contudo, o seu pagamento deferido até que se verifique a condição.

Finalmente, opera-se, com a quebra, a suspensão da fluência de juros. Apenas os juros devidos à data da decretação da falência podem ser cobrados da massa. Após esta,

não mais correm juros. Contudo, autoriza o art. 124 da LF o pagamento destes, também, caso a massa comporte. Excetuam-se desta regra as obrigações com garantia real, em relação à qual, se o bem dado em garantia suportar, serão pagos os juros. Também os credores debenturistas são mencionados como exceção, mas se cuida, apenas, dos titulares de debêntures com garantia real.

3. CLASSIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS

Os credores do falido não são tratados igualmente. A natureza do crédito importa para a definição de uma ordem de pagamento, que deve ser rigorosamente observada na liquidação. Esta ordem é, hoje, resultado da convergência de um conjunto variado de dispositivos legais, fonte constante de conflitos e incertezas. Na dita ordem de pagamento, encontram-se não apenas os credores do falido, como também os créditos extraconcursais.

Classificam-se, portanto, os créditos, segundo a ordem de pagamento na falência, nas seguintes categorias:

a) os créditos extraconcursais, que compreendem os definidos no art. 84 da LF, por exemplo, a remuneração do administrador judicial, as despesas com a arrecadação e administração dos bens do falido, as custas judiciais, bem como os correspondentes às restituições em dinheiro alicerçadas no art. 86 da LF;

b) créditos por acidentes de trabalho e créditos trabalhistas, compreendendo toda a sorte de pagamentos devidos pelo empresário aos seus empregados, sendo irrelevante alguma distinção que se lhes faça para os fins de direito do trabalho (CLT, art. 449, § 1º); nessa mesma ordem de classificação, enquadrou o legislador os créditos dos representan-

tes comerciais (Lei n. 4.886/65, art. 44, incluído pela Lei n. 8.420/92);

c) créditos com garantia real, até o limite do valor do bem gravado (art. 83, II);

d) dívida ativa, de natureza tributária ou não tributária, excetuadas as multas (arts. 186 do CTN e 4º, § 4º, da Lei n. 6.830/80; LF, art. 83, III);

e) créditos com privilégio especial (art. 83, IV);

f) créditos com privilégio geral (art. 83, V);

g) créditos quirografários (art. 83, VI);

h) as multas contratuais e penas pecuniárias por infração à legislação penal ou administrativa, incluindo as tributárias (art. 83, VII); e

i) créditos subordinados (art. 83, VIII).

A preferência dos créditos trabalhistas (derivados da relação empregatícia) está limitada ao valor de 150 salários mínimos por credor. O que ultrapassar esse limite é reclassificado como crédito quirografário. Por outro lado, para a proteção dos trabalhadores de menor renda, a lei determina que o administrador judicial proceda à *antecipação* do devido a título de salários vencidos nos 3 meses anteriores à quebra, desde que limitados a 5 salários mínimos por credor trabalhista. Essa antecipação deve ser feita mesmo que não tenham sido ainda atendidos os credores extraconcursais (LF, art. 151).

Os créditos com garantia real são aqueles em que a satisfação do direito do credor encontra-se garantida, por exemplo, por uma hipoteca incidente sobre imóvel do falido ou penhor sobre bem móvel dele. A preferência está limitada ao valor do bem onerado. Vendido este na liquidação da

falência, destina-se o produto da venda à satisfação do credor titular da garantia. Se os recursos aferidos pela massa com a venda do bem gravado não forem suficientes ao pagamento integral do crédito garantido, o saldo concorrerá juntamente com os quirografários.

São credores por dívida ativa a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias. Esta dívida pode ter origem tributária ou não. Estabelece a lei (LEF, art. 29, parágrafo único) uma ordem interna de pagamento entre os credores desta categoria. Assim, primeiro são satisfeitos os créditos da União e suas autarquias; em seguida, os dos Estados, Distrito Federal, Territórios e suas autarquias, conjuntamente e *pro rata*; finalmente, os Municípios e suas autarquias, conjuntamente e *pro rata*. São exemplos de créditos incluídos nesta categoria: impostos, taxas, contribuição devida à Seguridade Social (Lei n. 8.212/91, art. 51), anuidade de órgão profissional (Conselho Regional dos Representantes Comerciais Autônomos, p. ex.) e outros.

Os chamados créditos parafiscais, ou seja, as contribuições para entidades privadas que desempenham serviço de interesse social, como o SESC, SESI etc., ou para programa social administrado por órgão do governo, como o PIS e o FGTS, gozam da mesma prioridade da dívida ativa federal.

São exemplos de credores com privilégio especial: *a*) o credor por benfeitorias necessárias ou úteis sobre a coisa beneficiada (CC, art. 964, III); *b*) o autor da obra, pelos direitos do contrato de edição, sobre os exemplares dela na massa do editor (CC, art. 964, VII); *c*) os credores titulares de direito de retenção sobre a coisa retida (LF, art. 83, IV, *c*); *d*) os subscritores ou candidatos à aquisição de unidade condominial sobre as quantias pagas ao incorporador falido (Lei n. 4.591/64, art. 43, III); *e*) o credor titular de Nota de Crédito Industrial sobre os bens referidos pelo art. 17 do

Dec.-lei n. 413/69; *f*) crédito do comissário (CC, art. 707); *g*) os segurados e beneficiários credores de indenização ajustada ou a ajustar sobre as reservas técnicas, fundos especiais ou provisões da seguradora ou resseguradora falidas (Dec.-lei n. 73/66, com a redação dada pela LC n. 126/2007) e outros.

Por sua vez, são exemplos de crédito com privilégio geral, além dos mencionados no art. 965 do CC, o decorrente de debêntures com garantia flutuante, nos termos do art. 58, § 1º, da LSA, e os honorários de advogado, na falência do seu devedor (EOAB, art. 24).

Os créditos quirografários correspondem à grande massa das obrigações do falido. São dessa categoria os credores por títulos de crédito, indenização por ato ilícito (salvo acidente de trabalho), contratos mercantis em geral etc. Após o pagamento desses créditos, restando ainda recursos na massa, deve o administrador judicial atender às multas contratuais e penas pecuniárias por infração à lei, inclusive multas tributárias.

Por crédito subordinado (ou "subquirografário") entende-se aquele que é pago somente após a satisfação dos credores sem qualquer garantia, prevendo a lei duas hipóteses: *a*) os créditos dos sócios ou administradores sem vínculo empregatício (LF, art. 83, VIII, *b*); *b*) crédito por debêntures subordinadas emitidas pela sociedade anônima falida (LSA, art. 58, § 4º).

Quando o falido for sociedade de crédito imobiliário, os titulares de letras imobiliárias de sua emissão têm direito de preferência inclusive sobre a dívida ativa, por força de regra excepcional constante do art. 44, § 2º, da Lei n. 4.380, de 1964.

Por força das exceções ao princípio da universalidade do juízo falimentar, ou das referentes à suspensão das ações individuais contra o falido, pode ocorrer de um credor ser satisfeito com inobservância da ordem estabelecida. Nesta hipótese, terá o preterido um direito creditício contra aquele que recebeu indevidamente, no valor do que lhe caberia, segundo a natureza de seu crédito e as forças da massa.

CAPÍTULO 29

RECUPERAÇÃO JUDICIAL

1. VIABILIDADE DA EMPRESA

Nem toda empresa merece ou deve ser recuperada. A reorganização de atividades econômicas é custosa. Alguém há de pagar pela recuperação, seja na forma de investimentos no negócio em crise, seja na de perdas parciais ou totais de crédito. Em última análise, como os principais agentes econômicos acabam repassando aos seus respectivos preços as taxas de riscos associados à recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, o ônus da reorganização das empresas no Brasil recai na sociedade brasileira como um todo. O crédito bancário e os produtos e serviços oferecidos e consumidos ficam mais caros porque parte dos juros e preços se destina a socializar os efeitos da recuperação das empresas.

Como é a sociedade brasileira como um todo que arca, em última instância, com os custos da recuperação das empresas, é necessário que o Judiciário seja criterioso ao definir quais merecem ser recuperadas. Não se pode erigir a recuperação das empresas em um valor absoluto. Não é qualquer empresa que deve ser salva a qualquer custo. Na maioria dos casos, se a crise não encontrou uma solução de mercado, o melhor para todos é a falência, com a realocação em

outras atividades econômicas produtivas dos recursos materiais e humanos anteriormente empregados na da falida.

Em outros termos, somente as empresas *viáveis* devem ser objeto de recuperação judicial (ou mesmo a extrajudicial). Para que se justifique o sacrifício da sociedade brasileira presente, em maior ou menor extensão, em qualquer recuperação de empresa não derivada de solução de mercado, o empresário que a postula deve se mostrar digno do benefício. Deve mostrar, em outras palavras, que tem condições de devolver à sociedade brasileira, se e quando recuperado, pelo menos em parte o sacrifício feito para salvá-la.

O exame da viabilidade deve ser feito, pelo Judiciário, em função de vetores como a importância social, a mão de obra e tecnologia empregadas, o volume do ativo e passivo, o tempo de existência da empresa e seu porte econômico.

2. MEIOS DE RECUPERAÇÃO DA EMPRESA

A lei contempla lista exemplificativa dos meios de recuperação da atividade econômica (LF, art. 50). Nela, encontram-se instrumentos financeiros, administrativos e jurídicos que normalmente são empregados na superação de crises em empresas. Os administradores da sociedade empresária interessada em pleitear o benefício em juízo devem analisar, junto com o advogado e demais profissionais que os assessoram no caso, se entre os meios indicados há um ou mais que possam mostrar-se eficazes no reerguimento da atividade econômica.

Como se trata de lista exemplificativa, outros meios de recuperação da empresa em crise podem ser examinados e considerados no plano de recuperação. Normalmente, aliás, os planos deverão combinar dois ou mais meios, tendo em vista a complexidade que cerca as recuperações empresariais.

A lista legal compreende: *a*) dilação do prazo ou revisão das condições de pagamentos; *b*) operação societária, como fusão, incorporação ou cisão; *c*) alteração do controle societário, com ou sem transferência total do poder a grupos mais capacitados; *d*) reestruturação da administração, com substituição dos administradores ou redefinição dos órgãos; *e*) concessão de direitos societários extrapatrimoniais aos credores, como o direito de veto (*golden share*); *f*) reestruturação do capital; *g*) transferência ou arrendamento do estabelecimento empresarial; *h*) renegociação das obrigações ou do passivo trabalhistas; *i*) dação em pagamento ou novação das principais dívidas do empresário em crise; *j*) constituição de sociedade de credores, para revitalizar a empresa; *l*) realização parcial do ativo, visando o levantamento de recursos financeiros para investimento ou quitação de dívidas; *m*) equalização de encargos financeiros; *n*) usufruto de empresa; *o*) administração compartilhada, para arejar a direção da empresa com novas ideias; *p*) emissão de valores mobiliários, quando houver mercado para operações como as de securitização; *q*) adjudicação de bens a credores para diminuir o passivo.

3. ÓRGÃOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A recuperação judicial é um processo peculiar, em que o objetivo buscado — a reorganização da empresa explorada pela sociedade empresária devedora, em benefício desta, de seus credores e empregados e da economia (local, regional ou nacional) — pressupõe a prática de atos judiciais não somente pelo juiz, Ministério Público e partes, como também de alguns órgãos específicos previstos em lei.

São três os órgãos específicos da recuperação judicial: assembleia geral dos credores, administrador judicial e o comitê.

3.1. *Assembleia geral*

A assembleia dos credores é o órgão colegiado e deliberativo responsável pela manifestação do interesse ou da vontade predominantes entre os que titularizam crédito perante a sociedade empresária requerente da recuperação judicial sujeitos aos efeitos desta. De maneira geral, nenhuma recuperação de empresa se viabiliza sem o sacrifício ou agravamento do risco, pelo menos em parte, dos direitos de credores. Por esse motivo, em atenção aos interesses dos credores (sem cuja colaboração a reorganização se frustra), a lei lhes reserva, quando reunidos em assembleia, as mais importantes deliberações relacionadas ao reerguimento da atividade econômica em crise.

Têm legitimidade para convocar a assembleia dos credores o juiz, nas hipóteses legais ou sempre que considerar conveniente, e os credores, desde que a soma de seus créditos represente pelo menos 25% do total do passivo da sociedade requerente. O anúncio da convocação da assembleia deve ser publicado, no *Diário Oficial* e em jornal de grande circulação, com a antecedência mínima de 15 dias da data de sua realização. Para instalarem-se validamente os trabalhos da assembleia, é exigida a presença de credores titulares de mais da metade do passivo do requerente (em cada classe). Caso não seja alcançado, terá lugar a segunda convocação, observado o intervalo mínimo de 5 dias. Em segunda convocação, os trabalhos se instalam validamente com qualquer número de credores.

Compete à assembleia dos credores: *a*) aprovar, rejeitar e revisar o plano de recuperação judicial; *b*) aprovar a instalação do comitê e eleger seus membros; *c*) manifestar-se sobre o pedido de desistência da recuperação judicial; *d*) eleger o gestor judicial, quando afastados os diretores da so-

ciedade empresária requerente; *e*) deliberar sobre qualquer outra matéria de interesse dos credores (LF, art. 35, I, *a* a *f*).

Em princípio, todos os credores admitidos na recuperação judicial têm direito a voz e voto na assembleia. São credores admitidos e, por conseguinte, em princípio titulares do direito à voz e ao voto na assembleia os que se encontram na última lista publicada (a relação de credores apresentada pelo devedor com a petição inicial, a organizada pelo administrador judicial ou, por fim, a consolidação do quadro geral). Está admitida e integra a assembleia dos credores a pessoa física ou jurídica cujo nome consta do rol — dentre os três que se elaboram ao longo da verificação de créditos — que tiver sido publicado por último. Cada credor presente na assembleia terá o voto proporcional ao valor do seu crédito admitido na recuperação judicial. Desconsidera-se, por conseguinte, o valor das despesas que individualmente fizeram para tomar parte do processo, que são excluídas deste. Aqui, também importa o que constar da relação de credores vigente.

Na assembleia dos credores, há quatro instâncias de deliberação. De acordo com a matéria em apreciação, varia o conjunto de credores aptos a votar.

A instância de maior abrangência é o plenário da assembleia dos credores. Sempre que a matéria não disser respeito à constituição do comitê ou não se tratar do plano de reorganização, cabe a deliberação ao plenário. Tem essa instância, portanto, competência residual. Se não houver na lei nenhuma previsão específica reservando a apreciação da matéria a outra ou outras instâncias, o plenário deliberará pela maioria de seus membros, computados os votos proporcionalmente aos seus valores, independentemente da natureza do crédito titularizado.

As três outras instâncias deliberativas da assembleia correspondem às classes em que foram divididos pela lei os credores. Na votação ou no aditamento do plano de recuperação, a primeira classe compõe-se por credores trabalhistas; a segunda, por titulares de direitos reais de garantia; e a terceira, por titulares de privilégio (geral ou especial), os quirografários e subordinados (LF, art. 41). Na apreciação de matéria atinente à constituição e composição do comitê, as instâncias classistas da assembleia se organizam um pouco diferente: os credores titulares de privilégio especial compõem a mesma dos que titulam garantia real (LF, art. 26). Nas matérias indicadas — votação do plano de recuperação e constituição e composição do comitê —, deliberam apenas as instâncias classistas e não o plenário.

O *quorum* geral de deliberação é o de maioria, computada sempre com base no valor dos créditos dos credores integrantes da instância deliberativa presentes à assembleia. Desse modo, se o evento assemblear se realiza em segunda convocação, com a presença de apenas 10 credores, somam-se os créditos deles e calcula-se o peso proporcional do direito creditório de cada um na soma. Os percentuais assim encontrados norteiam a quantidade de votos atribuídos a cada credor. Se, por força desse cálculo, um deles titularizar sozinho 51% da soma dos créditos dos presentes, então ele compõe isolado a maioria e faz prevalecer sua vontade e interesse, mesmo contra os dos demais. Assim será, inclusive, mesmo que o seu crédito represente parcela ínfima do passivo, se os credores ausentes titularizarem a parte substancial deste.

A maioria dos presentes no plenário ou na instância classista (segundo o valor proporcional dos créditos) representa, então, o *quorum geral* de deliberação (maioria simples). Em uma hipótese, prevê-se *quorum qualificado* de

deliberação: aprovação do plano de recuperação. Ele deve ser apreciado e votado nas instâncias classistas (o plenário não delibera a respeito) e, em cada uma delas, deve receber a aprovação de mais da metade dos credores presentes, desprezadas as proporções dos créditos que titularizam. Além disso, é necessário também que credores cujos créditos somados representam mais da metade do passivo correspondente à classe presente à assembleia o apoiem com seu voto nas instâncias dos credores *com garantia real* e na dos *titulares de privilégio, quirografários e subordinados*.

3.2. *Administrador judicial*

Em toda recuperação judicial, como auxiliar do juiz e sob sua direta supervisão, atua um profissional na função de administrador judicial. Ele é pessoa da confiança do juiz, por ele nomeado no despacho que manda processar o pedido de recuperação judicial.

O administrador judicial deve ser pessoa idônea, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas, contador ou pessoa jurídica especializada. Estão, porém, impedidos de exercer a função os que anteriormente não a desempenharam a contento. Quem, nos 5 anos anteriores, exerceu a função de administrador judicial ou membro de comitê em processos de falência ou recuperação judicial e dela foi destituído, deixou de prestar contas ou teve reprovadas as que prestou, está impedido de ser nomeado para a função. Também há impedimento que veda a nomeação de pessoas com vínculo de parentesco ou afinidade até terceiro grau com qualquer dos representantes legais da sociedade empresária requerente da recuperação judicial, amigo, inimigo ou dependente destes.

Na recuperação judicial, as funções do administrador judicial variam de acordo com dois vetores: caso o comitê, que é órgão facultativo, exista ou não; e caso tenha sido ou não decretado o afastamento dos administradores da empresa em recuperação.

De acordo com o primeiro vetor, uma vez instalado o comitê, ao administrador judicial caberá basicamente proceder à verificação dos créditos, presidir a assembleia dos credores e fiscalizar a sociedade empresária devedora. Não havendo comitê, o administrador assumirá também a competência reservada pela lei a esse órgão colegiado, exceto se houver incompatibilidade.

Pelo segundo vetor, o administrador judicial é investido no poder de administrar e representar a sociedade empresária requerente da recuperação judicial quando o juiz determinar o afastamento dos seus diretores, enquanto não for eleito o gestor judicial pela assembleia geral. Somente nesse caso particular tem ele a prerrogativa de se imiscuir por completo na intimidade da empresa e tomar as decisões administrativas atinentes à exploração do negócio. Não tendo o juiz afastado os diretores ou administradores da sociedade empresária requerente da recuperação judicial, o administrador judicial será mero fiscal desta, o responsável pela verificação dos créditos e o presidente da assembleia dos credores.

3.3. *Comitê*

O comitê é órgão facultativo da recuperação judicial. Sua constituição e operacionalização dependem do tamanho da atividade econômica em crise. Ele deve existir apenas nos processos em que a sociedade empresária devedora explora empresa grande o suficiente para absorver as despesas

com o órgão. Quem decide se o órgão deve ou não existir são os credores da sociedade em recuperação judicial, reunidos em assembleia.

Qualquer das instâncias classistas da assembleia pode aprovar a instalação do comitê. Aprovada a instalação, reúnem-se as classes de credores para cada uma eleger 1 membro titular e 2 suplentes. Na eleição dos membros do comitê, observam-se os mesmos impedimentos para o exercício da função de administrador judicial, já examinados.

A principal competência do comitê é fiscal. Quer dizer, cabe aos membros desse órgão fiscalizar tanto o administrador judicial como a sociedade empresária em recuperação judicial, antes e depois de concedida esta. Para tanto, os membros do comitê têm livre acesso às dependências, escrituração e documentos da sociedade empresária requerente da recuperação judicial. Sempre que constatar qualquer fato que considere irregular, o comitê, por voto da maioria dos seus membros, deve encaminhar ao juiz da recuperação judicial requerimento fundamentado das providências que entender pertinentes.

Além da competência fiscal, por cujo exercício presta contas mensais, o comitê pode eventualmente exercer também duas outras: elaboração de plano de recuperação alternativo ao apresentado pela sociedade empresária devedora e deliberação sobre as alienações de bens do ativo permanente e os endividamentos necessários à continuação da atividade empresarial, quando determinado pelo juiz o afastamento dos administradores da empresa em crise.

Nas recuperações judiciais em que não houver comitê — porque é injustificável (a dimensão da empresa ou a complexidade do passivo não o recomenda) ou inviável (quando não há credores interessados em exercer a função) —, as

atribuições desse órgão são exercidas pelo administrador judicial; exceto nas matérias em que houver incompatibilidade — por exemplo, no exercício da competência de fiscalização do próprio administrador judicial —, hipótese em que cabe ao juiz exercer a atribuição legal inicialmente reservada ao comitê.

4. PROCESSO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O processo da recuperação judicial divide-se em três fases bem distintas. Na primeira, que se pode chamar de *fase postulatória*, a sociedade empresária em crise apresenta seu requerimento do benefício. Ela se inicia com a petição inicial de recuperação judicial e se encerra com o despacho judicial mandando processar o pedido. Na segunda fase, a que se pode referir como *deliberativa*, após a verificação de crédito, discute-se e aprova-se um plano de reorganização. Tem início com o despacho que manda processar a recuperação judicial e se conclui com a decisão concessiva do benefício. A derradeira etapa do processo, chamada de *fase de execução*, compreende a fiscalização do cumprimento do plano aprovado. Começa com a decisão concessiva da recuperação judicial e termina com a sentença de encerramento do processo.

4.1. *Fase postulatória*

Só tem legitimidade ativa para o processo de recuperação judicial quem é legitimado passivo para o de falência, isto é, o empresário e a sociedade empresária. Por outro lado, a recuperação judicial tem lugar apenas se o titular da empresa em crise quiser. Se credores, trabalhadores, sindicatos ou órgão governamental tiver um plano para a reorganização da atividade econômica em estado pré-falencial,

não poderá dar início ao processo de recuperação judicial caso o devedor não tenha interesse ou vontade em fazê-lo.

As sociedades em comum, de economia mista, cooperativa ou simples não podem pleitear a recuperação judicial exatamente porque nunca podem ter a falência decretada. Estão também excluídas do benefício, por razões ligadas à regulação econômica, as instituições financeiras, integrantes do sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários no mercado de capitais, corretoras de câmbio (Lei n. 6.024/74, art. 53), seguradoras (Dec.-lei n. 73/66, art. 26) e as operadoras de planos privados de assistência à saúde (Lei n. 7.565/86, art. 187).

Para legitimar-se ao pedido de recuperação judicial, contudo, não basta ser exercente de atividade econômica exposta ao risco de falência. Deve a sociedade empresária atender a mais *quatro* requisitos: *a*) não pode estar falida; *b*) deve existir regularmente há mais de 2 anos; *c*) não pode ter obtido o mesmo benefício há menos de 5 anos; *d*) o seu sócio controlador e administradores não podem ter sido condenados pela prática de crime falimentar.

Se quem pleiteia a recuperação judicial é empresário individual, cabem mais três observações: a lei legitima o devedor pessoa física que, embora falido, teve declaradas extintas por sentença definitiva suas responsabilidades; ele não está legitimado se, nos 5 anos anteriores, requereu a recuperação judicial, obteve-a e deixou de cumpri-la, tendo, em decorrência, sua quebra decretada; na hipótese de morte do empresário individual, a recuperação judicial pode ser pedida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros ou inventariante.

Exige-se do devedor interessado em obter o benefício da recuperação judicial o atendimento a diversas condições: algumas formais, outras, materiais. É necessário, por exem-

plo, que ela torne acessíveis aos credores certas demonstrações contábeis, indispensáveis à adequada verificação de sua situação econômica, financeira e patrimonial. De outro lado, ela deve ter um plano viável de recuperação da atividade em estado crítico. Em consequência, a lei determina que a petição inicial do pedido de recuperação judicial seja necessariamente instruída com certos elementos e documentos, sem os quais não se consideram atendidas as condições para a obtenção do benefício.

Compõe, assim, obrigatoriamente a instrução da petição inicial da recuperação judicial: exposição das causas; demonstrações contábeis e relatório da situação da empresa; relação dos credores; relação dos empregados; atos constitutivos (contrato social, se limitada; estatuto, se anônima) devidamente atualizados; lista dos bens de sócio ou acionista controlador e administradores; extratos bancários e de investimentos; certidões de protesto; relação das ações judiciais em andamento.

Estando em termos a documentação exigida para a instrução da petição inicial, o juiz proferirá o despacho mandando processar a recuperação judicial. Note-se que esse despacho não se confunde com a ordem de autuação ou outros despachos de mero expediente. Não se confunde também com a decisão concessiva da recuperação judicial. O pedido de tramitação é acolhido no despacho de processamento, em vista apenas de dois fatores — a legitimidade ativa da parte requerente e a instrução nos termos da lei. Ainda não está definido, porém, que a sociedade devedora é viável e, portanto, tem o direito ao benefício. Só a tramitação do processo, ao longo da fase deliberativa, fornecerá os elementos para a concessão da recuperação judicial.

No despacho de processamento da recuperação judicial, o juiz nomeia o administrador judicial, determina a sus-

pensão de todas as ações e execuções contra o devedor (ressalvadas as exceções da lei) e a intimação do Ministério Público e comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que a requerente estiver estabelecida. Publica-se o despacho em edital na imprensa oficial, de que deve constar também a data, o local e a hora para os quais foi convocada a assembleia geral dos credores.

Dos efeitos do despacho que manda processar o pedido de recuperação judicial cabe examinar com mais vagar os relacionados à suspensão das ações ou execuções em trâmite contra o requerente. Lembro que os pedidos de falência suspendem-se pela tão só impetração regular da recuperação judicial no prazo de contestação (LF, art. 95). Quanto a esses, portanto, o despacho mandando processar o pedido não tem maiores implicações. São as demais ações e execuções que terão sua tramitação suspensa com o processamento da recuperação judicial. Mas há exceções na lei. Continuam, assim, a tramitar: (*i*) ações de qualquer natureza (civil ou trabalhista) que demandam quantias ilíquidas; (*ii*) reclamações trabalhistas; (*iii*) execuções fiscais, caso não concedido o parcelamento na forma da lei específica a ser editada nos termos do art. 155-A, §§ 3º e 4º, do CTN; (*iv*) execuções promovidas por credores absolutamente não sujeitos à recuperação judicial (isto é, pelos bancos titulares de crédito derivado de antecipação aos exportadores (ACC), proprietário fiduciário, arrendador mercantil ou o vendedor ou promitente vendedor de imóvel ou de bem com reserva de domínio).

É temporária a suspensão das ações e execuções em virtude do despacho que manda processar o pedido de recuperação judicial. Cessa esse efeito quando verificado o primeiro dos seguintes fatos: aprovação do plano de recuperação *ou* decurso do prazo de 180 dias.

4.2. *Fase de deliberação*

A fase de deliberação do processo de recuperação judicial inicia-se com o despacho de processamento. O principal objetivo dessa fase é a votação do plano de recuperação do devedor. Para que essa votação se realize, porém, como providência preliminar, a verificação dos créditos, que se processa da forma já examinada relativamente à falência (*Cap. 25*, item 7).

A mais importante peça do processo de recuperação judicial é o plano de recuperação judicial (ou de "reorganização da empresa"). Depende exclusivamente dele a realização ou não dos objetivos associados ao instituto, quais sejam, a preservação da atividade econômica e o cumprimento de sua função social. Se o plano de recuperação é consistente, há chances de a empresa se reestruturar e superar a crise em que mergulhara. Terá, nesse caso, valido a pena o sacrifício imposto diretamente aos credores e, indiretamente, a toda a sociedade brasileira. Mas se o plano for inconsistente, limitar-se a um papelório destinado a cumprir mera formalidade processual, então o futuro do instituto é a completa desmoralização.

Note-se, um bom plano de recuperação não é, por si só, garantia absoluta de reerguimento da empresa em crise. Fatores macroeconômicos globais ou nacionais, acirramento da concorrência no segmento de mercado em causa ou mesmo imperícia na sua execução podem comprometer a reorganização pretendida. Mas, um plano ruim é garantia absoluta de fracasso da recuperação judicial.

O plano de recuperação deve indicar pormenorizada e fundamentadamente o meio ou meios pelos quais a sociedade empresária devedora deverá superar as dificuldades que enfrenta. No tocante à alteração das obrigações da benefi-

ciária, a lei se preocupou em estabelecer quatro balizas: *a*) os empregados com direitos vencidos na data da apresentação do pedido de recuperação judicial devem ser pagos no prazo máximo de 1 ano, devendo ser quitados os saldos salariais em atraso em 30 dias; *b*) deve-se buscar o parcelamento do crédito fiscal na forma autorizada pelo art. 155-A do CTN; *c*) se o plano prevê a alienação de bens onerados (hipotecados ou empenhados), a supressão ou substituição da garantia real depende da expressa aprovação do credor que a titulariza. Entenda-se bem: para a simples supressão ou substituição de uma garantia real, é suficiente que o plano de recuperação judicial seja aprovado, com ou sem o voto do titular da garantia; se, porém, for prevista a alienação do bem como meio de recuperação judicial, será indispensável a concordância dele; nos créditos em moeda estrangeira, sua conversão para a moeda nacional depende de expressa concordância do titular do crédito.

Portanto, com a exceção feita aos créditos referidos nas quatro balizas acima, todos os demais titularizados perante a requerente da recuperação judicial podem ser objeto de amplas alterações no valor, na forma de pagamento, nas condições de cumprimento da obrigação etc.

O plano de recuperação judicial deve ser apresentado no prazo de 60 dias, contados da publicação do despacho de deferimento do processamento.

Cabe à assembleia dos credores, tendo em vista o proposto pela devedora e eventual proposta alternativa que lhe tenha sido submetida, discutir e votar o plano de recuperação. Três podem ser os resultados da votação na assembleia: *a*) aprovação do plano de recuperação, por deliberação que atendeu ao *quorum* qualificado da lei; *b*) apoio ao plano de recuperação, por deliberação que *quase* atendeu a esse *quorum* qualificado; *c*) rejeição de todos os planos discutidos.

Em qualquer caso, o resultado será submetido ao juiz, mas variam as decisões judiciais possíveis em cada um deles. No primeiro, o juiz limita-se a homologar a aprovação do plano pelos credores; no segundo, ele terá a discricionariedade para aprovar ou não o plano que quase alcançou o *quorum* qualificado; no terceiro, deve decretar a falência da sociedade requerente da recuperação judicial.

4.3. *Fase de execução*

Concedida a recuperação judicial — seja pela homologação em juízo do plano aprovado com apoio do *quorum* qualificado de deliberação em assembleia, seja pela aprovação pelo juiz do apoiado por parcela substancial dos credores —, encerra-se a fase de deliberação e tem início a de execução.

Durante a derradeira fase do processo de recuperação judicial, dá-se cumprimento ao plano de recuperação aprovado em juízo. Em princípio, é imutável esse plano. Se a sociedade beneficiada dele se desviar, corre o risco de ter a falência decretada. Não pode, porém, a lei ignorar a hipótese de revisão do plano de recuperação, sempre que a condição econômico-financeira da sociedade devedora passar por considerável mudança. Nesse caso, admite-se o aditamento do plano de recuperação judicial, mediante retificação pela assembleia dos credores.

O devedor em recuperação judicial não tem suprimida sua capacidade ou personalidade jurídica. Continua existindo como sujeito de direito apto a contrair obrigações e titularizar crédito. Sofre uma única restrição: os atos de alienação ou oneração de bens ou direitos do ativo permanente só podem ser praticados se úteis à recuperação judicial. A utilidade do ato é presumida em termos absolutos se previsto

no plano de recuperação judicial aprovado em juízo. Nesse caso, o bem pode ser vendido ou onerado, independentemente de qualquer outra formalidade ou anuência. Mas, se não constarem do plano de recuperação homologado ou aprovado pelo juiz, a utilidade do ato para a recuperação judicial deve ser apreciada pelos órgãos desta. Assim, a alienação ou oneração só poderá ser praticada mediante prévia autorização do juiz, ouvido o comitê.

Durante toda a fase de execução, a sociedade empresária agregará ao seu nome a expressão "em recuperação judicial", para conhecimento de todos que com ela se relacionam negocial e juridicamente. A omissão dessas expressões implica responsabilidade civil direta e pessoal do administrador que tiver representado a sociedade em recuperação no ato em que ela se verificou. Será, outrossim, levado à inscrição na Junta Comercial o deferimento do benefício.

Quanto à administração da sociedade beneficiada pela recuperação judicial, há duas hipóteses a considerar. Se os administradores eleitos pelos sócios ou acionista controlador estão se comportando lícita e utilmente, não há razões para removê-los da administração. Caso contrário, o juiz determinará seu afastamento. Determinando a destituição da administração da sociedade empresária requerente do benefício, o juiz deve convocar a assembleia dos credores para a eleição do *gestor judicial*, a quem será atribuída a administração da empresa em recuperação.

De duas formas diferentes se encerra a fase de execução do processo de recuperação judicial: cumprimento do plano de recuperação no prazo de até 2 anos ou pedido de desistência do devedor, que poderá ser apresentado a qualquer tempo e está sempre sujeita à aprovação pela assembleia geral dos credores.

5. MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE

Quando a crise alcança microempresa ou empresa de pequeno porte, a recuperação judicial segue algumas regras específicas.

Em função da pequena complexidade da recuperação dos microempresários e empresários de pequeno porte, a lei define que essa se operará, via de regra, pelo parcelamento das dívidas quirografárias existentes na data da distribuição do pedido, segundo o previsto no Plano Especial.

As obrigações sujeitas ao Plano Especial poderão ser pagas em até 36 parcelas mensais, iguais e sucessivas, vencendo-se a primeira em 180 dias da data da distribuição do pedido de recuperação judicial. O número exato de parcelas será definido na proposta que o microempresário ou empresário de pequeno porte apresenta com o pedido de recuperação judicial. O parcelamento estabelecido na lei diz respeito apenas ao passivo quirografário. As dívidas trabalhistas e fiscais do microempresário e do empresário de pequeno porte não se submetem aos efeitos da recuperação e devem ser honradas segundo o disposto na legislação tributária específica.

Como dito, o procedimento da recuperação judicial da microempresa ou empresa de pequeno porte é bastante simplificado. A assembleia geral dos credores, por exemplo, não será convocada para deliberar sobre o Plano Especial, cabendo sua aprovação ou rejeição exclusivamente ao juiz.

Inicia-se o processo com a petição do devedor expondo as razões da crise e apresenta proposta de renegociação do passivo, dentro das balizas legais acima indicadas. Na expressiva maioria das vezes, a proposta é apresentada pela hipótese mais favorável ao devedor proponente, quer dizer, contemplando a divisão do passivo civil em 36 parcelas. Apresentado e recebido o pedido de recuperação judicial, o

juiz já decide de pronto, homologando a proposta apresentada pelo microempresário ou empresário de pequeno porte ou decretando sua falência. Há, também, a alternativa de determinar a retificação do Plano Especial, quando desconforme com os parâmetros da lei, hipótese em que a decretação da falência caberá quando desobedecida ou não atendida a determinação.

Cabe aos credores eventualmente interessados a iniciativa de suscitar em juízo suas objeções. Em sendo suscitada objeção — cujo conteúdo só pode versar sobre a adequação da proposta à lei —, o juiz determinará ao requerente que se manifeste, oportunidade em que poderá ser superado o desentendimento, mediante revisão da proposta por acordo entre as partes. Se, porém, a microempresa ou empresa de pequeno porte devedora questionar a manifestação do credor e insistir na proposta inicial, o juiz decidirá o conflito, determinando seu aditamento ou homologando-a.

Com a sentença de homologação da proposta de parcelamento, operam-se os efeitos do benefício, como a suspensão das ações e execuções e a novação das obrigações compreendidas no Plano Especial.

6. CONVOLAÇÃO EM FALÊNCIA

Dá-se a convolação da recuperação judicial em falência em quatro hipóteses: *a*) deliberação dos credores reunidos em assembleia, pelo voto da maioria simples do plenário, quando a situação de crise econômica, financeira ou patrimonial da sociedade devedora é de suma gravidade e que não há sentido em qualquer esforço de reorganização; *b*) não apresentação do plano pelo devedor no prazo, que não pode ser prorrogado; *c*) rejeição do plano pela assembleia dos credores; *d*) descumprimento do plano de recuperação.

Convolada a recuperação judicial em falência, por qualquer razão, os credores quirografários *posteriores* à distribuição do pedido serão reclassificados como credores extraconcursais (LF, art. 67, *caput*). Já os quirografários *anteriores* à recuperação judicial serão reclassificados como privilegiados, desde que tenham continuado a conceder crédito à empresa em dificuldade (LF, art. 67, § 1º). O objetivo dessas reclassificações é estimular os agentes econômicos (principalmente os fornecedores de insumo e crédito) a continuar atendendo à demanda por crédito proveniente da empresa em recuperação judicial, apesar do agravamento do risco.

CAPÍTULO 30

RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

1. REQUISITOS DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Muitas vezes pode ocorrer de a recuperação judicial depender da revisão de determinados créditos, cujos titulares resistem a qualquer proposta de renegociação. Se esses credores representam uma minoria do passivo da empresa em crise, não é justo que se frustre a recuperação pela falta do apoio deles. A recuperação representa a possibilidade de todos os credores virem a receber seus créditos, em razão do sacrifício que eles (ou parte deles) concordam em suportar. Não se justifica o comprometimento dessa possibilidade por força da negativa de uma parcela minoritária dos credores em aderir ao plano de recuperação. Para evitá-lo, a lei prevê que o plano de recuperação extrajudicial apoiado pela maioria dos credores atingidos pode ter seus efeitos estendidos aos demais, mesmo contra a vontade desses (hipótese em que a homologação judicial é *obrigatória*).

Para simplesmente procurar seus credores (ou parte deles) e tentar encontrar, em conjunto com eles, uma saída negociada para a crise, o empresário não precisa atender a nenhum dos requisitos da lei para a recuperação extrajudicial. Estando todos os envolvidos de acordo, assinam os ins-

trumentos de novação ou renegociação e assumem, por livre manifestação da vontade, obrigações cujo cumprimento espera-se proporcione o reerguimento do devedor. Quando a lei estabelece requisitos para a recuperação extrajudicial, ela está se referindo apenas ao devedor que pretende, oportunamente, levar o acordo à homologação judicial. Se essa não é necessária (porque todos os atingidos aderiram ao plano) nem conveniente (porque não tem interesse o devedor em arcar com as despesas do processo), é irrelevante o preenchimento ou não das condições legalmente referidas.

Os requisitos legais para a homologação do plano de recuperação extrajudicial são de duas ordens: subjetivos (dizem respeito à sociedade empresária requerente) e objetivos (são pertinentes ao plano submetido à homologação).

Assim, o devedor que precisa ou pretende requerer a homologação da recuperação extrajudicial deve preencher os seguintes requisitos: *a*) atender às mesmas condições estabelecidas pela lei para o acesso à recuperação judicial, a saber; *b*) não se encontrar em tramitação nenhum pedido de recuperação judicial dele (LF, art. 161, § 3º, primeira parte); *c*) não lhe ter sido concedida, há menos de 2 anos, recuperação judicial ou extrajudicial (art. 161, § 3º, segunda parte).

De outro lado, são cinco os requisitos objetivos: *a*) não pode ser previsto no plano o pagamento antecipado de nenhuma dívida (LF, art. 161, § 2º, primeira parte); *b*) todos os credores sujeitos ao plano devem receber tratamento paritário, vedado o favorecimento de alguns ou o desfavorecimento apenas de parte deles (art. 161, § 2º, segunda parte); *c*) o plano não pode abranger senão os créditos constituídos até a data do pedido de homologação (art. 163, § 1º, *in fine*); *d*) do plano só pode constar a alienação de bem gravado ou a supressão ou substituição de garantia real se com a medida concordar expressamente o credor garantido (hipotecário,

pignoratício etc.) (art. 163, § 4º); *e*) o plano de recuperação não pode estabelecer o afastamento da variação cambial nos créditos em moeda estrangeira sem contar com a anuência expressa do respectivo credor (art. 163, § 5º).

2. HOMOLOGAÇÃO FACULTATIVA

Na lei, há duas hipóteses distintas de homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial. A primeira, que denomino *facultativa*, é a homologação do plano que conta com a adesão da totalidade dos credores atingidos pelas medidas nele previstas. Dela cuida o art. 162 da LF. Quando todos os credores cujos créditos são alcançados pelo plano (isto é, nele altera-se seu valor, vencimento, condições de pagamento, garantias etc.) aderiram a ele, a homologação judicial não é obrigatória para a sua implementação. Se o plano de recuperação extrajudicial ostenta a assinatura de todos os credores por ele atingidos, a homologação não é condição para os obrigar. Eles já se encontram obrigados nos termos do plano por força da adesão resultante de sua manifestação de vontade. O ato judicial não é necessário para que o crédito seja alterado em sua extensão ou condições.

Dois são os motivos que podem justificar a homologação facultativa. O primeiro é revestir o ato de maior solenidade, para chamar a atenção das partes para a sua importância. O segundo é possibilitar a alienação por hasta judicial de filiais ou unidades produtivas isoladas, quando prevista a medida (LF, art. 166).

Ao requerer a homologação facultativa, o devedor deve instruir o pedido com a justificativa do pleito e o instrumento de recuperação extrajudicial (plano, acordo, termo etc.) assinado por todos os credores aderentes. Após receber a petição inicial devidamente instruída, o juiz determina a

publicação de edital convocando os credores a apresentarem eventuais impugnações. O prazo para impugnar o plano de recuperação extrajudicial é de 30 dias, seguintes à publicação do edital. Nos mesmos 30 dias, o devedor requerente deve provar que comunicou, por carta, todos os credores sujeitos ao plano, domiciliados ou sediados no Brasil, informando-lhes a distribuição do pedido de homologação extrajudicial, as condições do plano apresentado e o prazo para a impugnação.

Processada a impugnação, se houver, o juiz decide o pedido, homologando o plano de recuperação extrajudicial ou denegando a homologação.

3. HOMOLOGAÇÃO OBRIGATÓRIA

Ao lado da homologação facultativa do plano de recuperação extrajudicial ao qual aderiram todos os credores alcançados por seus termos (art. 162), prevê a lei também a homologação obrigatória. Trata-se, agora, da hipótese em que o devedor conseguiu obter a adesão de parte significativa dos seus credores ao plano de recuperação, mas uma pequena minoria destes resiste a suportar suas consequências. Nesse caso, é injusto que a oportunidade de reerguimento da empresa do devedor se perca em razão da recusa de adesão ao plano por parte de parcela minoritária dos credores. Com a homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial, estendem-se os efeitos do plano aos minoritários nele referidos, suprindo-se desse modo a necessidade de sua adesão voluntária.

Para ser homologado com base no art. 163, o plano de recuperação extrajudicial deve ostentar a assinatura de pelo menos 3/5 de todos os créditos de cada *espécie* por ele abrangidos. Por "espécies" de crédito se deve entender, para

os fins de aplicação desse dispositivo, as classes referidas nos incisos II, IV, V, VI e VIII do art. 83, a saber: *a*) crédito com garantia real; *b*) crédito com privilégio especial; *c*) crédito com privilégio geral; *d*) crédito quirografário; *e*) crédito subordinado. São essas cinco as espécies de crédito a serem consideradas na recuperação extrajudicial. A adesão ao plano, para autorizar sua homologação obrigatória, deve ser de credores titulares de pelo menos 3/5 dos créditos com garantia real, de pelo menos 3/5 dos com privilégio especial, de pelo menos 3/5 dos com privilégio geral e assim por diante. Só têm relevância considerar, na aferição do elevado grau de adesão ao plano de recuperação extrajudicial, os créditos *alcançados* pelo plano (LF, art. 163, § 2º).

O processamento da homologação obrigatória é idêntico ao da facultativa, exceto no que diz respeito à instrução da petição inicial. Para o pedido de homologação facultativa, a lei estabeleceu instrução singela, consistente na justificativa e no plano. Não há mesmo sentido em exigir-se mais do devedor nessa hipótese, porque os efeitos da homologação facultativa são modestos. O plano conta com a adesão de todos os credores por ele alcançado, e a homologação não lhes afeta os direitos creditórios.

Contudo, a instrução do pedido de homologação obrigatória, em vista do maior alcance dos efeitos desta, deve ser mais complexa. Além da justificativa e do plano (com a assinatura da maioria aderente), deve o devedor apresentar em juízo: *a*) exposição de sua situação patrimonial; *b*) demonstrações contábeis relativas ao último exercício; *c*) demonstrações contábeis referentes ao período, desde o fim do último exercício e a data do plano, levantadas especialmente para o pedido; *d*) documento comprobatório da outorga do poder para novar ou transigir para os subscritores do plano em nome dos credores (por exemplo: ato de investidura do

administrador de sociedade empresária acompanhado do estatuto ou do contrato social, instrumento de procuração com poderes específicos etc.); *e*) relação nominal de todos os credores, com endereço, classificação e valor atualizado do crédito, além da origem, do vencimento e da remissão ao seu registro contábil (LF, art. 163, § 6º).

4. OS CREDORES NA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Alguns dos credores estão preservados da recuperação extrajudicial, mesmo a homologada judicialmente. A recuperação extrajudicial não altera minimamente os direitos dessas categorias de credores. São, por isso, sujeitos de direito que não podem renegociar os créditos que detêm perante a sociedade empresária por meio do expediente da recuperação extrajudicial. A renegociação só pode se fazer por regras próprias da disciplina legal do crédito em questão ou, quando inexistentes, pelas do direito das obrigações.

Os credores preservados da recuperação extrajudicial são: *a*) titulares de créditos derivados da relação empregatícia ou de acidente de trabalho; *b*) credor tributário; *c*) proprietário fiduciário, arrendador mercantil, vendedor ou promitente vendedor de imóvel por contrato irrevogável e vendedor titular de reserva de domínio; *d*) instituição financeira credora por adiantamento ao exportador (ACC).

Todos os demais credores estão expostos aos efeitos da recuperação extrajudicial homologada. Se o plano tiver obtido a adesão da maioria (60% do valor do passivo de cada espécie atingida), a extensão dos seus efeitos aos minoritários renitentes é consequência da homologação judicial.

Após a distribuição do pedido de homologação, o credor que tiver aderido ao plano de recuperação extrajudicial

não pode dele desistir, a menos que os demais signatários concordem. A anuência do devedor e de todos os credores é condição para a existência, validade e eficácia do arrependimento porque o plano de recuperação extrajudicial deve sempre ser considerado em sua integralidade. Se faltar qualquer um de seus elementos, é possível que o objetivo pretendido — a recuperação da empresa do devedor — não se alcance. Desse modo, como a adesão de cada credor é sempre feita no pressuposto de que todos os signatários, na forma prevista pelo plano, vão dar sua parcela de contribuição para a realização desse objetivo, a desistência de qualquer um deles compromete os interesses dos demais. Atenta a isso, a lei exige a concordância tanto do devedor como dos outros credores aderentes para que um desses últimos possa se liberar do previsto no plano.

CAPÍTULO 31

LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

1. INTRODUÇÃO

Na forma prevista pela Lei n. 6.024, de 1974, as instituições financeiras estão sujeitas a um regime de execução concursal de natureza *extrajudicial*. Esse regime não exclui, em caráter absoluto, a falência dos empresários dessa categoria, que, em determinadas hipóteses, pode ser decretada. Assim, se a instituição financeira não estiver sob liquidação extrajudicial ou sob intervenção decretada pelo Banco Central, ela poderá, nas mesmas condições previstas para os demais exercentes de atividade empresarial, ter a sua falência decretada judicialmente. Quando houver impontualidade injustificada ou prática de ato de falência de sua parte, poderão os seus credores requerer a decretação da quebra. Além disso, estando sob o regime de liquidação extrajudicial ou intervenção, o Banco Central deve, nos casos delineados pela lei (LILE, arts. 21, *b*, e 12, *d*), autorizar o oferecimento de pedido judicial da falência da instituição, que será feito, respectivamente, pelo liquidante ou pelo interventor.

Convivem, dessa forma, os dois regimes. A execução concursal do patrimônio da instituição financeira devedora será feita, conforme o caso, ou pela falência, segundo os

preceitos da respectiva lei, ou pela liquidação extrajudicial. Não há, conforme alguns doutrinadores pretenderam inicialmente, qualquer inconstitucionalidade nesta sistemática criada pelo legislador. Com efeito, a existência da liquidação extrajudicial não importa inobservância do preceito constitucional que impede à lei excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV), na medida em que os atos administrativos praticados, seja pelo Banco Central, seja pelos seus agentes, estão sujeitos ao controle jurisdicional.

A liquidação extrajudicial também não exclui a liquidação ordinária, disciplinada pelos arts. 208 a 218 da LSA. Este é o procedimento destinado à realização do ativo e pagamento do passivo da instituição financeira dissolvida de pleno direito ou por decisão judicial (LSA, art. 206, I e II), ao passo que a liquidação extrajudicial é modalidade de execução concursal.

As instituições financeiras federais não estão sujeitas à liquidação extrajudicial, uma vez que a União, na qualidade de controladora dessas sociedades, deve proceder à sua liquidação ordinária, sempre que entender conveniente o encerramento das atividades por elas desenvolvidas.

Por fim, registre-se que o mesmo regime de liquidação extrajudicial previsto para as instituições financeiras é também estendido às sociedades integrantes do sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários, às sociedades corretoras (LILE, art. 52), seguradoras, de capitalização, às entidades de previdência privada (Lei n. 10.190/2001, art. 3º) e às sociedades arrendadoras que tenham por objeto exclusivo a exploração de *leasing*.

2. A LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL

O Banco Central do Brasil é o órgão da administração indireta federal competente para a decretação da liquidação extrajudicial de instituições financeiras. Esta é modalidade de ato administrativo vinculado, de sorte que apenas nas hipóteses elencadas pela lei pode aquela autarquia decretá-la.

Entre as causas que autorizam a liquidação extrajudicial, é possível discernir dois grupos. Um deles está relacionado diretamente com os fundamentos da execução concursal (a justiça do tratamento paritário dos credores diante da insolvência patrimonial do devedor) e compreende as hipóteses das alíneas *a* e *c* do inc. I do art. 15 da LILE, ou seja, o comprometimento da situação econômica ou financeira, especialmente a impontualidade ou a prática de ato de falência, e prejuízo que sujeite os credores quirografários a um risco anormal. O outro grupo de causas autorizantes da liquidação extrajudicial representa não um expediente para o tratamento isonômico dos credores, mas, na verdade, uma sanção administrativa a cargo das autoridades monetárias. São deste grupo as causas das alíneas *b* e *d* do art. 15, I, da LILE, a saber: a violação grave das normas legais ou estatutárias ou das determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central, bem como o atraso superior a 90 dias para o início da liquidação ordinária, ou a sua morosidade, após a cassação da autorização para funcionar. Desta forma, a liquidação extrajudicial ganha um perfil ambíguo, podendo ser utilizada como medida de coibição às infrações dos administradores de uma instituição financeira, mesmo que esta se encontre absolutamente solvável.

A liquidação extrajudicial também pode ser decretada pelo Banco Central a pedido da própria instituição, representada pelos seus administradores devidamente autoriza-

dos pelo estatuto, ou pelo interventor, quando estiver aquela sob o regime de intervenção.

A decretação da liquidação extrajudicial importa a suspensão das ações e execuções judiciais existentes e na proibição de ajuizamento de novas ações (LILE, art. 18, *a*). Afasta-se, assim, a possibilidade de decretação da falência da instituição liquidanda. Por outro lado, há o vencimento antecipado e interrompe-se o curso da prescrição de todas as obrigações de que seja devedora a liquidanda (LILE, art. 18, *b* e *e*). Finalmente, o ato de decretação torna inexigível a cláusula penal dos contratos unilaterais antecipadamente vencidos, os juros posteriores à decretação, se não pago integralmente o passivo, bem como as penas pecuniárias por infração de leis penais ou administrativas (LILE, art. 18, *c*, *d* e *f*).

A correção monetária é devida sobre a totalidade das obrigações da instituição em liquidação (art. 1º do Dec.-lei n. 1.477, de 1976, com a redação do Dec.-lei n. 2.278, de 1985).

A liquidação extrajudicial é desenvolvida sob o comando do liquidante nomeado pelo Banco Central, a quem a lei reserva amplos poderes de administração. Trata-se do órgão da pessoa jurídica liquidanda responsável pela manifestação de sua vontade e, neste sentido, cabe-lhe verificar e classificar os créditos, contratar e demitir funcionários, fixar-lhes os vencimentos, outorgar e cassar mandato, representar a sociedade em juízo e, enfim, praticar todos os atos jurídicos em nome da entidade relacionados com a liquidação. Para ultimar os negócios pendentes ou para onerar ou alienar bens, necessita o liquidante de prévia e expressa autorização do Banco Central.

O liquidante é investido em suas funções por meio de um termo de posse lavrado no livro "diário" da instituição financeira, e deve, de imediato, proceder à arrecadação, por

termo, de todos os livros e documentos de interesse para a administração da massa e determinar o levantamento de balanço geral e inventário de todos os livros, documentos, dinheiro e bens.

Os administradores em exercício quando da decretação da liquidação devem assinar, também, o termo de arrecadação, o balanço geral e o inventário, cabendo-lhes, ainda, a prestação de informações gerais atinentes à administração, patrimônio e mandatos da instituição (LILE, art. 10).

Nos 60 dias seguintes à sua posse, o liquidante apresentará ao Banco Central um relatório contendo: *a*) exame da escrituração, da aplicação dos fundos e disponibilidade e da situação econômico-financeira da instituição; *b*) atos e omissões danosos eventualmente ocorridos, com a correspondente comprovação; *c*) adoção de medidas convenientes à liquidanda, devidamente justificadas (LILE, art. 11). O prazo para a entrega do relatório poderá ser prorrogado pelo Banco Central. Ao recebê-lo, este órgão autorizará ou a continuidade da liquidação ou o requerimento da falência. Esta última alternativa deve ser adotada se o ativo não for suficiente para o pagamento de, pelo menos, metade do passivo quirografário ou se houver indícios de crime falimentar (LILE, art. 21, *b*).

Autorizada a continuação da liquidação, o liquidante convocará os credores a habilitarem os seus créditos, fazendo-o por meio de um aviso no *Diário Oficial* da União e em jornal de grande circulação. Os credores por depósito ou por letras de câmbio de aceite da instituição financeira estão dispensados de habilitação. É o próprio liquidante que decide sobre a admissão e classificação dos créditos, cabendo desta decisão recurso ao Banco Central. Julgados os créditos, o liquidante organizará o quadro geral de credores, dando-lhe publicidade juntamente com o balanço geral. No pra-

zo de 10 dias, poderão os interessados oferecer impugnação a ser encaminhada e decidida pelo Banco Central. Quando este julgar os recursos e as impugnações, o liquidante publicará novamente o quadro geral, com as eventuais alterações. Os habilitantes que não se sentirem satisfeitos com a decisão administrativa poderão, nos 30 dias seguintes à publicação da versão definitiva do quadro geral de credores, dar continuidade às ações que se encontravam suspensas ou propor as que couberem. O liquidante, sendo cientificado da lide, reservará recursos para a eventualidade de reconhecimento judicial do crédito (LILE, art. 27).

A venda dos bens do ativo da instituição será feita por meio de licitação realizada pelo liquidante, sendo necessária a prévia e expressa autorização do Banco Central. A venda pode ser feita a qualquer tempo, independentemente do procedimento de verificação dos créditos (LILE, art. 16, § 1º). A realização do ativo por forma diversa só é cabível no resguardo da economia pública, da poupança privada ou da segurança nacional, mediante prévia e expressa autorização do Banco Central (LILE, art. 31).

À liquidação extrajudicial aplica-se subsidiariamente o disposto na Lei de Falências, equiparando-se o liquidante ao administrador judicial, e o Banco Central ao juiz (LILE, art. 34). Com base neste dispositivo, inclusive, é que se tem entendido como indispensável a intervenção do Ministério Público nas ações em que for parte ou interessada uma instituição financeira em liquidação. Por outro lado, os negócios praticados pela instituição passíveis de enquadramento nos arts. 52 e 53 da LF, que estabelecem a ineficácia dos atos de burla à lei frente aos credores, poderão ser objeto de ação revocatória a ser proposta pelo liquidante perante o juiz a quem caberia processar e julgar a falência da liquidante (LILE, art. 35).

3. REORGANIZAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

A liquidação extrajudicial determina a extinção da personalidade jurídica da instituição financeira e, quase sempre, importa a cessação da atividade econômica por ela desenvolvida, com prejuízos aos seus empregados, consumidores e à própria comunidade. Assim, quando possível, a liquidação deve ser evitada. Dentro deste contexto é que o legislador colocou à disposição das autoridades monetárias dois instrumentos que visam, precisamente, à reorganização da instituição financeira. São eles a intervenção, regulada nos arts. 2º a 14 da LILE, e o regime de administração especial temporária, de que cuida o Decreto-lei n. 2.321, de 1987. Ambos os instrumentos têm o mesmo objetivo, ou seja, possibilitar a recuperação econômico-financeira e a reorganização da instituição financeira, evitando-se a sua liquidação extrajudicial, com proveito para todos os que se relacionam, direta ou indiretamente, com ela.

Diferencia-se a intervenção do regime de administração especial temporária no tocante aos seguintes aspectos: *a*) quanto às causas que autorizam a sua decretação pelo Banco Central; *b*) quanto aos efeitos; *c*) quanto ao prazo de duração; *d*) quanto ao agente.

No tocante às causas autorizantes, dispõe o art. 2º da LILE que a intervenção pode ser decretada quando ocorrer prejuízo decorrente de má administração que sujeite os seus credores a risco (inc. I), ou infrações reiteradas à legislação bancária (inc. II), ou, ainda, impontualidade injustificada ou ato de falência, se for possível evitar-se a liquidação extrajudicial (inc. III). Já o regime de administração especial temporária pode ser decretado nestas três hipóteses e, mais, nas seguintes: existência de passivo a descoberto, gestão temerária ou fraudulenta, prática reiterada de operações contrárias às diretrizes de política econômica ou financeira tra-

çadas em lei e, finalmente, a desobediência às normas referentes à conta de reservas bancárias (Dec.-lei n. 2.321/87, art. 1º).

Como se percebe, no tocante a este critério de diferenciação, o regime de administração especial temporária é mais abrangente. Note-se, também, a utilização de instituto primordialmente destinado à recuperação econômica e financeira da entidade devedora como uma medida sancionadora pelo descumprimento de normas administrativas.

Referentemente aos efeitos, a intervenção produz a suspensão da exigibilidade das obrigações vencidas e da fluência do prazo das vincendas contraídas antes de sua decretação, bem como a inexigibilidade dos depósitos (LILE, art. 6º). Nenhum dos credores existentes na data da intervenção poderá, portanto, exigir o seu crédito, devendo aguardar o término desta ou eventual decisão do Banco Central. Não poderá, por outro lado, requerer a falência da instituição financeira. Os credores posteriores à intervenção, por seu turno, podem exercer os direitos emergentes do título que possuírem. Pode-se falar, assim, em duas categorias de credores: os sujeitos e os não sujeitos aos efeitos da intervenção. Dela decorre também a suspensão do mandato dos administradores, membros do Conselho Fiscal e demais órgãos estatutários (LILE, art. 50).

Por sua vez, o regime de administração especial temporária não afeta o curso regular dos negócios nem o normal funcionamento da instituição financeira, reduzindo-se os seus efeitos à perda do mandato dos administradores e membros do Conselho Fiscal (Dec.-lei n. 2.321/87, art. 2º). Os credores, incluindo aqueles por contrato de depósito, exercem os respectivos direitos sem qualquer limitação, podendo ajuizar ações e execuções judiciais, ou, mesmo, requerer a falência da entidade devedora.

Estas diferenças é que devem servir de critério para a autoridade administrativa optar pela intervenção ou pela decretação do regime de administração especial temporária. Por vezes, a recuperação e reorganização da entidade financeira pode e deve ocorrer sem maiores gravames para os seus credores, não se justificando, nesta hipótese, a intervenção.

Em relação à diferença pertinente ao prazo de duração, prevê a lei que a intervenção não será superior a 6 meses, podendo ser prorrogada, uma única vez, por até 6 meses (LILE, art. 4º), enquanto o regime de administração especial temporária tem o prazo determinado pela autoridade administrativa, podendo ser prorrogado por período não superior, *se absolutamente necessário* (Dec.-lei n. 2.321/87, art. 1º, parágrafo único).

Por fim, a intervenção é executada por um interventor (LILE, art. 5º) e o regime de administração especial temporária por um conselho diretor (Dec.-lei n. 2.321/87, art. 3º). Ambos são nomeados pelo Banco Central, e, com o termo de posse lavrado nos livros da entidade, passam a exercer a representação legal desta, com plenos poderes de gestão. O número de membros do conselho diretor é definido em função do necessário à condução dos negócios sociais.

A intervenção e o regime de administração especial temporária cessam quando é decretada a falência ou a liquidação extrajudicial da instituição financeira, ou quando esta se reorganiza, inclusive por meio da cisão, fusão, incorporação, venda ou desapropriação do controle acionário, restabelecendo-se a normalidade de sua situação econômico-financeira.

4. RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES

O legislador estabeleceu em relação aos administradores das instituições financeiras um regime próprio de apura-

ção e efetivação de sua responsabilidade civil pelos danos experimentados pela sociedade anônima. A doutrina, por vezes, considera que o tratamento reservado pela lei aos administradores de instituições financeiras acaba por equipará-los aos acionistas diretores das sociedades em comandita por ações que, como é sabido, respondem subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações sociais referentes à sua gestão. Em outras ocasiões, os doutrinadores discutem se esta responsabilidade é objetiva, ou seja, independente da ocorrência de culpa ou dolo, ou subjetiva.

No meu modo de ver, no entanto, a questão não se coloca neste plano. Entendo que o administrador de uma instituição financeira tem, rigorosamente, a mesma responsabilidade que o legislador atribui ao administrador de qualquer outra sociedade anônima. Apenas se diferencia no que diz respeito aos mecanismos de sua apuração e efetivação. Além de especificidades nestas matérias de caráter adjetivo, nada há, substantivamente, que distinga a responsabilidade do administrador da instituição financeira perante a responsabilidade dos administradores das companhias em geral.

Em termos mais concretos, o administrador da instituição financeira responde pelos danos que ele causar à pessoa jurídica em decorrência do descumprimento dos deveres que a lei lhe reservou nos arts. 153 a 157 da LSA. Em síntese, responde pelos prejuízos decorrentes de má administração, e, portanto, tem a mesma responsabilidade que as demais pessoas a quem se atribui funções de administrador de patrimônio alheio, como ocorre, também, com o administrador judicial da massa falida, por exemplo.

Claro está que esta responsabilidade decorre de ato próprio dele, administrador. Não criou o legislador nenhuma outra figura de responsabilidade subsidiária. Por esta razão, a responsabilização do administrador de instituição fi-

nanceira encontra os seus limites no montante do prejuízo causado (LILE, art. 40, parágrafo único).

Assim, se em função de um ato, omissivo ou comissivo, de má administração, o administrador de uma instituição financeira causar danos à entidade, estará obrigado a indenizá-los. Encontra-se, desta forma, na mesmíssima situação do diretor de uma companhia com outro objeto social que, por administrá-la mal, acarreta dano à sociedade.

A diferença reside, como dito, nos instrumentos legais de apuração e efetivação da responsabilidade. Em uma companhia não financeira, se os acionistas concluem que um determinado administrador não está desenvolvendo a sua função com a competência necessária, devem substituí-lo pela forma apropriada e, em assembleia, deliberar pela sua responsabilização. Caberá aos demais administradores reunir os elementos comprobatórios daquele fato para a devida ação judicial de responsabilidade civil, podendo os acionistas, na forma da lei, atuar como substitutos processuais da sociedade.

Quando, no entanto, se trata de instituição financeira em liquidação extrajudicial, sob intervenção ou em regime de administração especial temporária, o legislador estabeleceu uma sistemática diversa para a apuração e efetivação da responsabilidade civil dos administradores. Inicialmente, esta sistemática prevê a instauração de um inquérito no âmbito do Banco Central para investigar se a pessoa jurídica financeira sofreu ou não prejuízo em decorrência de má administração e quais os responsáveis por esta. Prevê, também, a mesma sistemática que todos os bens dos administradores ficam indisponíveis a partir da decretação da intervenção, do regime de administração especial temporária ou da liquidação extrajudicial. Com determinações deste quilate, criou o legislador apenas um mecanismo que torna

mais eficaz a responsabilização dos administradores. Tanto é assim que tal garantia simplesmente desaparece se a ação judicial de responsabilidade civil não for proposta dentro do prazo fixado na lei. Mas apenas a garantia deixa de existir, permanecendo a possibilidade de se responsabilizar o administrador enquanto não prescrita a ação.

Se o inquérito instaurado pelo Banco Central concluir pela inexistência de prejuízo, ele será arquivado naquela autarquia, ou, se houver falência em curso, remetido ao juiz para apensamento aos autos deste processo. Se concluir pela existência de prejuízo, será remetido ao juiz competente de acordo com a legislação falimentar. Claro está que a conclusão do inquérito, por si só, não é suficiente para se condenar o administrador em indenizar a entidade. É necessária uma ação judicial de responsabilidade civil. Tendo em vista esta finalidade é que os autos do inquérito são encaminhados ao Ministério Público, a quem a lei atribui legitimidade ativa na hipótese. Contudo, se a ação não for proposta em 30 dias, o Ministério Público perde a iniciativa, e, se nenhum credor a propuser nos 15 dias seguintes, cessa a indisponibilidade dos bens do administrador. Ou seja, ele poderá, ainda, ser responsabilizado, mas bens de seu patrimônio somente serão atingidos em execução judicial após a ação de conhecimento. Além do mais, a sua responsabilização somente poderá ser promovida na forma prevista pela lei em relação aos administradores em geral (LSA, arts. 158 e 159).

Em princípio, a indisponibilidade dos bens atinge todas as pessoas que, nos 12 meses anteriores à decretação, se encontravam no exercício da função de administrador da instituição financeira, o que compreende os diretores e membros do Conselho de Administração. Para que os membros do Conselho Fiscal tenham os seus bens indisponíveis, também, é necessária a aprovação do Conselho Monetário

Nacional, por proposta do Banco Central (LILE, art. 36). Se o inquérito concluir pela responsabilização de administradores cujos bens não se encontram indisponíveis (é o caso daqueles que exerceram o cargo de diretor há mais de 12 meses antes da decretação), caberá ao Ministério Público requerer, em juízo, nos 8 dias seguintes ao recebimento daquele, o arresto dos respectivos bens. Também este se levanta se a ação de responsabilidade civil não for intentada no prazo da lei.

O controlador da instituição financeira responde solidariamente com o administrador, nos termos do art. 15 do Decreto-lei n. 2.321/87 e do art. 1º da Lei n. 9.447/97, nos casos de liquidação extrajudicial, intervenção ou regime de administração especial temporária. Aqui também não se trata de responsabilidade subsidiária e ilimitada por atos da sociedade, conforme podem, à primeira vista, dar a entender os dispositivos em questão. Com efeito, o controlador, independentemente de culpa ou dolo em relação ao *ato* danoso praticado pelo administrador, responde solidariamente pela respectiva indenização. O vínculo de solidariedade não aproxima o controlador e as obrigações sociais, mas este e o administrador responsável pelos atos danosos. Não é necessária a prova de que o controlador agiu com culpa ou dolo, mas é necessária a de que o administrador agiu assim, administrando mal a instituição; sem culpa ou dolo deste último, não responde nem ele, nem o controlador.

QUINTA PARTE

CONTRATOS MERCANTIS

CAPÍTULO 32

TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

1. CONTRATOS MERCANTIS

Na exploração da atividade empresarial a que se dedica, o empresário individual ou a sociedade empresária celebram vários contratos. Pode-se dizer que combinar os fatores de produção é contrair e executar obrigações nascidas principalmente de contratos. Lembrem-se os fatores: capital, insumos, mão de obra e tecnologia. Pois bem, investir capital pressupõe a celebração de contrato bancário, pelo menos o de depósito. Para obter insumos, é necessário contratar a aquisição de matéria-prima, eletricidade ou mercadorias para revender. Articular na empresa o trabalho significa contratar empregados (CLT), prestadores de serviços autônomos ou empresa de fornecimento de mão de obra (terceirizada). A aquisição ou criação de tecnologia faz-se por contratos industriais (licença ou cessão de patente, transferência de *know-how*). Além desses, para organizar o estabelecimento, por vezes o empresário loca o imóvel, faz *leasing* de veículos e equipamentos, acautela-se com seguro. Ao oferecer os bens ou serviços que produz ou circula, ele igualmente celebra contratos com consumidores ou outros empresários. Ao conceder crédito, normalmente negocia-o com bancos, mediante descontos ou *factoring*.

Os contratos que o empresário contrai podem estar sujeitos a cinco regimes jurídicos diferentes, no direito brasileiro: administrativo, do trabalho, do consumidor, civil e comercial. Dependendo de quem seja o outro contratante, as normas aplicáveis ao contrato serão diferentes.

Se o empresário contrata com o Poder Público ou concessionária de serviço público, o contrato é *administrativo* (por exemplo, se o fabricante de móveis vence licitação promovida por Prefeitura, para substituir o mobiliário de uma repartição, o contrato que vier a assinar será desta espécie). Se o outro contratante é empregado, na acepção legal do termo (CLT, art. 3º), o contrato é *do trabalho*. Se consumidor (ou empresário em situação análoga à de consumidor), a relação contratual está sujeita ao Código de Defesa do Consumidor. Se o contrato é celebrado entre empresários, o regime aplicável é o de direito comercial. Nas demais hipóteses, o contrato é *civil*, e está regido pelo Código Civil ou por legislação especial.

Os contratos são *mercantis*, assim, se os dois contratantes são empresários.

Os contratos mercantis podem estar sujeitos ao CC ou ao CDC, dependendo, um vez mais, das condições dos contratantes. Se os empresários são *iguais*, sob o ponto de vista de sua condição econômica (quer dizer, ambos podem contratar advogados e outros profissionais antes de assinarem o instrumento contratual, de forma que, ao fazê-lo, estão plenamente informados sobre a extensão dos direitos e obrigações contratados), o contrato mercantil está sujeito ao CC; se *desiguais* os contratantes (ou seja, um deles está em situação de vulnerabilidade econômica frente ao outro), o contrato mercantil será regido pelo CDC.

Quando o banco contrata com a construtora a edificação de sua sede, o contrato é empresarial sujeito ao CC, por-

que ambos os empresários negociam em pé de igualdade. Mas, quando o mesmo banco concede empréstimo a micro-empresário, o contrato empresarial está sujeito à legislação consumerista, já que este último se encontra em situação análoga à de consumidor. O mais adequado seria uma reforma legislativa que disciplinasse especificamente os contratos mercantis (entre empresários), classificando-os de acordo com as condições dos contratantes (iguais e desiguais) e reservando a cada tipo disciplina compatível com a tutela dos interesses objeto de contrato. Enquanto esta reforma não se realiza, aplica-se o Código Civil (ou legislação especial) aos contratos mercantis cíveis e o Código de Defesa do Consumidor aos mercantis sujeitos a este regime.

2. CONTRATOS E OBRIGAÇÕES

A doutrina costuma afirmar que os contratos são fontes de obrigações. Esta ideia é uma simples metáfora, e, sendo assim, pode no máximo auxiliar na compreensão do assunto, mas nunca conseguiria efetivamente explicá-lo. Para se entender a relação entre contrato e obrigação, é necessário partir-se da diferença entre, de um lado, o vínculo que une duas ou mais pessoas no sentido de as autorizar a exigirem determinada prestação umas das outras, e, de outro, o documento comprobatório da existência deste vínculo. É comum utilizar-se a expressão "contrato" para designar tanto o vínculo como o documento, o que gera alguma confusão. Para evitá-la, passarei a chamar de contrato apenas a relação entre as pessoas, valendo-me da expressão "instrumento" na referência ao seu documento comprobatório. Neste contexto, portanto, contrato é uma das modalidades de obrigação, ou seja, uma espécie de vínculo entre as pessoas, em virtude do qual são exigíveis prestações.

A obrigação é a consequência que o direito posto atribui a um determinado fato. Assim, quem aufere renda, por exemplo, fica obrigado a pagar o respectivo imposto; quem causa culposamente dano a uma pessoa, deve indenizá-la; quem adquire a cota não integralizada de uma sociedade limitada será responsável pelas dívidas sociais dentro de um certo limite. Entre os fatos que o direito recolhe para considerar como ensejadores de obrigação encontra-se a vontade humana. Se uma pessoa, por sua própria determinação, quer se obrigar perante outra em função, ou não, de uma contraprestação desta, o direito tem reconhecido eficácia a tal desejo, no sentido de pôr à disposição das partes o aparelho estatal de coerção com vistas a garantir a realização da vontade manifestada.

A existência e a extensão de uma obrigação dependem das disposições de direito positivo ou da vontade das pessoas diretamente interessadas. Quando são as normas jurídicas que definem, totalmente, a existência e a extensão do vínculo obrigacional, estamos diante de uma obrigação legal. Nesta categoria, encontram-se os tributos, a pensão alimentícia, a indenização por ato ilícito danoso, os benefícios previdenciários. Porém, quando a definição da existência ou da extensão da obrigação não se encontra exaurida na sua disciplina legal, reservando-se à vontade das pessoas diretamente envolvidas na relação a faculdade de participar desta definição, temos diante de nós uma categoria diversa de obrigação. Neste segundo conjunto de vínculos obrigacionais, encontra-se o contrato, ao lado das obrigações de caráter institucional (casamento, constituição de sociedade por ações, instituição de fundação etc.). Estes dois tipos de obrigações (contratuais e institucionais) diferenciam-se pelo regime jurídico de sua constituição e dissolução.

Se a existência e a extensão da relação obrigacional dependem, exclusivamente, da vontade das pessoas, inexistindo norma jurídica que reconheça eficácia a esta, então o vínculo representa uma simples obrigação natural, como a dívida de jogo, o dízimo para entidades religiosas ou a contribuição para obras assistenciais. Tais vínculos não têm caráter jurídico, mas apenas moral.

Em suma, pode-se situar o contrato no conjunto dos vínculos obrigacionais em que a existência e a extensão da obrigação, que certa pessoa tem de dar, fazer ou não fazer algo para outra, são definidas em parte pela lei e em parte pela vontade dela mesma. O contrato é uma espécie deste gênero de obrigação. Sempre houve uma determinada disciplina normativa dos contratos. Na Antiguidade Clássica, o direito romano reconhecia validade aos contratos reais se tivessem sido contraídos com a observância de um ritual realizado com o uso de uma balança. Na Idade Média, os instrumentos de certos tipos de contrato deveriam conter a chancela de uma autoridade feudal. Mesmo no mercantilismo, ao contrário do que costumava pregar o liberalismo clássico, nunca existiu uma absoluta liberdade de contratar, tendo o estado disciplinado normativamente o contrato desde o início. É certo que esta disciplina tem crescido progressivamente, ainda mais no capitalismo dos nossos dias. Com efeito, não apenas o estado cada vez mais define previamente o conteúdo de determinadas cláusulas contratuais, como, por vezes, torna obrigatório o contrato ou estabelece preços, condições de pagamento etc. A título de exemplo, podem ser invocados os contratos bancários, que não podem ignorar um extraordinário conjunto de regras fixadas pelas autoridades monetárias. A predefinição da existência e da extensão do vínculo em algumas hipóteses é de tal forma exaurida pelas normas jurídicas em vigor, que não resta qualquer margem de atuação para a vontade das partes. Nestes casos,

como o do chamado seguro obrigatório, cuja contratação é imposta a todo o proprietário de veículo automotor, rigorosamente não se cuida de uma obrigação contratual, mas legal. Para que haja contrato, é indispensável uma participação da vontade do devedor, ainda que mínima, no que se refere às definições atinentes à existência e à extensão do seu dever.

3. CONSTITUIÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL

Dois princípios regem a constituição do vínculo contratual: o do consensualismo e o da relatividade.

Pelo princípio do consensualismo, um contrato se constitui, via de regra, pelo encontro das vontades manifestadas pelas partes, não sendo necessária mais nenhuma outra condição. Há, no entanto, algumas exceções a este primado, isto é, determinados tipos de contrato que exigem, para a sua formação, além da convergência da vontade das partes, também algum outro elemento. De um lado, existem os contratos *reais*, como o mútuo ou o depósito, que se constituem somente com a entrega da coisa objeto da avença. De outro, há os contratos *solenes*, em relação aos quais o direito condiciona a constituição à elaboração de um certo instrumento contratual, como, por exemplo, a constituição de renda (CC, art. 807). É claro que anteriormente à constituição do vínculo contratual inexiste qualquer dever juridicamente tutelado, e daí a importância de se caracterizar um contrato como consensual, real ou solene.

Não há mais, no direito brasileiro, contratos mercantis solenes. De fato, não é compatível com a dinâmica da atividade empresarial submeter a constituição de vínculos contratuais a determinadas formalidades específicas. Há, note-se, contratos do interesse de empresários que exigem a for-

ma escrita para ostentar plena eficácia. É o caso da licença de marca, seguro e outros. Mas a exigência da forma escrita para a plena eficácia das obrigações contratadas não se confunde com o requisito da solenidade para a constituição do contrato.

Os contratos mercantis, em suma, podem ser consensuais ou reais. Assim, em termos gerais os contratos entre empresários estão constituídos (perfeitos e acabados) assim que se verifica o encontro de vontade das pessoas participantes do vínculo. Aquela que toma a iniciativa da constituição do contrato chama-se proponente ou policitante, e a sua manifestação de vontade é a proposta. Já a destinatária da proposta, por sua vez, chama-se oblato ou aceitante, e a manifestação de vontade desta última é denominada aceitação. A doutrina classifica as declarações de vontade em tácitas ou expressas, mencionando que estas, por sua vez, podem ser orais, escritas ou simbólicas. Quando a lei não exigir a manifestação expressa, ela poderá ser tácita. Observada, portanto, esta regra, o proponente e o aceitante podem manifestar a sua vontade pelos muitos meios de comunicação já desenvolvidos pelo homem, desde a mímica mais rudimentar até o mais sofisticado aparelho de transmissão eletrônica de dados.

Ao elaborar a sua proposta, o proponente fica obrigado pelos seus termos, salvo as exceções da lei (CC, art. 427). Esta obrigação cessa apenas nas seguintes hipóteses: *a*) quando a proposta é dirigida a pessoa presente, sem a fixação de prazo para a resposta, a falta de aceitação imediata desobriga o proponente (CC, art. 428, I); *b*) se feita a pessoa ausente, sem prazo, o proponente não mais estará obrigado se transcorrer prazo suficiente para a resposta, sem a manifestação do oblato (CC, art. 428, II); *c*) no caso da proposta elaborada com a fixação de prazo para a resposta, a fluência

deste sem aceitação desobriga o proponente (CC, art. 428, III); *d*) arrependendo-se o proponente, estará desobrigado se transmitir ao oblato, anterior ou concomitantemente à proposta, a sua retratação (CC, art. 428, IV); *e*) finalmente, em qualquer caso, se o oblato manifestar a sua recusa em aceitar os termos da proposta.

Uma aceitação absolutamente concorde com a proposta, manifestada em tempo hábil, obriga o aceitante. Já aquela aceitação que introduz alterações nos termos da proposta ou é manifestada a destempo deverá ser tratada como uma nova proposta.

Pelo princípio da relatividade, o contrato gera efeitos apenas entre as partes por ele vinculadas, não criando, em regra, direitos ou deveres para pessoas estranhas à relação. Aqui também há algumas exceções, como o seguro de vida ou a estipulação em favor de terceiro, que são contratos constitutivos de crédito em benefício de pessoa não participante do acordo. Além deste aspecto atinente aos sujeitos atingidos pelo contrato, menciona a doutrina um aspecto objetivo no princípio da relatividade, pelo qual o contrato não alcança bens estranhos ao seu objeto.

Uma discussão bastante interessante, no exame do princípio da relatividade, diz respeito àquelas situações aparentes, que iludem contratantes de boa-fé. Imagine-se um comerciante que, no decorrer de alguns anos, tivesse mantido reiteradas negociações com um certo atacadista por meio de um representante deste. Rompido o vínculo de representação, sem o conhecimento do comerciante, os negócios posteriormente realizados por meio do antigo representante vincularão o atacadista. É o que propõe a teoria da aparência, segundo a qual uma situação aparente pode gerar obrigações para terceiros quando o contratante, de boa-fé, tinha razões efetivas para tomá-la por real. Esta teoria é mais co-

mumente aplicada nas hipóteses de excesso de mandato, continuação de fato de mandato findo, inobservância de diretrizes do representado pelo representante etc. Orlando Gomes admite, até, a responsabilização do empresário por atos praticados por falso representante, quando a aparência de direito poderia enganar um contratante médio.

Quando o contrato se insere no âmbito da tutela do consumidor, o princípio da relatividade também tem a sua pertinência ressalvada em alguns casos, pois se admite a reclamação contra o fabricante do produto viciado, embora a relação contratual de compra e venda tenha se estabelecido na verdade entre o consumidor e um comerciante.

4. FORÇA OBRIGATÓRIA DO CONTRATO

Ao se vincularem por um contrato, as partes assumem obrigações, podendo uma exigir da outra a prestação prometida. Esta é a regra geral, sintetizada pela cláusula *pacta sunt servanda*, implícita em todas as avenças. Em outros termos, a ninguém é possível liberar-se, por sua própria e exclusiva vontade, de uma obrigação assumida em contrato. Se o vínculo nasceu de um encontro de vontades, ele somente poderá ser desfeito por desejo de todas as pessoas envolvidas na sua constituição (ressalvadas as hipóteses de desconstituição por fatores externos à manifestação volitiva). Isto significa, especificamente, que todos os contratos têm, implícitas, as cláusulas de irretratabilidade e de intangibilidade. Pela primeira, afasta-se a possibilidade de dissolução total do vínculo por simples vontade de uma das partes; pela outra, revela-se impossível a alteração unilateral das condições, prazos, valores e demais cláusulas contratadas.

A cláusula *pacta sunt servanda*, no entanto, não tem aplicação absoluta, posto que se encontra limitada por uma

outra cláusula, também implícita em certos contratos, que possibilita a sua revisão diante de alterações econômicas substanciais que surpreendem uma das partes contratantes durante a execução do avençado. Trata-se da cláusula *rebus sic stantibus*, que sintetiza a teoria da imprevisão.

Segundo esta cláusula, se uma das partes contratantes tiver a sua situação econômica alterada em virtude de fatores imprevisíveis e independentes de sua vontade, e em função desta alteração o cumprimento do contratado acabar se revelando excessivamente oneroso para ela, então será possível a revisão das condições em que o contrato foi estabelecido.

A cláusula *rebus sic stantibus* é implícita apenas nos contratos comutativos, ou seja, naqueles em que há equilíbrio entre a vantagem auferida e a prestação dada por cada uma das partes. Nos contratos aleatórios, os contratantes assumem o risco de ganhar ou perder, já que inexiste um tal equilíbrio. Note-se que a distinção entre estas duas categorias de contrato não toma por base a comparação entre as obrigações das partes, que não precisam ser equivalentes em nenhuma hipótese. Leva-se em conta, isto sim, o equilíbrio entre o benefício perseguido e a prestação devida, sob o ponto de vista de cada contratante isoladamente considerado. O contrato, também, deve ser de execução diferida ou sucessiva, ou seja, nos contratos de execução imediata não há, como nos aleatórios, implícita a cláusula de revisão.

Para a aplicação da teoria da imprevisão, é necessário que as condições econômicas de uma das partes, ao tempo do cumprimento do contrato, sejam substancialmente diversas daquelas existentes quando da sua celebração. A alteração das condições econômicas, por sua vez, não poderia ter sido razoavelmente antevista, ou seja, é imprescindível a sua imprevisibilidade. Finalmente, o cumprimento do contrato, na nova situação econômica, deve revelar-se excessivamen-

te oneroso para uma das partes e, em consequência, exageradamente benéfico para a outra, de tal modo que aquela não teria assumido a obrigação contratual caso pudesse ter previsto a mudança de sua condição.

Alguns autores, ainda, entendem que a revisão só pode ser obtida por aquele contratante que, agindo em inequívoca boa-fé, se socorre do Judiciário antes do vencimento de sua obrigação.

O contrato, portanto, tem força obrigatória. Quem expressa a sua vontade de assumir uma obrigação perante outra pessoa fica responsável pelos termos de sua manifestação. Há, contudo, duas hipóteses em que a força vinculativa do contrato suspende-se, ou seja, ele deixa temporariamente de ter força obrigatória. Em primeiro lugar, a própria convergência de vontades constitutiva do vínculo pode sustar, pelo prazo e nas condições estabelecidas de comum acordo, o cumprimento do contrato. Outra hipótese de suspensão do vínculo contratual é a ocorrência de caso fortuito ou força maior. Claro que se cuida, aqui, daquelas situações imprevisíveis que não comprometem definitivamente o cumprimento do contrato, mas apenas o postergam. Se houvesse a impossibilidade cabal de execução do prometido contratualmente, então o caso fortuito ou a força maior teriam dado ensejo à resolução do contrato e não à sua suspensão.

Por fim, no tocante à força obrigatória, é necessário mencionar-se que os contratos bilaterais contêm, implícita, a cláusula da *exceptio non adimpleti contractus*, pela qual uma parte não pode exigir o cumprimento do contrato pela outra, se estiver em mora em relação à sua própria prestação. Ainda em relação aos contratos bilaterais, destaque-se que a parte, à qual incumbe cumprir o objeto da avença em primeiro lugar, pode exigir da outra a prestação prometida, ou garantias, *se* tiver ocorrido uma diminuição no patrimô-

nio desta última capaz de comprometer a execução do contrato (CC, art. 477).

5. DESCONSTITUIÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL

Sendo o contrato uma espécie de vínculo obrigacional, todas as causas extintivas de obrigações dão ensejo à sua desconstituição. Assim, a prescrição, a confusão, a compensação etc. causam o desfazimento da relação contratual. Fora estas causas, a desconstituição do contrato pode também decorrer da invalidação ou da dissolução do vínculo.

A invalidação de um contrato ocorre em função de causas anteriores ou contemporâneas à constituição, a saber, a incapacidade das partes, a ilicitude do objeto, a inidoneidade da forma ou vício de consentimento ou social (erro, dolo, simulação etc.). Pode verificar-se, de acordo com a causa operante, uma hipótese de nulidade ou anulabilidade do contrato. Uma e outra atingem a própria validade do negócio jurídico praticado, e, por isso, as partes devem retornar à situação em que se encontravam anteriormente ao contrato.

Já a dissolução está relacionada com causas posteriores à constituição do contrato, ou seja, a inexecução e a vontade das partes. Na primeira hipótese, tem-se resolução, e, na segunda, resilição do contrato.

A resolução resulta do não cumprimento das obrigações assumidas por uma das partes, seja em decorrência de ação ou omissão a ela imputável (resolução voluntária ou culposa), seja em função de fatores externos à atuação do contratante que impossibilitam a execução do contrato, como, por exemplo, o caso fortuito, a força maior ou a insolvência (resolução involuntária). Nos contratos bilaterais, existe a cláusula resolutiva tácita, pela qual o descumpri-

mento de uma obrigação por um dos contratantes autoriza o outro a requerer em juízo a dissolução do vínculo.

Com a resolução, as partes retornam à situação jurídica anterior ao contrato, já que esta forma de dissolução opera efeitos retroativos. Neste sentido, as partes terão direito de pleitear a restituição do que entregaram no cumprimento de suas obrigações contratuais. Além disto, será devida indenização por perdas e danos nas hipóteses de inexecução voluntária (CC, art. 475). O valor da indenização pode ser previamente acordado entre as partes, por meio da estipulação de uma cláusula penal compensatória, que dispensa o prejudicado de promover a prova da extensão dos danos sofridos. Em regra, a pena compensatória não poderá ser superior ao valor do contrato (CC, art. 412).

O outro modo de dissolução é a resilição, motivada pela vontade das partes. Em geral, somente se dissolve o vínculo contratual mediante um acordo bilateral. Admite-se a resilição unilateral, chamada de denúncia, apenas se o próprio instrumento contratual contiver cláusula autorizando-a ou se decorrer da essência do contrato, como no caso do mandato.

Na resilição bilateral, as consequências serão as contratadas pelas partes, que têm ampla liberdade para dispor sobre como se dará a composição dos interesses. Já a resilição unilateral, quando admitida, não opera efeitos retroativos. Às partes cabe apenas solucionar as eventuais pendências (por exemplo: o mandante deve pagar as comissões devidas ao mandatário), e, se previsto na cláusula de arrependimento, pagar a multa penitencial.

Costuma-se empregar o termo "rescisão" como equivalente a "dissolução" do contrato — embora alguma doutrina manifeste reservas em relação a isto, referindo-se à rescisão como uma forma específica de dissolução (a derivada de *lesão* — art. 157 do CC).

CAPÍTULO 33

COMPRA E VENDA MERCANTIL

1. NATUREZA MERCANTIL DA COMPRA E VENDA

A compra e venda é mercantil quando comprador e vendedor são empresários. Trata-se do contrato elementar da atividade empresarial. Numa esquematização simples, o comércio pode ser explicado como a sucessão de contratos de compra e venda. O importador compra o produto do fabricante sediado no exterior e o revende ao atacadista, que o revende ao varejista e assim por diante.

Muitas vezes convém a dois empresários entabularem negociações de cunho geral, com o objetivo de agilizar e facilitar os negócios. O supermercado pode contratar com o atacadista de laticínios a aquisição destas mercadorias por um ano, fixando as condições básicas para o conjunto de contratos de compra e venda que celebrarão naquele período (por exemplo: quantidade, preço, locais de entrega). Neste caso, costuma-se chamar o negócio acertado entre os empresários de *contrato de fornecimento*. Note-se que não há, na relação interempresarial correspondente ao fornecimento, nada mais que uma série de contratos de compra e venda, cujas cláusulas foram negociadas em termos gerais, para facilitar a administração dos negócios de cada contratante. O contrato de fornecimento não configura, este é o ponto, mo-

dalidade de colaboração (que será examinado no capítulo seguinte).

A compra e venda mercantil é, na maioria das vezes, contrato sujeito às normas do Código Civil. Por ser contrato entre empresários, porém, sujeita-se a regime específico em caso de falência (item 4). Eventualmente, pode-se configurar, na relação contratual entre empresário-comprador e empresário-vendedor, uma compra e venda sujeita ao CDC. Será este o caso se o empresário-comprador for consumidor, na acepção legal do termo (destinatário final da mercadoria ou serviço oferecido pelo outro — ver *Cap. 8*, item 3), ou estiver em condição análoga à de consumidor (vulnerável).

2. FORMAÇÃO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA MERCANTIL

A compra e venda mercantil é um contrato consensual, ou seja, para a sua constituição é suficiente o encontro de vontades do comprador e do vendedor. Basta que eles se entendam quanto à coisa e ao preço para que o vínculo contratual se aperfeiçoe.

No tocante à coisa, pode tratar-se de bem de qualquer espécie, imóvel, móvel ou semovente. Eles poderão ser corpóreos ou incorpóreos, repelindo-se apenas a venda dos considerados fora do comércio, ou seja, os insuscetíveis de apropriação e os legalmente inalienáveis. Além disto, a coisa pode ser própria ou alheia, sendo bastante usual no comércio a venda de bens que o vendedor ainda não adquiriu, mas deverá fazê-lo, em razão da atividade econômica por ele exercida.

Em relação ao preço, registre-se que este deverá ser pago em dinheiro. Caso contrário, cuidar-se-á de um contra-

to de troca e não de compra e venda. Deverá ser previsto o pagamento em moeda corrente nacional, em regra, posto que o direito brasileiro só admite o pagamento de uma compra e venda em moeda estrangeira quando se trata de importação ou exportação (Dec.-lei n. 857/69, art. 2º, I).

A regra geral para a fixação do preço é a da plena liberdade das partes, em perfeito ajuste com o regime econômico de perfil neoliberal estabelecido pela Constituição. Para o combate à inflação, contudo, já se editaram leis estabelecendo tabelamento, controle ou congelamento de alguns preços, sendo que tais normas não tiveram a sua constitucionalidade questionada. De fato, o regime econômico adotado não consagra um liberalismo puro e absoluto, revelando-se, portanto, válida a disposição legal que suste, temporariamente, a vigência da regra da liberdade de fixação dos preços em função de uma política de combate à inflação.

Observados, assim, tais limites jurídicos, os empresários celebram contrato de compra e venda mercantil quando entram em acordo relativamente à coisa e ao preço. A execução do contratado pode, no entanto, estar subordinada ao implemento de uma condição. É possível, por exemplo, condicionar-se a venda à aprovação do comprador quanto à qualidade do bem. São as chamadas vendas a contento, usuais no ramo de bebidas ou vestuário. Outra possibilidade é a de se estipular a entrega da coisa vendida em determinado lugar e prazo, sob pena de resolução da avença. Ou, então, a previsão da cláusula de retrovenda, pela qual a vontade do vendedor de readquirir o bem, manifestada em certo prazo, opera como condição resolutiva da compra e venda.

Em relação à execução, a compra e venda pode ser imediata, diferida ou continuada. Na primeira hipótese, as partes devem cumprir as obrigações assumidas logo após a conclusão do contrato. Na segunda, comprador e vendedor

estabelecem uma data futura para o cumprimento das respectivas obrigações, como na compra e venda a termo, muito comum nas Bolsas de valores ou de mercadorias. Na terceira, têm-se as chamadas vendas complexas, em que a execução do contratado se desdobra em diversos atos, como, por exemplo, no contrato de fornecimento ou de assinatura.

3. OBRIGAÇÕES DAS PARTES

Celebrado o contrato de compra e venda mercantil, o comprador assume a obrigação de pagar o preço e o vendedor a de transferir o domínio, ou seja, proceder à entrega da coisa no prazo. Se o primeiro não cumpre a sua parte na avença, responde pelo valor devido, além das perdas e danos ou da pena compensatória e demais encargos assumidos. Já, se o vendedor não cumpre o seu dever de entregar a coisa, o comprador poderá optar entre o direito à indenização por perdas e danos e o cumprimento do contrato (CC, art. 475). Claro está que a compra e venda mercantil não dá ao comprador um direito real, no sentido de lhe facultar a reivindicação da coisa vendida. Mesmo assim, cabe a execução específica da obrigação do vendedor.

Além de transferir o domínio da coisa vendida, o vendedor também se compromete a responder por vício redibitório (CC, art. 441) e por evicção (CC, art. 447). O primeiro se verifica quando o bem entregue não corresponde às especificações acordadas entre as partes, no sentido de se revelar impróprio ao uso a que se destina ou de reduzido valor. Por evicção se entende o dever de defender em juízo a venda perante terceiros reivindicantes da coisa objeto do contrato. Tal dever inexiste se o comprador tinha ciência da reivindicação e assumira o risco correspondente.

No que diz respeito à responsabilidade pelo transporte da mercadoria transacionada, cabe ao vendedor as despesas com a tradição (CC, art. 490). Como esta se opera no lugar em que se encontra o bem vendido, cabe, em princípio, ao vendedor providenciar a sua entrega no estabelecimento empresarial do comprador, contratando os serviços de transporte por sua conta e risco.

Obviamente, as partes podem, no contrato de compra e venda mercantil, estabelecer uma disposição diversa, atribuindo ao comprador uma parte ou a totalidade das despesas e riscos inerentes ao transporte da mercadoria. Isto é, aliás, bastante comum. Para uniformizar esta distribuição de encargos entre as partes, principalmente nas transações entre empresários estabelecidos em países diferentes, a Câmara de Comércio Internacional convencionou alguns termos padrões, os *Incoterms*. Estas cláusulas foram criadas em 1936 e já passaram por sucessivas revisões (1953, 1967, 1976, 1980 e 1990), sendo que a última delas data de 2000.

De acordo com os *Incoterms 2000*, a compra e venda foi agrupada em 4 diferentes classes, segundo a distribuição entre as partes das despesas relativas à tradição. Têm-se, então, contratos de partida (Grupo "E"), de transporte principal não pago (Grupo "F"), de transporte principal pago (Grupo "C") e de chegada (Grupo "D").

Em relação aos contratos de partida, estabelece-se, pelo termo (ou cláusula) EXW (*Ex Works* — local de retirada), que o comprador assume, com exclusividade, os custos e riscos relativos ao recolhimento das mercadorias do estabelecimento do vendedor, devendo pagar todas as despesas necessárias à tradição dos bens transacionados, inclusive o carregamento no veículo de transporte, o seguro e o desembaraço alfandegário.

Para os contratos de transporte principal não pago, são previstos 3 termos (ou cláusulas): FCA (*Free Carrier* — local indicado), em que se convenciona caber ao vendedor o pagamento do desembaraço para a exportação e a entrega das mercadorias, no local designado, ao transportador contratado pelo comprador, o qual assume, também, todas as demais despesas; FAS (*Free Alongside Ship* — porto de embarque indicado), pelo qual se obriga o vendedor a transportar o bem transacionado até um determinado porto, cabendo ao comprador as despesas com o desembaraço para a exportação, embarque das mercadorias, seguros e outras necessárias; e FOB (*Free On Board* — porto de embarque indicado), em que as despesas com o transporte da mercadoria até um certo porto, com o embarque desta no navio e com o desembaraço para a exportação, correm por conta do vendedor, sendo as demais encargos do comprador.

Com referência aos contratos de transporte principal pago, os *Incoterms 2000* estabelecem 4 termos (ou cláusulas): CFR (*Cost and Freight* — porto de destino indicado), segundo o qual competem ao vendedor as despesas relativas à entrega das mercadorias no porto de destino convencionado, responsabilizando-se pelo transporte, embarque e desembaraço para a exportação, mas transferindo ao comprador os riscos de perda ou dano, em razão de ocorrências havidas após o embarque da coisa vendida no navio atracado no porto de origem; CIF (*Cost*, *Insurance and Freight* — porto de destino indicado), por meio do qual o vendedor assume todas as despesas com o transporte até um determinado porto, incluindo seguro marítimo e desembaraço para a exportação; CPT (*Carriage Paid To...* — local de destino indicado), que reserva ao vendedor as despesas com o transporte das mercadorias até uma localidade designada, salvo as relativas à perda ou dano destas, que são transferidas ao comprador; CIP (*Carriage and Insurance Paid To...* — local

de destino indicado), significando que o vendedor arca com as despesas de transporte das mercadorias até uma determinada localidade, inclusive as relacionadas com a perda ou dano durante o transporte.

Finalmente, os contratos de chegada comportam 5 termos (ou cláusulas): DAF (*Delivered At Frontier* — local indicado), pelo qual o vendedor entrega as mercadorias na fronteira de dois países, na localidade convencionada, pagando todas as despesas decorrentes, inclusive o desembaraço para a exportação; DES (*Delivered Ex-Ship* — porto de destino indicado), em que competem ao vendedor todas as despesas até o atracamento do navio no porto de destino acordado, inclusive o seguro, cabendo ao comprador as despesas com o desembaraço para a importação, custos e riscos de desembarque etc.; DEQ (*Delivered Ex Quay* — porto de destino indicado), em que o vendedor se obriga por todas as despesas até o desembarque das mercadorias no porto de destino designado, colocando-as disponíveis ao comprador no respectivo cais, arcando ou não com o desembaraço alfandegário para importação; DDU (*Delivered Duty Unpaid* — local de destino indicado), atribuindo ao vendedor os encargos com o transporte das mercadorias até uma determinada localidade no país de importação, sendo que o pagamento dos impostos e taxas relativos a esta cabe ao comprador; DDP (*Delivered Duty Paid* — local de destino indicado), segundo o qual o vendedor coloca as mercadorias disponíveis ao comprador no local designado, no país de importação, respondendo, em decorrência, pelas despesas de transporte, seguro e desembaraço para a importação.

4. ESPECIFICIDADE DA COMPRA E VENDA MERCANTIL

A especificidade da compra e venda mercantil está na

disciplina das consequências para o vendedor da instauração da execução concursal do patrimônio do comprador. A execução concursal do devedor consiste na *falência* (se o comprador é empresário ou sociedade empresária) ou *insolvência* (quando não é). Pois bem, a regra geral, aplicável à compra e venda civil, é a de que o vendedor pode exigir, na insolvência do comprador, uma caução antes de proceder à entrega da coisa vendida (CC, art. 495).

Na compra e venda mercantil, os direitos do vendedor, na falência do comprador, variam segundo o momento em que se encontrava a execução do contrato quando da quebra. Em alguns casos, o vendedor tem o direito à restituição da coisa; em outros, à notificação do administrador para que seja decidido se seu contrato será resolvido ou deverá ser cumprido. Mas, em nenhuma circunstância, pode o vendedor na compra e venda mercantil exigir do comprador falido (isto é, da massa falida) a prestação de caução do pagamento como condição para fazer a entrega da coisa vendida. O art. 495 do CC não se aplica à compra e venda mercantil, sujeitas às regras específicas da LF, e nisso reside sua especificidade.

A razão do tratamento específico da compra e venda mercantil, na hipótese de instauração do concurso de credores do comprador, é compreensível. No giro econômico, as mercadorias e insumos constituem um elemento de extrema importância para a sobrevivência das empresas. O legislador deve procurar compatibilizar, de um lado, os interesses gerais dos credores e os particulares do vendedor, de forma a que as coisas vendidas ao falido e não entregues possam ter a alocação mais apropriada para a economia. Daí a complexidade da disciplina da matéria quando a compra e venda é mercantil. Na civil, pode a lei cuidar da proteção exclusiva dos interesses do vendedor, caso instaurada a insolvência do comprador, porque a coisa objeto de contrato não circula como mercadoria ou insumo de nenhuma atividade empresarial.

CAPÍTULO 34

CONTRATOS DE COLABORAÇÃO

1. INTRODUÇÃO

O comércio é uma atividade humana bastante antiga, cuja essência consiste em levar toda sorte de bens a quem se interesse em possuí-los e se disponha a pagar por eles. Trata-se de uma atividade de intermediação entre o consumidor e o produtor, pela qual os bens por este último fabricados ou colhidos da natureza são distribuídos ao mercado. Para desenvolver esta atividade, o comerciante geralmente adquire do produtor os bens para os revender a outros comerciantes ou aos próprios consumidores. O contrato de compra e venda mercantil, assim, constitui-se no meio contratual por excelência para a exploração da atividade comercial. Não é, contudo, o único. Outras relações contratuais têm sido desenvolvidas pelo comércio com vistas ao fornecimento de bens ao mercado consumidor. São elas a comissão, a representação comercial, a concessão mercantil, a franquia e a distribuição. Proponho agrupá-los sob a denominação de "contratos de colaboração".

Os contratos de colaboração empresarial definem-se por uma obrigação particular, que um dos contratantes ("colaborador") assume, em relação aos produtos ou serviços do outro ("fornecedor"), a de *criação ou ampliação de mercado*.

Em termos concretos, o colaborador se obriga a fazer investimentos em divulgação, propaganda, manutenção de estoques, treinamento de pessoal e outros destinados a despertar, em consumidores, o hábito de adquirir os produtos ou serviços do fornecedor. Dependendo da espécie de colaboração contratada, os investimentos na criação ou consolidação do mercado são maiores ou menores; a obrigação de realizá-los, contudo, é inerente aos contratos de colaboração empresarial.

Em não se contratando a obrigação de abrir, consolidar ou desenvolver mercado para o produto ou serviço, o contrato empresarial não se classifica como *de colaboração*. É, por exemplo, o caso do fornecimento de mercadorias. Como visto no capítulo anterior, ele é nada mais que uma série de contratos de compra e venda; o comprador não tem, perante o vendedor, no contrato de fornecimento, a obrigação de criar mercado para a coisa comprada.

Os contratos de colaboração, em razão da obrigação essencial que os caracteriza, possuem por marca comum uma subordinação empresarial estabelecida entre as partes. Aquele comerciante contratado para distribuir, junto ao mercado consumidor, a mercadoria oferecida pelo contratante tem, perante este, o dever de atender a determinados padrões de exploração da atividade comercial. Em outros termos, o contratado deve organizar-se empresarialmente da forma definida pelo contratante, seguindo as orientações e determinações partidas deste. Atente-se para a natureza específica desta subordinação, que não tem caráter *pessoal*, mas sim *empresarial*. Esta distinção é muito importante, na medida em que a subordinação pessoal caracteriza uma relação contratual significativamente diversa, que é a do vínculo empregatício, disciplinada pelo direito do trabalho. Já a subordinação empresarial está relacionada com a organização da própria atividade de distribuição.

Por vezes, o empresário tenta disfarçar, por exemplo, uma relação de emprego com a aparência da representação comercial, para se furtar ao cumprimento dos encargos sociais. Esta tentativa é infrutífera se demonstrada a existência de uma subordinação de cunho intersubjetivo. Ou seja, se o contratado possuir um negócio dele, mesmo que a ingerência do contratante na sua organização seja grande, a subordinação será empresarial, cabendo ao direito comercial a disciplina dos seus efeitos obrigacionais. Caso contrário, tratar-se-á de uma verdadeira relação de emprego mal disfarçada, sujeita às normas do direito do trabalho.

Através de um contrato de colaboração, o colaborador contratado (comissário, representante, concessionário, franquiado ou distribuidor) se obriga a colocar junto aos interessados as mercadorias comercializadas ou produzidas pelo fornecedor contratante (comitente, representado, concedente, franquiador ou distribuído), observando as orientações gerais ou específicas por este fixadas. A comissão pode, também, ser utilizada para a aquisição de bens pelo comitente, e não apenas para a colocação de produtos no mercado de consumo. A franquia, por outro lado, não diz respeito apenas ao comércio de mercadorias, mas pode também se referir à prestação de serviços. De qualquer forma, atento a estas particularidades, proponho examinarem-se os contratos aqui relacionados em conjunto, por considerar útil um enfoque parassistemático do tema.

A colaboração empresarial pode ser de duas espécies: por aproximação ou por intermediação.

Na colaboração por aproximação, o colaborador não é intermediário, ou seja, não adquire o produto do fornecedor para revendê-lo. Apenas identifica quem possa estar interessado em fazê-lo. O comitente e o representante comercial são colaboradores por aproximação. São remunerados por

um percentual dos negócios que ajudam a viabilizar, pago pelo fornecedor. Já na colaboração por intermediação, o colaborador celebra com o fornecedor um contrato de compra e venda; adquire os produtos (ou serviços) para os revender. O concessionário e o franqueado são colaboradores por intermediação. Neste caso, não há remuneração por serviços; o colaborador ganha com o resultado positivo de sua atividade empresarial.

O contrato de distribuição pode classificar-se em uma ou outra categoria. Na distribuição-aproximação, o distribuidor não ocupa um elo próprio na cadeia de circulação de mercadorias (isto é, não compra produto do distribuído para os revender, mas encontra terceiros com interesse em fazer a compra), enquanto na distribuição-intermediação, ocupa (item 6).

2. COMISSÃO

Por comissão mercantil entende-se o vínculo contratual em que um empresário (comissário) se obriga a realizar negócios mercantis por conta de outro (comitente), *mas em nome próprio*, assumindo, portanto, perante terceiros responsabilidade pessoal pelos atos praticados. O comissário concretiza transações comerciais do interesse do comitente, mas este não participa dos negócios, podendo até permanecer incógnito. Trata-se de contrato normalmente empregado em operações nas quais o comprador ou vendedor de mercadorias prefere não ser conhecido. Nem sempre convém ao empresário que se saiba do seu interesse em comprar ou vender certo bem. Há casos, por exemplo, em que o preço da coisa pode crescer, e muito, quando o vendedor sabe que o interessado é um grande empresário. A comissão também facilita negociações de *commodities*, pela agilidade que proporciona.

O contrato de comissão é próximo ao de mandato. Nos dois, uma pessoa (comissário ou mandatário) se obriga a praticar atos em nome de outra (comitente ou mandante). A diferença da comissão em relação ao mandato consiste na imputação da responsabilidade perante terceiros: o mandatário não responde, se agir nos limites dos poderes outorgados, porque pratica atos em nome do mandante; já o comissário, porque realiza negócios em seu próprio nome, será parte no contrato e responderá nos termos pactuados. Salvo no que contrariar esta diferença, aplica-se à comissão a disciplina normativa do mandato (CC, art. 709).

Acentue-se que as negociações levadas a efeito pelo comissário atendem, na verdade, aos interesses do comitente, sendo, por esta razão, empreendidas por conta e risco deste último. Assim, todos os riscos comerciais do negócio cabem, em princípio, ao comitente. Verificada, por exemplo, a inadimplência do terceiro, as consequências decorrentes serão suportadas pelo comitente. Contudo, pela cláusula *del credere*, pode o comissário responder, perante o comitente, pelo cumprimento das obrigações assumidas pelo terceiro com quem contratou, solidariamente com este. Distribuem-se, assim, os riscos da transação realizada relacionados ao adimplemento das obrigações pelo terceiro. Mesmo na comissão *del credere*, correm por conta do comitente os demais riscos, como o de vício na coisa vendida ou evicção.

Perante o comitente, o comissário tem a obrigação de observar as instruções expendidas (CC, arts. 695 a 704), bem como zelar pelos bens a ele confiados, agindo com diligência e lealdade (CC, art. 695) e prestar contas do movimento econômico do contrato (CC, arts. 668 e 709). Perante o terceiro, o comissário tem todas as obrigações decorrentes do contrato realizado, posto que inexiste qualquer relação jurídica entre aquele e o comitente.

Por outro lado, o comissário tem direito a uma remuneração pelos seus serviços, denominada "comissão". Esta varia de acordo com o valor e natureza do negócio a ser praticado. Tem direito, também, de responsabilizar o comitente, em regresso, na hipótese de insolvência do terceiro contratante, salvo se a comissão contempla a cláusula *del credere* que, conforme visto, lhe transfere este risco negocial.

3. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

A representação comercial é o contrato pelo qual uma das partes (representante comercial autônomo) se obriga a obter pedidos de compra e venda de mercadorias fabricadas ou comercializadas pela outra parte (representado). Sob o ponto de vista lógico ou econômico, poderia ser entendida como uma espécie do gênero mandato, mas, juridicamente falando, este enfoque estaria equivocado. Isto porque a atividade desenvolvida pelo representante comercial possui uma disciplina jurídica própria, que não a considera como uma modalidade específica daquele contrato. Trata-se, juridicamente considerada, de uma atividade autônoma. Ademais, o representante comercial não tem poderes para concluir a negociação em nome do representado. Cabe a este aprovar ou não os pedidos de compra obtidos pelo representante. O mandatário, ao contrário, recebe poderes para negociar em nome do mandante.

Inexiste qualquer vínculo de emprego entre o representado e o representante comercial autônomo. A subordinação deste àquele tem caráter exclusivamente empresarial, ou seja, cinge-se à organização do exercício da atividade econômica. O representante comercial autônomo é um empresário, pessoa física ou jurídica. Como tal, ele estrutura e dirige um negócio próprio, ainda que exíguo e simples. Na organização de sua atividade negocial, ele sofre uma considerável

ingerência do representado, mas que diz respeito apenas à forma de exploração do negócio, não à pessoa do representante. Caso as relações não se verifiquem desta maneira, ou seja, em existindo uma subordinação que extrapole o aspecto meramente negocial para alcançar a pessoa mesma do representante, então não haverá contrato empresarial, mas de trabalho, sujeito a um regime jurídico substancialmente diverso.

O exercício da atividade de representação comercial autônoma está disciplinado pela Lei n. 4.886, de 1965, alterada pela Lei n. 8.420, de 1992. O representante comercial autônomo deve registrar-se no órgão profissional correspondente, o Conselho Regional dos Representantes Comerciais, ficando sujeito à observância dos preceitos éticos e administrativos definidos para a sua profissão, bem como ao poder disciplinar correspondente. Se o representante comercial for uma pessoa jurídica, deve ser registrado também na Junta Comercial.

O contrato de representação comercial deve ser celebrado por escrito e observar os requisitos do art. 27 da Lei n. 4.886/65.

São obrigações do representante comercial autônomo: *a*) obter, com diligência, pedidos de compra e venda, em nome do representado, ajudando-o a expandir o seu negócio e promover os seus produtos (art. 28); *b*) observar, se prevista, a cota de produtividade, ou seja, um número mínimo de pedidos a cada mês; *c*) seguir as instruções fixadas pelo representado (art. 29); *d*) informar o representado sobre o andamento dos negócios, nas oportunidades definidas em contrato ou quando solicitado (art. 28), e prestar-lhe contas; *e*) observar as obrigações profissionais (art. 19); *f*) respeitar a cláusula de exclusividade de representação, se expressamente pactuada (arts. 31, parágrafo único, e 41).

São obrigações do representado: *a*) pagar a retribuição devida ao representante, assim que o comprador efetuar o seu pagamento ou, antes, se não manifestar recusa por escrito no prazo de 15, 30, 60 ou 120 dias, conforme a localização do seu domicílio (mesma praça, mesmo Estado, Estado diverso ou exterior, respectivamente — arts. 32 e 33); *b*) respeitar a cláusula de exclusividade de zona, pela qual lhe é obstado vender os seus produtos em uma determinada área delimitada em contrato, senão por meio do representante contratado para atuar naquela área. Caso um negócio se concretize sem a observância dessa condição, o representante tem direito à comissão correspondente (art. 31). Aliás, a Lei n. 8.420/92 tornou obrigatória a identificação da zona, ao conferir nova redação ao art. 27, *d*, da Lei n. 4.886/65, bem como estabeleceu que a exclusividade de zona deve ser considerada implícita nos contratos omissos.

A lei estabelece as indenizações devidas pela resolução do contrato de representação comercial. Nos contratos com prazo indeterminado, firmados há mais de 6 meses, a parte que o denunciar está obrigada a conceder pré-aviso de 30 dias ou, senão, pagar indenização correspondente a 1/3 das comissões referentes aos últimos 3 meses. Trata-se, aqui, de resolução sem culpa de qualquer das partes contratantes (art. 34).

O representado poderá promover a resolução do contrato quando o representante incorrer em determinadas práticas definidas em lei (desídia no cumprimento das obrigações contratuais, atos que importem em descrédito comercial do representado, condenação definitiva por crime infamante, por exemplo) ou havendo força maior (art. 35). Neste caso, nenhuma indenização será devida ao representante, e este ainda poderá ser responsabilizado, com base no direito civil (CC art. 475), pelos danos que causou ao representado.

Por outro lado, o representante poderá resolver o contrato quando o representado a isto der causa, incorrendo em certas práticas elencadas em lei (inobservância da cláusula de exclusividade, mora no pagamento da comissão, fixação abusiva de preços na zona do representante, por exemplo), ou quando se verificar a força maior (art. 36). Nesta hipótese, o representante terá direito à indenização prevista em contrato por prazo indeterminado, nunca inferior a um doze avos do total das retribuições auferidas, monetariamente atualizadas. Se o contrato tinha sido firmado com prazo determinado, a indenização será equivalente à multiplicação de metade do número de meses contratados pela média mensal das retribuições auferidas. Também na hipótese de resolução do contrato por prazo indeterminado, feita unilateralmente pelo representado, nos termos do art. 34, tem-se considerado devida indenização em favor do representante. Em qualquer hipótese, será também cabível, conforme entendem a doutrina e a jurisprudência, a indenização correspondente ao pré-aviso.

4. CONCESSÃO COMERCIAL

Este é o contrato em que um empresário (concessionário) se obriga a comercializar, com ou sem exclusividade, com ou sem cláusula de territorialidade, os produtos fabricados por outro empresário (concedente). Por cláusula de exclusividade se entende o dever assumido pelo concessionário de não comercializar com produtos diversos dos fabricados pelo concedente, e por cláusula de territorialidade a proibição de o concedente comercializar, direta ou indiretamente, na área de atuação reservada a um concessionário.

A lei somente disciplina a concessão comercial referente ao comércio de veículos automotores terrestres, como os automóveis, caminhões, ônibus, tratores, motocicletas e

similares (Lei n. 6.729, de 1979, com as alterações introduzidas pela Lei n. 8.132, de 1990). Quando tem por objeto o comércio de qualquer outra mercadoria, a concessão comercial é um contrato atípico, ou seja, não sujeito a uma determinada disciplina legal.

No contrato de concessão comercial de veículos automotores, o concedente assume as seguintes obrigações: *a*) permitir, gratuitamente, o uso de suas marcas pelo concessionário (art. 3º, III); *b*) vender ao concessionário os veículos de sua fabricação, na quantidade prevista em cota fixada de acordo com a estimativa de produção do mercado interno e a capacidade empresarial, desempenho e potencial de vendas do concessionário (art. 7º); *c*) observar, na definição da área operacional de cada concessionária, distâncias mínimas segundo o critério de potencial de mercado (art. 5º, II); *d*) não vender, diretamente, os veículos de sua fabricação na área operacional de uma concessionária, salvo à Administração Pública, direta ou indireta, ao Corpo Diplomático ou a clientes especiais (art. 15, II).

O concessionário, por sua vez, na concessão de veículos automotores se obriga a: *a*) respeitar a cláusula de exclusividade, se houver; vale dizer, não comercializar com nenhum outro veículo senão o fabricado pelo concedente, caso prevista esta vedação em contrato; *b*) observar o índice de fidelidade para a aquisição de componentes que vier a ser estabelecido, de comum acordo com os demais concessionários e concedente, na Convenção de Marca (art. 8º, parágrafo único, I); *c*) comprar do concedente os veículos na quantidade prevista na cota respectiva, sendo-lhe facultado limitar o seu estoque (art. 10, § 1º); *d*) organizar-se, empresarialmente, de forma a atender os padrões determinados pelo concedente, para a comercialização dos veículos e para a assistência técnica aos consumidores (art. 20).

Em relação aos acessórios, poderá o concessionário comercializar livremente os produtos que considerar interessantes, já que a lei cogita atualmente apenas de índice de fidelidade para os componentes. Por fim, com a alteração introduzida pela Lei n. 8.132, de 1990, os preços dos veículos ao consumidor são fixados pelo concessionário e não mais pelo concedente (art. 13).

5. FRANQUIA

A franquia é um contrato pelo qual um empresário (franqueador — *franchisor*) licencia o uso de sua marca a outro (franqueado — *franchisee*) e presta-lhe serviços de organização empresarial, com ou sem venda de produtos. Por meio deste tipo de contrato, uma pessoa com algum capital pode estabelecer-se comercialmente, sem precisar proceder ao estudo e equacionamento de muitos dos aspectos do empreendimento, basicamente os relacionados com a estruturação administrativa, treinamento de funcionários e técnicas de *marketing*. Isto porque tais aspectos encontram-se já suficiente e devidamente equacionados pelo titular de uma marca de comércio ou serviço e ele lhe fornece os subsídios indispensáveis à estruturação do negócio.

A franquia consiste, pois, na conjugação de dois contratos: o de licenciamento de uso de marca e o de organização empresarial. Normalmente, o franqueado dispõe de recursos e deseja constituir uma empresa comercial ou de prestação de serviços. Contudo, não tem os conhecimentos técnicos e de administração e economia geralmente necessários ao sucesso do empreendimento nem os pretende ter. Do outro lado, há o franqueador, titular de uma marca já conhecida dos consumidores, que deseja ampliar a oferta do seu produto ou serviço, mas sem as despesas e riscos inerentes à

implantação de filiais. Pela franquia, o franqueado adquire do franqueador os serviços de organização empresarial e mantém com os seus recursos, mas com estrita observância das diretrizes estabelecidas por este último, um estabelecimento que comercia os produtos ou presta os serviços da marca do franqueador. Ambas as partes têm vantagens, posto que o franqueado já se estabelece negociando produtos ou serviços já trabalhados junto ao público consumidor, por meio de técnicas de *marketing* testadas e aperfeiçoadas pelo franqueador; e este, por sua vez, pode ampliar a oferta da sua mercadoria ou serviço, sem novos aportes de capital.

Os serviços de organização empresarial que o franqueador presta ao franqueado são, geralmente, os decorrentes de três contratos, que podem ser tratados autonomamente. Primeiramente, o contrato de *engineering*, pelo qual o franqueador define, projeta ou executa o *layout* do estabelecimento do franqueado. Em segundo lugar, o *management*, relativo ao treinamento dos funcionários do franqueador e à estruturação da administração do negócio. Por fim, o *marketing*, pertinente às técnicas de colocação dos produtos ou serviços junto aos seus consumidores, envolvendo estudos de mercado, publicidade, vendas promocionais, lançamento de novos produtos ou serviços etc.

A franquia é um contrato atípico. No entanto, costuma-se atribuir aos franqueados o seguinte conjunto de obrigações: *a*) o pagamento de uma taxa de adesão e de um percentual do seu faturamento; *b*) o pagamento pelos serviços de organização empresarial fornecidos pelo franqueador; *c*) a obrigação de oferecer aos consumidores apenas os produtos ou serviços da marca do franqueador, por ele fabricados, aprovados ou simplesmente indicados; *d*) observar, estritamente, as instruções e o preço de venda ao consumidor estabelecidos pelo franqueador. Por seu turno, o franquea-

dor tem, normalmente, as seguintes obrigações: *a*) permitir ao franqueado o uso de sua marca; *b*) prestar os serviços de organização empresarial.

A Lei n. 8.955, de 1994, embora discipline determinados aspectos da franquia, não a tornou modalidade de contrato típico. Ao contrário, as relações entre franqueador e franqueado continuam regendo-se exclusivamente pelas cláusulas contratualmente pactuadas. O que o legislador estabeleceu, com esse diploma, foi a regra de absoluta transparência nas negociações que antecedem a adesão do franqueado à franquia. Nos termos da disciplina legal, o franqueador deve fornecer aos interessados uma Circular de Oferta de Franquia que, em linguagem clara e acessível, preste as informações essenciais da operação (art. 3º). Sob pena de anulabilidade do contrato, a Circular deve ser entregue aos interessados com a antecedência mínima de dez dias e não pode conter informações falsas (arts. 4º e 7º).

6. DISTRIBUIÇÃO

A criação, consolidação ou ampliação de mercados, por meio da colaboração empresarial, podem resultar de atos do colaborador de *aproximação* ou de *intermediação*. No primeiro caso, o colaborador identifica pessoas interessadas em adquirir (e, no caso da comissão, também vender) produtos do outro empresário contratante; no segundo, ele mesmo adquire os produtos (e, no caso da franquia, também serviços) do outro contratante e os oferece de novo ao mercado.

O contrato de distribuição é modalidade de colaboração empresarial que se pode enquadrar em qualquer uma dessas espécies.

A distribuição-aproximação é contrato em que um dos empresários (distribuidor) se obriga a promover, em caráter

não eventual e sem vínculos de dependência, a realização de certos negócios por conta de outro empresário (proponente), em zona determinada e tendo sob sua posse as mercadorias a serem vendidas. Se faltar à distribuição-aproximação o último requisito, isto é, se o distribuidor não tiver em mãos as mercadorias que promove, o contrato é denominado "agência" pela lei (CC, art. 710).

A distribuição-aproximação e a agência são contratos *típicos*, regidos no Código Civil e sujeitos às mesmas regras. É-lhes inerente a definição, no instrumento, de uma base territorial para identificação do *mercado* em que as partes manterão a colaboração ("zona de atuação"). São cláusulas implícitas nestes contratos a de *exclusividade de distribuição* ou simplesmente *exclusividade* (pela qual o distribuidor ou agente não podem trabalhar para outros proponentes na zona de atuação) e a de *exclusividade de zona* ou *territorialidade* (em que o proponente deve abster-se de realizar negócios na zona de atuação, a não ser com os aproximados pelo distribuidor ou agente). A lei assegura ao distribuidor ou agente o direito à remuneração pelos negócios realizados em desrespeito à cláusula de territorialidade (CC, art. 714).

Na distribuição-aproximação, o distribuidor ou agente são remunerados por um percentual dos negócios que ajudam a realizar (a "comissão"). A obrigação principal do proponente é a de pagar a comissão, podendo o contrato condicioná-la ao efetivo pagamento do preço pelo terceiro adquirente das mercadorias. A seu turno, a obrigação principal que distribuidor ou agente assumem é a de encontrar interessados em adquirir os produtos do proponente e, encontrando-os, receber deles pedido de compra. O proponente não está obrigado a aceitar todos os pedidos de compra encaminhados pelo distribuidor ou agente, mas também não pode recusá-los todos imotivadamente, cessando o ritmo da

colaboração. Se o fizer, o proponente deve indenizar o distribuidor ou agente (CC, art. 715).

Os contratos de distribuição-aproximação e os de agência podem ser celebrados com ou sem prazo. Na primeira hipótese, transcorrido o período contratado, cessam as obrigações de parte a parte; na segunda, o vínculo contratual se desfaz depois de 90 dias da notificação que qualquer um dos empresários promover ("aviso prévio"). Na resolução dos contratos por prazo indeterminado, se o distribuidor ou agente não haviam ainda recuperado os investimentos com algum resultado líquido, tendo em vista o prazo em que razoavelmente poderiam tê-lo feito, o proponente está obrigado a indenizá-los (CC, art. 720 e parágrafo único).

Por outro lado, a distribuição-intermediação é contrato atípico, não disciplinado na lei. É o celebrado entre distribuidoras de combustível e os postos de abastecimento de suas bandeiras, entre fábrica de cerveja e os atacadistas zonais etc. Caracteriza-se, independentemente da denominação dada pelo instrumento contratual, pela obrigação que um empresário (distribuidor) assume, perante o outro (distribuído), de criar, consolidar ou ampliar o mercado dos produtos deste último, *comprando-os para revender*. Quando presente esta última característica no contrato de colaboração, não se aplicam as normas do Código Civil sobre agência ou distribuição-aproximação acima indicadas, porque nem sempre são estas inteiramente compatíveis com sua estrutura e função econômica.

Na distribuição atípica (por intermediação), distribuidor e distribuído têm apenas os direitos e obrigações que negociaram. Como é contrato atípico, as relações entre os seus contratantes regem-se apenas pelo contido no respectivo instrumento de contrato. A exclusividade, territorialida-

de, hipóteses de resolução, direito à indenização, prazo e os demais elementos constitutivos da relação contratual podem ser livremente negociados entre distribuidor e distribuído. Não há balizamentos legais nem consequências legalmente previstas para o caso de resolução. Omisso o instrumento contratual, o conflito de interesses entre os empresários contratantes *pode* ser eventualmente resolvido por aplicação analógica das regras sobre o contrato de concessão comercial, que é, dentre os de colaboração, o mais próximo à distribuição-intermediação.

CAPÍTULO 35

CONTRATOS BANCÁRIOS

1. ATIVIDADE BANCÁRIA

Por atividade bancária entende-se, juridicamente falando, a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros em moeda nacional ou estrangeira. Esse conceito, que se conclui da definição legal de instituições financeiras (LRB, art. 17), abarca uma gama considerável de operações econômicas, ligadas direta ou indiretamente à concessão, circulação ou administração do crédito. Estabelecendo-se um paralelo com a atividade industrial, poder-se-ia dizer que a matéria-prima do banco e o produto por ele oferecido ao mercado é o crédito. Como todo conceito jurídico, porém, o de atividade bancária apresenta algumas dificuldades na sua aplicação a situações-limite, o que tem gerado dúvidas quanto à natureza bancária de determinados contratos.

Para se exercer atividade bancária, é necessária a autorização governamental. O órgão competente para expedi-la é o Banco Central do Brasil, autarquia da União integrante do Sistema Financeiro Nacional, a quem a lei atribuiu, entre outras, as funções de emitir a moeda, executar os serviços do meio circulante, controlar o capital estrangeiro e realizar as operações de redesconto e empréstimo a instituições fi-

nanceiras. Para os estrangeiros, a autorização é dada por decreto do Presidente da República. A lei estabelece pena de reclusão de um a quatro anos para o exercício de atividade bancária sem autorização (Lei n. 7.492/86, art. 16).

As instituições financeiras adotam sempre a forma de uma sociedade anônima. A sua administração, no entanto, submete-se a regras específicas e é controlada pelo Banco Central. Esse controle compreende, entre outros mecanismos, a aprovação do nome dos administradores eleitos pelos órgãos societários, a fiscalização das operações realizadas, a autorização para a alienação do controle acionário ou para a transformação, fusão, cisão ou incorporação, bem como a decretação do regime de administração especial temporária, intervenção ou liquidação extrajudicial, se presentes os seus pressupostos.

Contratos bancários são aqueles em que uma das partes é, necessariamente, um banco. Isto é, se a função econômica do contrato está relacionada ao exercício da atividade bancária, ou, dizendo o mesmo de outro modo, se o contrato configura ato de coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, então somente uma instituição financeira devidamente autorizada pelo governo poderá praticá-lo. Neste caso, o contrato será definido como bancário.

Claro está que não basta a presença do banco em um dos polos da relação contratual para que o contrato seja bancário. Uma instituição financeira se envolve em muitos negócios jurídicos, tais como a locação, a compra e venda de imóveis, a aquisição de logiciário etc., mas a sua participação não é suficiente para conferir natureza bancária ao contrato. Esta decorre da indispensabilidade da participação do banco na relação contratual. São bancários aqueles contratos que somente podem ser praticados com um banco, ou

seja, aqueles que configurariam infração à lei caso fossem praticados com pessoa física ou jurídica não autorizada a funcionar como instituição financeira.

As operações bancárias são costumeiramente divididas pela doutrina em típicas e atípicas. São típicas as relacionadas com o crédito e atípicas as prestações de serviços acessórios aos clientes, como a locação de cofres ou a custódia de valores. As operações típicas, por sua vez, se subdividem em passivas (em que o banco assume a posição de devedor da obrigação principal) e ativas (em que o banco assume a posição de credor da obrigação principal). Geralmente, entre uma instituição financeira e cada um de seus clientes, estabelecem-se várias relações jurídicas. Se uma pessoa abre uma conta em um banco, celebra um contrato de depósito bancário; se obtém cheque especial, firma contrato de abertura de crédito; ao autorizar débitos automáticos em conta em favor de terceiros (impostos, taxas, duplicatas), outorga um mandato ao banco. Dessa complexa gama de relações, nascem contratos com características próprias, que reclamam uma configuração jurídica específica. O depósito bancário, por exemplo, tem tais peculiaridades que, rigorosamente falando, não pode ser considerado uma espécie de depósito. Daí a importância do estudo em apartado dos contratos bancários.

As operações creditícias oferecidas pelas instituições financeiras ao mercado de consumo estão sujeitas à disciplina do Código de Defesa do Consumidor (CDC, arts. 3º, § 2º, e 52). É necessário, contudo, ter-se presente o exato âmbito de incidência dessa legislação. Não há dúvidas de que o trabalhador que deposita o seu salário em conta-corrente junto ao banco é consumidor de serviços por este prestados ao mercado de consumo. Está, portanto, sob a tutela do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, se se tratar de

contrato bancário com um exercente de atividade empresarial, visando ao implemento da sua empresa, deve-se verificar se este pode ser tido como consumidor. Se o empresário apenas intermedeia o crédito, a sua relação com o banco não se caracteriza, juridicamente, como consumo, incidindo na hipótese, portanto, apenas o direito comercial.

Em todas as suas operações, a instituição financeira manterá sigilo das informações relacionadas às operações ativas e passivas ou serviços prestados (LC n. 105/2001, art. 1º). É a regra do sigilo bancário, que visa proteger o direito à intimidade dos que contratam com bancos. Prevê a lei exceções à regra do sigilo bancário, em que prevalecem interesses superiores à proteção da intimidade: *a*) investigação de crime, em qualquer fase do inquérito ou processo judicial (art. 1º, § 4º); *b*) ordem do Poder Judiciário, que deve zelar pela conservação do caráter sigiloso do dado informado (art. 3º); *c*) ordem do Poder Legislativo, no exercício de sua competência constitucional e legal de fiscalização da Administração Pública (art. 4º); *d*) requisição da autoridade fiscal, após iniciado o regular procedimento tributário (arts. 5º e 6º); *e*) requisição do Banco Central ou CVM (arts. 2º e 7º); *f*) requisição do CADE ou da SDE, na investigação de infração contra a ordem econômica (LIOE, arts. 7º, IX, e 14, V). Salvo nessas seis hipóteses, a divulgação pela instituição financeira ou por terceiros de informações relativas às operações bancárias constitui crime de quebra de sigilo, punido com reclusão de 1 a 4 anos (LC n. 105/2001, art. 10).

2. OPERAÇÕES PASSIVAS

Nos contratos bancários compreendidos na categoria das operações passivas, a instituição financeira assume, na relação negocial, o polo passivo, isto é, ela se torna deve-

dora. São os contratos que têm a função econômica de captação dos recursos de que necessita o banco para o desenvolvimento de sua atividade. Os principais contratos dessa natureza são o depósito bancário, a conta-corrente bancária e a aplicação financeira.

O depósito bancário é contrato pelo qual uma pessoa (depositante) entrega valores monetários a um banco, que se obriga a restituí-los quando solicitados. É o mais corriqueiro dos contratos bancários. A entrega e restituição dos recursos monetários são registradas em conta-corrente e o cheque é um dos instrumentos de solicitação de restituição dos recursos depositados.

O depósito bancário é um contrato autônomo. Guarda, inequivocamente, proximidade com o depósito irregular e com o mútuo, mas não pode ser entendido como espécie deste ou daquele. O depósito irregular tem por objeto coisa fungível, e o depositário se obriga a restituir um bem do mesmo gênero, quantidade e qualidade do custodiado. Estes elementos, por evidente, podem ser identificados na relação entre o depositante de recursos monetários e o banco, mas a instituição financeira, a partir do contrato de depósito bancário, passa a titularizar a propriedade dos valores depositados e não a simples custódia, como ocorre em relação ao depositário no depósito irregular. A relação entre o cliente e o banco, nesse contrato, é de verdadeira fidúcia. Por outro lado, há no depósito bancário elementos do contrato de mútuo, que é o empréstimo de coisa fungível. O depositante encontra-se perante o banco em situação similar ao do mutuante em face do mutuário. Mas trata-se apenas de similitude, posto que não é da essência do depósito bancário a remuneração pela permanência dos recursos em mãos do banco e, outrossim, o depositante pode unilateralmente resgatar o bem objeto do contrato. Tais características afastam o depósito bancário do mútuo.

Há três modalidades de depósito: *a*) à vista, em que, solicitada pelo depositante a restituição, total ou parcial, dos recursos depositados, deve o banco providenciá-la de imediato; *b*) a pré-aviso, em que, solicitada pelo depositante a restituição, total ou parcial, dos recursos depositados, deve o banco providenciá-la em um determinado prazo avençado entre as partes; *c*) a prazo fixo, em que o depositante deve solicitar a restituição dos recursos somente após uma determinada data. Os depósitos bancários desta última categoria geralmente são remunerados. As Cadernetas de Poupança são produtos oferecidos pelos bancos que, sob o ponto de vista contratual, representam depósito bancário a prazo fixo. A definição do prazo mínimo para resgate pode ser condição da remuneração, como nas Cadernetas de Poupança, ou do próprio negócio. Assim, no primeiro caso, o depositante que pretender a restituição dos recursos antes do prazo perde a remuneração; no segundo, o depositante sequer pode solicitá-la antes do prazo fixado.

O depósito bancário é um contrato real, isto é, somente se aperfeiçoa com a entrega do dinheiro para o banco. Normalmente celebrado por prazo indeterminado, extingue-se por resilição unilateral de qualquer das partes. Também a compensação é causa extintiva do contrato, podendo o banco debitar da conta do depositante o valor de créditos líquidos de que seja titular. Por fim, extingue o contrato a falta de movimentação pelo prazo de 30 anos (Lei n. 370, de 1937), hipótese em que o banco deve recolher ao Tesouro Nacional os recursos existentes na conta do depositante.

Outro contrato da categoria das operações passivas é a conta-corrente. Trata-se de um contrato diferente do depósito bancário, embora o comércio tome um pelo outro com frequência. A conta-corrente é o contrato pelo qual o banco se obriga a receber valores monetários entregues pelo cor-

rentista ou por terceiros e proceder a pagamentos por ordem do mesmo correntista, utilizando-se desses recursos. Guarda semelhança com o depósito bancário, na medida em que o banco tem o dever de restituir os recursos mantidos em conta-corrente ao correntista quando este os solicitar. Mas é um contrato de função econômica mais ampla, porque, por meio dele, o banco presta um verdadeiro serviço de administração de caixa para o correntista. Essa particularidade, inclusive, o distancia também do contrato de conta-corrente comum.

É um contrato consensual. Ou seja, pode-se celebrá-lo sem que o correntista entregue, de início, qualquer dinheiro ao banco, ficando a conta a ser dotada por recursos pagos por terceiros devedores daquele.

A aplicação financeira, por sua vez, é o contrato pelo qual o depositante autoriza o banco a empregar em determinados mercados de capitais (ações, títulos da dívida pública e outros) o dinheiro mantido em conta de depósito. O depositante terá direito à remuneração do seu capital, conforme o sucesso obtido pelo banco na utilização dos recursos, observadas as normas estabelecidas pelas autoridades monetárias. São normalmente associados aos fundos de investimentos. Na hipótese, não há que se falar em mandato ou corretagem, posto que o cliente não pode fixar orientação ao banco quanto à melhor forma de empregar os seus recursos. Tal emprego será feito de acordo com os critérios que o próprio banco adotar, observado o regulamento do fundo. Cuida-se, assim, de um contrato autônomo.

3. OPERAÇÕES ATIVAS

Os contratos bancários relacionados com operações ativas são aqueles em que o banco assume, quanto à obrigação principal, a posição de credor. É certo que, comumente,

em qualquer relação contratual, as partes têm obrigações a receber e a prestar. Somente é possível, portanto, adotar-se o critério de classificação aqui referido considerando-se a posição ativa ou passiva do banco no tocante à obrigação principal. Dessa forma, por exemplo, na abertura de crédito, o banco é, essencialmente, o credor, mas isso não significa que não tenha nenhuma obrigação perante o cliente. Ao contrário, cabe ao banco, nessa relação contratual, pôr à disposição do cliente o crédito objeto da avença.

Mediante os contratos da categoria das operações ativas, os bancos concedem crédito aos seus clientes com os recursos coletados junto a outros clientes, por meio de contratos da categoria das operações passivas. Essa intermediação do crédito, que economicamente redunda em geração de riquezas, configura a essência da atividade bancária. Os principais contratos bancários de operações ativas são: mútuo bancário, desconto, abertura de crédito e crédito documentário.

3.1. *Mútuo bancário*

O mútuo bancário é o contrato pelo qual o banco empresta ao cliente certa quantia de dinheiro. A matriz dessa figura contratual, evidentemente, é o mútuo civil, isto é, o empréstimo de coisa fungível (CC, art. 586). Ganha, no entanto, esse contrato alguns contornos próprios quando o mutuante é instituição financeira, principalmente no que diz respeito à taxa de juros devida.

O mútuo bancário é um contrato real, ou seja, somente se aperfeiçoa com a entrega, pelo banco mutuante ao cliente mutuário, do dinheiro objeto do empréstimo. Antes disso, inexiste contrato e, consequentemente, nenhuma obrigação contratual se pode imputar ao banco, se ele não proceder à

entrega do dinheiro, mesmo depois de concluídas as tratativas com o cliente.

A partir da entrega do dinheiro ao mutuário, este assume as seguintes obrigações: *a*) restituir o valor emprestado, com correção monetária, se prevista; *b*) pagar juros, encargos, comissões e demais taxas constantes do instrumento de contrato; *c*) amortizar o valor emprestado nos prazos estabelecidos contratualmente. O banco mutuante, por sua vez, não assume nenhuma obrigação perante o mutuário, de modo que se pode afirmar a natureza unilateral desse contrato.

Não vigora para o mútuo bancário a limitação nas taxas de juros prescrita pelo Código Civil (arts. 406 e 591; Decreto n. 22.626, de 1933). Tem entendido a jurisprudência que o art. 4º da LRB, ao atribuir competência ao Conselho Monetário Nacional para disciplinar as taxas de juros a serem praticadas pelas instituições financeiras, excluiu os contratos bancários da limitação legal imposta aos juros dos mútuos civis.

Quanto à forma, o mútuo bancário somente exige instrumento público se houver garantia real hipotecária (ressalvada a hipótese de emissão de cédula de crédito, com oneração de bem imóvel, quando é dispensada a escritura pública).

Um aspecto interessante do contrato de mútuo está relacionado com a impossibilidade de o mutuário obrigar o mutuante a receber a devolução do valor emprestado antes do prazo pactuado, com vistas à redução do pagamento de juros. Note-se que a expectativa do mutuante é a de fazer emprego remunerado de seu capital. Se assim é, o pagamento antecipado com a redução de juros frustra, ainda que parcialmente, tal expectativa. O direito tutela o interesse do mutuante e fixa a regra de que a devolução do valor emprestado antes do prazo contratualmente estabelecido somente

pode-se dar com a sua concordância. Essa regra tem apenas uma exceção, prescrita no Código de Defesa do Consumidor (art. 52, § 2º), segundo a qual, no mútuo entre um fornecedor e seu consumidor, fica assegurada a este último a liquidação antecipada do devido com redução proporcional de juros e demais acréscimos.

Alguma doutrina admite que o mútuo possa ter por objeto a firma do banco. Isto quer dizer que a instituição financeira poderia emprestar a um cliente a sua responsabilidade. É bastante comum no comércio, notadamente em contratos que envolvem grandes somas, a exigência de uma das partes no sentido de que a outra apresente a garantia de um banco (*performance bond*), de forma que inadimplindo este contratante com as suas obrigações, poderá o outro ressarcir-se junto à instituição financeira. A rigor, não se trata do empréstimo de firma, mas da outorga onerosa de uma garantia, negócio cuja disciplina se esgota no regime estabelecido para a fiança.

Por fim, anote-se que defino financiamento como sendo aquele mútuo bancário em que o mutuário assume a obrigação de conferir ao dinheiro emprestado uma determinada finalidade, como, por exemplo, investir no desenvolvimento de uma atividade econômica ou adquirir a casa própria. Nesta hipótese, o banco tem direito de proceder a vistorias confirmatórias ou, mesmo, entregar o dinheiro emprestado diretamente a terceiros (a incorporadora do imóvel adquirido com financiamento, p. ex.). Uma das razões disso se encontra no fato de que, por vezes, há crédito bancário subsidiado por programas governamentais para o fomento de determinadas atividades econômicas ou destinado ao equacionamento da questão habitacional. Neste caso, com o objetivo de se evitarem desvios ou distorções, a instituição financeira tem não só a prerrogativa, mas até o dever de se assegurar quanto

ao adequado emprego dos recursos financiados. Há na doutrina quem conceitue diferentemente o financiamento, tomando-o pelo contrato em que o banco adianta ao cliente os recursos necessários a um determinado empreendimento para reavê-los junto a devedores do financiado.

3.2. *Desconto bancário*

O desconto bancário, segundo se depreende de legislações estrangeiras que o disciplinam, é o contrato em que o banco (descontador) antecipa ao cliente (descontário) o valor de crédito deste contra terceiro, mesmo não vencido, recebendo tal crédito em cessão. Por evidente, o banco, ao pagar pelo crédito descontado, deduz do seu valor a importância relativa a despesas e juros correspondentes ao lapso temporal entre a data da antecipação e a do vencimento. O seu ganho econômico nesse negócio contratual decorre exatamente dessa dedução, sem a qual a operação não seria atraente à instituição financeira.

Na análise da natureza jurídica desse contrato, dividem-se os doutrinadores. Há quem considere a transferência do crédito como verdadeiro pagamento *pro solvendo* de um contrato de mútuo celebrado entre o banco e o cliente. Outra parte da doutrina configura o desconto como um contrato misto, conjugação do mútuo bancário com a dação de crédito. E há também os que veem na hipótese um verdadeiro contrato autônomo.

O desconto pode ter por objeto a antecipação de crédito constante de qualquer instrumento jurídico. Normalmente, contudo, os bancos descontam apenas os chamados títulos bancáveis, ou seja, os títulos de crédito em geral. Isto é fácil de se entender. Conforme se conclui do exame da teoria geral do direito cambiário, as normas disciplinadoras

das cambiais e dos títulos cambiariformes se voltam a garantir os recebedores destes instrumentos perante eventuais exceções oponíveis pelos devedores contra o credor originário, o que não existe na cessão civil de crédito. Dessa forma, os títulos de créditos favorecem a circulação do crédito por eles documentados. Uma instituição financeira, ao descontar uma cambial, está tutelada em seus interesses pelos princípios basilares do direito cambiário, isto é, pela cartularidade, literalidade e autonomia das obrigações constantes do título. Assim, se dispõe a descontar mais facilmente o valor de um título de crédito do que o constante de um instrumento de outra natureza.

Nesse contexto, o descontário transfere ao banco o seu crédito e recebe deste uma importância correspondente ao seu valor deduzido de despesas, juros, comissões e outras parcelas contratualmente pactuadas. Quando se trata de um título de crédito, a transferência se faz mediante endosso. Normalmente, o descontador não aceita a inserção, pelo descontário, da cláusula "sem garantia", posto que o banco deseja resguardar o seu direito de crédito contra o endossante.

É importante acentuar que, embora o endosso seja ato indispensável à perfeição do desconto de título de crédito, relações juridicamente diversas há que se podem estabelecer entre banco e cliente pelo endosso de títulos, sem a configuração do desconto bancário. Em outras palavras, não pode ocorrer desconto de títulos de crédito sem endosso do cliente em favor do banco, mas este pode existir sem aquele. Note-se que podem ser divisadas pelo menos três situações em que o banco recebe, por endosso, títulos de crédito de seus clientes. Numa primeira hipótese, o cliente apenas contrata o serviço de cobrança prestado pela instituição financeira, praticando um endosso-mandato, mediante o qual a investe na qualidade de mandatária para o recebimento do

crédito devido por terceiro. Noutra hipótese, o cliente contrai um mútuo bancário e oferece em penhor os créditos por ele titularizados, praticando o endosso-caução, que investe o banco na qualidade de credor pignoratício. Por fim, o cliente transfere o seu crédito ao banco, que passa a titularizá-lo em virtude do endosso próprio praticado. Somente nesta última situação pode haver desconto bancário.

Trata-se de contrato real, que se aperfeiçoa com a transferência do crédito ao descontador. A partir de então, fica o banco com a obrigação de antecipar o valor contratado. Se o crédito transferido for pago no seu vencimento, pelo terceiro devedor, extingue-se a relação contratual entre descontário e descontador. Caso contrário, não sendo o débito honrado no vencimento, poderá o banco optar por uma das seguintes alternativas: *a*) cobrança judicial do devedor do título descontado, fundamentando-se na transferência da titularidade do crédito; *b*) cobrança judicial do endossante (descontário), com fundamento no direito cambiário, sendo nesta hipótese indispensável o protesto do título dentro do prazo legal para a conservação do direito creditício; *c*) cobrança judicial do descontário, com fundamento no contrato de desconto, caso em que o protesto do título descontado é facultativo.

Essa terceira alternativa somente é cabível em razão de se configurar o desconto bancário como um verdadeiro contrato autônomo. Qualquer entendimento diverso no tocante à sua natureza implicaria o reconhecimento ao banco apenas dos direitos decorrentes da cessão. Em outros termos, se fosse negado ao desconto bancário o caráter de negócio jurídico autônomo, a instituição financeira deveria ser tratada simplesmente como uma endossatária (se o objeto do desconto é um título de crédito) ou como uma cessionária (se o objeto é diverso, como, p. ex., um contrato administrati-

vo). Como endossatária, ela perderia o seu direito creditício contra o endossante se não providenciasse o protesto em tempo hábil (salvo a inserção no endosso da cláusula "sem despesas"), e como cessionária nem sequer teria, em regra, direito de regresso contra o cedente (*Cap. 18*, item 3). Exatamente porque se trata de um contrato autônomo, o banco pode cobrar do descontário o crédito não pago pelo terceiro devedor, fundando-se apenas nos direitos emergentes da relação contratual nascida com o desconto.

Por vezes, o banco descontador desconta, ele próprio, junto a uma outra instituição financeira o crédito objeto de um desconto. Essa operação denomina-se redesconto e, de acordo com a previsão legal (LRB, art. 10, X), tem competência exclusiva para realizá-la o Banco Central.

3.3. *Abertura de crédito*

Pelo contrato de abertura de crédito, o banco põe uma certa quantia de dinheiro à disposição do cliente, que pode ou não se utilizar desses recursos. Em geral, contrata-se que o cliente somente irá pagar juros e encargos se e quando lançar mão do crédito aberto. Associada a um contrato de depósito, costuma-se designar a abertura de crédito pelo nome de "cheque especial".

Cuida-se de um contrato consensual e bilateral, em que a marca distintiva é a disponibilização de recursos financeiros. Comumente, os bancos não cobram comissão pela só colocação do dinheiro à disposição do cliente, mas poderiam fazê-lo se entendessem conveniente sob o ponto de vista negocial. Os juros, correção monetária e encargos, por sua vez, são devidos em regra a partir da efetiva utilização do crédito aberto.

Distingue a doutrina duas modalidades de contrato de abertura de crédito. De um lado, a abertura simples, em que o cliente, uma vez utilizado o crédito, não tem a faculdade de reduzir o montante do devido antes de determinado prazo; e de outro lado, a abertura em conta-corrente, muito usual, em que o cliente pode, mediante entradas, reduzir seu débito perante a instituição financeira.

3.4. *Crédito documentário*

Esse contrato, de larga utilização no comércio internacional, define-se pela obrigação assumida por um banco (emissor), perante o seu cliente (ordenante), no sentido de proceder a pagamentos em favor de terceiro (beneficiário), contra a apresentação de documentos relacionados a negócio realizado por estes dois últimos. Exemplificativamente, com o crédito documentário, o importador pode contratar uma instituição financeira para que ela realize pagamento, de acordo com as suas instruções, em favor do exportador, quando este lhe exibir determinados documentos representativos das mercadorias transacionadas. A função econômica do crédito documentário é de suma importância. Ele implica, para o comprador, o financiamento da operação. Já que, normalmente, restitui ao banco o valor pago ao beneficiário por meio de amortizações sucessivas. E configura, para o vendedor, uma garantia de pagamento, em virtude da solvência da instituição financeira.

O crédito documentário é contrato autônomo, resultante da conjugação de diversos outros contratos. O banco emissor age como mandatário do ordenador, mas entre ambos também há a contratação de abertura de crédito. Entre o ordenante e o beneficiário, estabelecem-se relações jurídicas outras, como as decorrentes de um contrato de compra e

venda. Há, por fim, elementos que aproximam o crédito documentário da estipulação em favor de terceiros ou da delegação imprópria. No crédito documentário conhecido por *revolving credit*, nota-se também a presença do contrato de conta-corrente, pois o valor do crédito disponibilizado ao beneficiário pelo banco emissor varia de acordo com as entradas feitas pelo ordenante.

Firmado o contrato com o ordenante, cabe ao banco confirmar a disponibilização do crédito junto ao beneficiário, mediante a emissão da "carta de crédito". Após expedir as mercadorias transacionadas, o beneficiário, munido da *carta* e dos documentos comprobatórios do cumprimento das obrigações assumidas perante o ordenante (por exemplo: o documento de embarque das mercadorias em determinado navio), comparece à agência do banco emissor para receber o seu pagamento. Por vezes, uma outra instituição financeira (banco correspondente) interfere no negócio, intermediando as relações entre o banco emissor e o beneficiário do crédito documentário.

Importante registrar que a instituição financeira concedente do crédito documentário não assume nenhuma responsabilidade em virtude da relação contratual estabelecida entre ordenante e beneficiário. Perante o ordenante, tem apenas a responsabilidade de proceder à rigorosa conferência dos documentos apresentados pelo beneficiário, observando as instruções fornecidas e os usos e costumes desse contrato. Perante o beneficiário, responde somente pelo pagamento do valor constante da confirmação do crédito. Se as mercadorias entregues não atendem às especificações do pedido de compra, se há vícios ou desatendimento de prazos, tais aspectos dizem respeito unicamente às relações entre ordenante e beneficiário.

A Câmara de Comércio Internacional tem estabelecido, desde 1929, a uniformização da disciplina geralmente adotada por um contrato de crédito documentário (*Uniform Customs and Practice for Commercial Documentary Credits* — UCP). Para que o contrato se submeta à disciplina dessa uniformização, devem as partes fazer expressa referência à revisão de 1993, objeto da Publicação n. 500 da CCI.

4. CONTRATOS BANCÁRIOS IMPRÓPRIOS

A doutrina diverge na definição da natureza bancária de determinados contratos, em relação aos quais debatem os autores sobre a necessidade ou não da participação, em um dos polos da relação negocial, de uma instituição financeira devidamente autorizada a funcionar pelas autoridades monetárias. É o caso da alienação fiduciária em garantia, da faturização, do arrendamento mercantil e do cartão de crédito. Proponho denominar-se este conjunto de contratos pela expressão "bancários impróprios".

Examinemos cada um deles.

4.1. *Alienação fiduciária em garantia*

Por alienação fiduciária entende-se aquele negócio em que uma das partes (fiduciante), proprietário de um bem, aliena-o em confiança para a outra (fiduciário), a qual se obriga a devolver-lhe a propriedade do mesmo bem nas hipóteses delineadas em contrato. Destaca-se a sua natureza instrumental, isto é, a alienação fiduciária será sempre um negócio-meio a propiciar a realização de um negócio-fim. A função econômica do contrato, portanto, pode estar relacionada à viabilização da administração do bem alienado, da

subsequente transferência de domínio a terceiros ou, em sua modalidade mais usual, à garantia de dívida do fiduciante em favor do fiduciário.

A alienação fiduciária em garantia, introduzida no direito brasileiro pela Lei de Mercado de Capitais, em 1965 (Lei n. 4.728/65 — LMC), é espécie do gênero alienação fiduciária. Trata-se de contrato instrumental de um mútuo, em que o mutuário-fiduciante (devedor), para garantia do cumprimento de suas obrigações, aliena ao mutuante-fiduciário (credor) a propriedade de um bem. Essa alienação se faz em fidúcia, de modo que o credor tem apenas o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa alienada, ficando o devedor como depositário e possuidor direto desta. Com o pagamento da dívida, ou seja, com a devolução do dinheiro emprestado, resolve-se o domínio em favor do fiduciante, que passa a titularizar a plena propriedade do bem dado em garantia.

Embora seja negócio de larga utilização no financiamento de bens de consumo duráveis, nada impede que a alienação fiduciária em garantia tenha por objeto bem já pertencente ao devedor (STJ, Súmula 28). O objeto do contrato pode ser bem móvel ou imóvel (aplicando-se, nessa última hipótese, os arts. 22 a 33 da Lei n. 9.514/97, que instituiu o sistema de financiamento imobiliário).

Quando o contrato tem por objeto bem móvel infungível e é celebrado no âmbito do mercado financeiro ou de capitais ou é destinado a garantir créditos fiscais ou previdenciários, a mora ou o inadimplemento do fiduciante acarreta a pronta exigibilidade das prestações vincendas e possibilita ao fiduciário requerer em juízo a busca e apreensão do bem móvel objeto do contrato. Faculta a lei a venda da coisa pelo credor fiduciário independentemente de leilão, avaliação prévia ou interpelação do devedor. Justifica-se essa

prerrogativa em virtude de titularizar o credor o domínio resolúvel da coisa dada em garantia — que, aliás, se consolida no patrimônio do credor se não houver, no prazo legal, a emenda da mora pelo devedor fiduciante. Requerida a busca e apreensão do bem móvel alienado fiduciariamente, o fiduciante poderá pagar todo o valor devido em razão do contrato de mútuo garantido (e não somente emendar a mora) e, com isso, receber de novo a posse do bem e passar a titularizá-lo livre de ônus.

Se o bem móvel infungível não for encontrado na posse do fiduciante, a busca e apreensão pode transformar-se, a pedido do fiduciário, em ação de depósito.

Note-se, a busca e apreensão, consolidação da propriedade e ação de depósito são meios ágeis de efetivação da garantia manejáveis apenas pelos credores fiduciários de contratos celebrados no contexto do mercado financeiro ou de capitais ou destinados à garantia de débitos fiscais ou previdenciários (Dec.-lei n. 911/69, art. 8º-A). Os demais credores titulares da garantia da propriedade fiduciária de bens móveis infungíveis têm apenas a alternativa de promover a execução do seu crédito; encontram-se em posição semelhante à do credor pignoratício.

A alienação fiduciária de bem móvel fungível só pode ser feita como operação no âmbito do mercado financeiro ou de capitais, ou para garantir créditos fiscais ou previdenciários (LMC, art. 66-B, incluído pela Lei n. 10.931/2004).

Quando a alienação fiduciária em garantia tem por objeto um imóvel, não é o caso de busca e apreensão ou ação de depósito porque os direitos do credor fiduciário se tornam efetivos por meio apenas da consolidação, em seu nome, da propriedade do bem. Essa consolidação decorre da falta de purgação da mora, perante o Registro de Imóveis, pelo devedor regularmente intimado (Lei n. 9.514/97, art. 26).

A natureza bancária do contrato de alienação fiduciária em garantia é discutível. Apesar de sua considerável utilização por empresários que exploram atividade não bancária, em especial os consórcios de automóvel, grande parte da doutrina e da jurisprudência tem considerado que apenas instituições financeiras regularmente estabelecidas podem celebrar tal modalidade de contrato como mutuante-fiduciária. Esse entendimento baseia-se, sobretudo, no fato de o negócio jurídico em questão ter sido introduzido no direito nacional em diploma legislativo voltado especificamente à disciplina do mercado de capitais.

A solução para a controvérsia da natureza bancária da alienação fiduciária em garantia deve ser pesquisada na análise da extensão do art. 17 da LRB. Se a alienação fiduciária em garantia se encontrar compreendida entre as operações ali descritas, então não restariam dúvidas de que somente aos bancos estaria autorizada a realização do contrato. Caso contrário, revelando-se a alienação fiduciária em garantia negócio estranho ao universo delineado pelo conceito legal de atividade bancária, a qualquer mutuante seria lícito contratar garantia dessa natureza. O fato de o legislador ter optado por tratar da disciplina do negócio nesta ou naquela lei poderá representar, no máximo, falta de rigor na técnica legislativa, mas não um dado hermenêutico de relevância, mormente quando redunda em limitação da liberdade contratual, princípio que ainda enforma a teoria geral dos contratos.

A alienação fiduciária em garantia de bem móvel infungível ou de imóvel não é, portanto, um negócio exclusivo de instituição financeira (quando o objeto da garantia é bem móvel fungível, o contrato é legalmente definido como bancário). A sua natureza, como a de toda alienação fiduciária, é meramente instrumental, de negócio-meio. Dessa forma,

no âmbito do direito privado, pode estar associada a mútuo bancário ou a mútuo civil ou a qualquer outro contrato, ainda que não exclusivo de banco. A função econômica da alienação fiduciária em garantia não está abrangida pela coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, essência da atividade bancária, embora, por evidente, possa estar associada a essas operações.

É certo que as garantias conferidas pela alienação fiduciária ao credor são bem mais consistentes se é ele uma instituição financeira (pois, nesse caso, considera-se o contrato celebrado no contexto do mercado financeiro), como visto acima. Também têm as mesmas substanciais garantias os que operam no mercado de capitais e a Receita Federal. De qualquer modo, a inexistência de meios ágeis para a efetivação da garantia fiduciária para os demais credores não é propriamente impeditivo à celebração do contrato por pessoas privadas que não sejam instituições financeiras; é apenas desmotivador.

4.2. *Faturização ("factoring")*

Faturização — ou "fomento mercantil" — é o contrato pelo qual uma instituição financeira (faturizadora) se obriga a cobrar os devedores de um empresário (faturizado), prestando a este os serviços de administração de crédito.

Como se pode perceber, quando um empresário concede crédito aos consumidores ou aos compradores de seus produtos ou serviços, ele passa a ter mais uma preocupação empresarial, consistente na necessidade de se administrar a concessão do crédito. Isto compreende não somente o controle dos vencimentos, o acompanhamento da flutuação das taxas de juros, os contatos com os inadimplentes, a adoção das medidas assecuratórias do direito creditício, como tam-

bém a cobrança judicial propriamente dita. Além disso, o empresário, ao conceder crédito, assume o risco de insolvência do consumidor ou do comprador.

Claro que, em tese, o empresário não está obrigado a abrir crédito a quem procura os produtos ou serviços por ele oferecidos. Contudo, a competição econômica, por vezes, não lhe dá outra alternativa. Se não criar facilidades de pagamento aos seus clientes, o empresário pode perdê-los para um concorrente.

O contrato de faturização tem a função econômica de poupar o empresário das preocupações empresariais decorrentes da outorga de prazos e facilidades para pagamento aos seus clientes. Por esse negócio, o banco presta ao empresário o serviço de administração do crédito, garantindo o pagamento das faturas por este emitidas. A instituição financeira faturizadora assume, com a faturização, as seguintes obrigações: *a*) gerir os créditos do faturizado, procedendo ao controle dos vencimentos, providenciando os avisos e protestos assecuratórios do direito creditício, bem como cobrando os devedores das faturas; *b*) assumir os riscos do inadimplemento dos devedores do faturizado; *c*) garantir o pagamento das faturas objeto de faturização.

Há duas modalidades de faturização. De um lado, se a instituição financeira garante o pagamento das faturas antecipando o seu valor ao faturizado, tem-se o *conventional factoring*. Essa modalidade compreende, portanto, três elementos: serviços de administração do crédito, seguro e financiamento. De outro lado, se a instituição faturizadora paga o valor das faturas ao faturizado apenas no seu vencimento, tem-se o *maturity factoring*, modalidade em que estão presentes apenas a prestação de serviços de administração do crédito e o seguro e ausente o financiamento. A natureza bancária do *conventional factoring* é indiscutível, à

vista da antecipação pela faturizadora do crédito concedido pelo faturizado a terceiros, o que representa inequívoca operação de intermediação creditícia abrangida pelo art. 17 da LRB. Já em relação ao *maturity factoring*, em razão da inexistência do financiamento, poderia existir alguma dúvida quanto ao seu caráter bancário. Conforme ensina De Lucca, no entanto, se houver da parte da faturizadora a assunção dos riscos pelo inadimplemento das faturas objeto do contrato, a faturização se revestirá, também neste caso, de nítida natureza bancária.

O Banco Central já considerou a faturização um contrato bancário pela Res. BC n. 703/82, que foi revogada pela Res. BC n. 1.359/89. Atualmente, portanto, inexiste ato infralegal que vede a exploração da atividade de faturização de créditos a não exercentes de atividade bancária. A legislação tributária, por sua vez, já conceituou *factoring* como "a prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços". Tomando essa definição por base, a Res. BC n. 2.144/95 esclarece que a prática de quaisquer atos financeiros pela faturizadora, estranhos à definição legal, caracteriza infringência à LRB e à Lei n. 7.492/86.

As empresas de fomento mercantil (as faturizadoras) também devem manter, a exemplo das instituições financeiras, sigilo sobre as suas operações (LC n. 105/2001, art. 1º, § 2º).

4.3. *Arrendamento mercantil ("leasing")*

Em uma definição doutrinária, pode-se dizer que o arrendamento mercantil é a locação caracterizada pela faculdade conferida ao locatário de, ao seu término, optar pela

compra do bem locado. Em termos de disciplina das relações de direito privado, isto é, no tocante às obrigações que as partes assumem uma com a outra em virtude do arrendamento mercantil, inexiste tipificação legal do negócio. Assim, rege-se este pelas cláusulas pactuadas entre os contratantes. O locatário, por ato unilateral, dependente de sua exclusiva vontade, ao fim do prazo locatício, pode adquirir o bem locado, tendo o direito de amortizar no preço da aquisição os valores pagos a título de aluguel.

O legislador, contudo, preocupado com as repercussões de natureza tributária que decorrem do arrendamento mercantil, definiu-o como o negócio realizado entre uma pessoa jurídica (arrendadora) e uma pessoa física ou jurídica (arrendatária) cujo objeto é a locação de bens adquiridos pela primeira de acordo com as especificações fornecidas pela segunda e para uso desta (Lei n. 6.099/74, art. 1º, parágrafo único, com a redação dada pela Lei n. 7.132/83). Para a disciplina das relações de direito público, ou seja, no tocante às obrigações que as partes passam a ter perante o fisco em virtude do arrendamento mercantil, devem-se observar as disposições fixadas pelo legislador.

Dessa forma, um arrendamento mercantil que não se enquadre na definição legal, no que diz respeito às relações entre as partes, terá o tratamento de uma locação com opção de compra e será considerado para os fins de tributação uma simples compra e venda a prazo (Lei n. 6.099/74, art. 11, § 1º). Em suma, uma coisa é a disciplina das obrigações dos contratantes entre si — para esta finalidade, prevalecem as cláusulas fixadas no respectivo instrumento. Outra coisa é a disciplina das obrigações dos contratantes perante o fisco — nesta hipótese, somente o arrendamento mercantil que atende às limitações legais será tido como tal.

Neste contexto, o legislador não admite que se considerem, para fins fiscais, como arrendamento mercantil determinadas modalidades desse contrato, tais como o *self leasing*, em que as partes são coligadas ou interdependentes, e o *leasing* em que o arrendador é o próprio fabricante do produto arrendado. Tais operações receberão o tratamento tributário da compra e venda a prazo. Por outro lado, o *leasing back*, em que a arrendadora adquire o bem a arrendar da própria arrendatária, deve ser tributariamente tratado como arrendamento mercantil.

Pode ser objeto desse contrato o bem imóvel ou móvel de produção nacional, bem como os de produção estrangeira autorizados pelo Conselho Monetário Nacional (Lei n. 6.099/74, art. 10).

A exploração da atividade de *leasing* está disciplinada pela Res. BC n. 2.309, de 1996, que distingue duas modalidades de contrato: o *leasing* financeiro e o operacional. A primeira se caracteriza, basicamente, pela inexistência de resíduo expressivo. Isto é, para o exercício da opção de compra, o arrendatário desembolsa uma importância de pequeno valor, devendo a soma das prestações correspondentes à locação ser suficiente para a recuperação do custo do bem e o retorno do investimento da arrendadora. Na segunda modalidade, como essa soma não pode ultrapassar 75% do custo do bem arrendado, o resíduo a ser pago pela arrendatária, no momento da opção de compra, tende a ser expressivo. O resíduo pode ser pago antecipadamente, obrigando-se a arrendadora a restituí-lo, caso o arrendatário não opte pela aquisição do bem. Alguns julgados, porém, têm considerado a cláusula de *valor residual garantido* (VRG) uma distorção do *leasing*, determinando que os direitos e obrigações das partes sejam tratados como se o vínculo entre elas fosse o de compra e venda a prazo.

Outro aspecto a acentuar é o da responsabilidade pelos danos decorrentes do uso da coisa arrendada. Enquanto a arrendatária não exerce sua opção de compra, a arrendadora tem a posição contratual de locadora e a situação jurídica de proprietária do bem. Em princípio, portanto, deveria responder por danos provenientes do uso da coisa de sua propriedade. Mas, não obstante, a jurisprudência tem entendido que não se pode responsabilizá-la neste caso. A Súmula 492 do STF, referente à responsabilização dos locadores de veículos, não tem sido aplicada às sociedades operadoras de *leasing*.

Há uma divergência jurisprudencial referentemente à ação da arrendadora contra a arrendatária inadimplente. De um lado, julgados admitem, no caso, apenas a possibilidade de o credor ingressar em juízo para postular a resolução do contrato e a devolução da coisa. De outro, decisões judiciais, afirmando a proximidade entre o arrendamento mercantil e a alienação fiduciária em garantia, reconhecem ao arrendador o direito à busca e apreensão do bem arrendado.

No tocante à discussão sobre a sua natureza bancária, é inequívoco que o exercício da opção de compra pelo arrendatário importa a caracterização do pagamento dos aluguéis como verdadeiro financiamento. Se o arrendatário, no entanto, não se vale da faculdade de adquirir o bem, inexiste qualquer característica nessa relação contratual que possa sugerir a sua natureza bancária. O próprio legislador não vinculou a celebração do contrato à qualidade de instituição financeira da arrendadora, tributando como arrendamento mercantil ainda aqueles contratos em que um banco não interfere. No mesmo sentido, o Conselho Monetário Nacional prescreveu que as operações de arrendamento mercantil somente podem ser exploradas por sociedades anônimas dedicadas essencialmente a essa atividade ou por instituições financeiras especificamente autorizadas.

As sociedades dedicadas ao arrendamento mercantil são consideradas instituições financeiras também para os efeitos da lei do sigilo bancário (LC n. 105/2001, art. 1º, VII).

4.4. *Cartão de crédito*

Pelo contrato de cartão de crédito, uma instituição financeira (emissora) se obriga perante uma pessoa física ou jurídica (titular) a pagar o crédito concedido a esta por um terceiro, empresário credenciado por aquela (fornecedor). O cartão de crédito, propriamente dito, é o documento pelo qual o titular prova, perante o fornecedor, a existência do contrato com a instituição financeira emissora, servindo também para a confecção da nota de venda, que é o instrumento de outorga do crédito pelo fornecedor ao titular.

Importante mecanismo na mobilização do crédito ao consumidor, o cartão de crédito é usado pelo titular nas suas compras de produtos ou serviços comercializados pelo fornecedor. O valor dessa compra, por força do crédito que o fornecedor dá ao titular, será pago, sem qualquer acréscimo, na data do vencimento mensal do cartão, diretamente à emissora. Esta, por sua vez, repassará o valor do pagamento ao fornecedor, mediante a exibição das notas de venda.

Trata-se de um contrato bancário, na medida em que a emissora, na verdade, financia tanto o titular como o fornecedor. O primeiro pode, em virtude de disposição contratual, parcelar o valor da compra, em vez de pagá-lo totalmente no vencimento mensal do cartão. Este parcelamento, por certo, implica juros, comissões e correção monetária. Já o fornecedor, de posse das notas de venda, pode negociar o seu recebimento antecipado, pagando os juros e encargos convencionados. Mesmo se o titular pagar todas as suas dívidas integralmente na data de vencimento mensal do cartão

e o fornecedor não negociar a antecipação do valor das notas de venda em seu poder, o cartão de crédito estará instrumentalizando uma operação de intermediação de recursos financeiros, de inegável natureza bancária.

A lei do sigilo bancário elencou as administradoras de cartão de crédito entre as instituições financeiras que devem conservar sigilo sobre suas operações e serviços (LC n. 105/2001, art. 1º, VI).

Cabe ressaltar que o fornecedor não está obrigado a conceder crédito a seus consumidores. Portanto, não se pode obrigá-lo a aceitar pagamento mediante cartão de crédito. Mesmo o fornecedor credenciado pode condicionar a aceitação do cartão de crédito a valores mínimos de compra, para que a transação conserve o interesse para a sua empresa. Eventualmente, ele poderá responder perante a sociedade emissora, que o descredenciará ou cobrará multa contratual. Mas perante o titular, nenhuma responsabilidade advém ao fornecedor credenciado pela recusa na aceitação do cartão de crédito. O essencial na análise desse negócio é não se perder de vista que o uso do cartão apenas instrumentaliza a concessão de um crédito feita pelo fornecedor ao titular.

CAPÍTULO 36

CONTRATOS INTELECTUAIS

1. INTRODUÇÃO

Por contratos intelectuais proponho que se entenda aquele agrupamento de contratos, do interesse de empresários, relacionados com os chamados direitos intelectuais, isto é, com a propriedade industrial (a cessão de patente, cessão de registro industrial, licença de uso de patente de invenção, licença de uso de marca e transferência de tecnologia) ou com o direito autoral (a comercialização de *software*).

A lei cuida do registro destes contratos no Instituto Nacional da Propriedade Industrial — INPI. Esta formalidade, no entanto, visa apenas a conferir eficácia ao negócio perante terceiros, notadamente o fisco e as autoridades monetárias. Assim, para que a remuneração devida em razão do contrato possa servir de base para a dedutibilidade fiscal e para que a sua remessa ao exterior seja admitida pelo governo, se faz indispensável o cumprimento deste requisito formal. Porém, para que o contrato produza efeitos entre os contratantes, é irrelevante o atendimento desta formalidade.

2. CESSÃO DE DIREITO INDUSTRIAL

A cessão de direito industrial pode ter por objeto uma

patente (de invenção ou de modelo de utilidade) ou registro industrial (de desenho industrial ou de marca).

No primeiro caso, o titular da patente (cedente) transfere, total ou parcialmente, ao outro contratante (cessionário), os direitos mencionados na respectiva patente. A cessão pode dizer respeito a patente já concedida pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial, ou apenas solicitada (LPI, art. 68).

A cessão pode ser total, quer dizer, compreender todos os direitos titularizados pelo cedente, ou parcial. Esta última pode ser limitada quanto ao objeto da patente (transferem-se alguns dos direitos industriais outorgados pelo instrumento) ou quanto à área de atuação do cessionário (transfere-se o direito de exploração econômica com exclusividade dentro de certo país, por exemplo). A cessão parcial do direito industrial pode ser também utilizada para a instituição de condomínio sobre a patente. Quanto a este, registre-se que o condômino pode explorar a patente de forma isolada e independentemente do pagamento de remuneração aos demais coproprietários. Contudo, nenhum deles pode, sem anuência dos demais, ceder, licenciar ou autorizar a exploração da patente por terceiros.

Rege-se a cessão de patente pelas normas atinentes à cessão de direitos, observadas as disposições específicas da legislação sobre a propriedade industrial (LPI, arts. 58 a 60). Neste sentido, o cedente responde, perante o cessionário, pela existência do direito industrial à data da cessão (CC, art. 295). Ou seja, se for declarado o cancelamento, a nulidade ou caducidade do direito, por fato anterior à transferência, o cessionário terá direito à resolução do contrato com perdas e danos. Em se tratando de anulação ou caducidade parcial, o cessionário poderá preferir o abatimento no preço da cessão ao desfazimento do negócio.

Neste mesmo contexto, o cedente responde por perdas e danos caso a invenção ou modelo não apresente o desempenho por ele propagado. Não responde, porém, pelos resultados unilateralmente esperados pelo cessionário, mas não obtidos com a exploração da patente.

Na hipótese de o cedente aperfeiçoar o seu invento, poderá obter o direito ao aperfeiçoamento, não se encontrando obrigado a transferi-lo ao cessionário. Contudo, em se tratando de cessão total, não poderá explorar o aperfeiçoamento junto com a invenção sem a anuência do cessionário, ou de seu titular atual, salvo se o instrumento de cessão dispuser em contrário. Além disso, o cedente tem o direito moral à veiculação de seu nome na publicidade ou comercialização de sua invenção ou modelo, mesmo após sucessivas cessões.

A cessão de registro industrial, por sua vez, é o contrato pelo qual o proprietário de registro de desenho industrial ou de marca (cedente) transfere ao outro contratante (cessionário), total ou parcialmente, os direitos, por ele titularizados, de exploração econômica com exclusividade daqueles bens. Tal como a cessão de patente, este contrato é regido pelas disposições atinentes à cessão de direitos e pelas regras específicas contidas nos arts. 121, 134 e 135 da LPI. Desse modo, o cedente responde pela existência do direito industrial ao tempo da transferência, podendo o cessionário demandar a resolução do vínculo e perdas e danos na hipótese de anulação, cancelamento ou caducidade deste por fato anterior ao negócio.

A cessão de registro industrial de marca deve compreender todos os registros, concedidos ou solicitados pelo cedente, de marcas iguais ou semelhantes. Não pode a cessão limitar-se, portanto, a apenas algumas das classes em que se encontra registrada a marca, sob pena de o INPI declarar, de

ofício, o cancelamento dos registros ou pedidos não abrangidos pela transferência (LPI, art. 135).

3. LICENÇA DE USO DE DIREITO INDUSTRIAL

O titular de direito industrial pode (e, em determinadas hipóteses, deve) licenciar o uso da patente ou do registro por terceiros. Difere-se a licença da cessão na medida em que a primeira não transfere a propriedade do direito industrial, que continua titularizado pelo licenciador. Esta modalidade de contrato industrial subsume-se, em decorrência, ao regime da locação de coisa (CC, arts. 565 a 578) e ao disciplinado pelas normas específicas da propriedade industrial (LPI, arts. 61 a 74, 139 e 140). Assim sendo, conforme ensina a doutrina, o cancelamento, anulação ou caducidade do direito, bem como o indeferimento do pedido de patente, não importam no dever de indenizar o licenciado.

A licença de uso é contrato *intuitu personae*, e, portanto, o licenciado não pode transferir os seus direitos a terceiros ou, mesmo, valer-se deles para a integralização de capital de sociedade, salvo expressa autorização do licenciador. Dessa característica decorre, também, a resolução do contrato em caso de cessão do direito industrial, a menos que o instrumento de licença contemple cláusula de vigência perante o cessionário e esteja registrado no INPI.

O licenciamento de uso de direito industrial pode ser pactuado com ou sem exclusividade e o seu prazo não pode, evidentemente, exceder à duração do próprio direito licenciado.

A licença para uso de patente é o contrato pelo qual o seu titular (licenciador ou concedente) autoriza a exploração econômica deste pelo outro contratante (licenciado ou concessionário). Prevê a lei a obrigatoriedade da licença

quando o titular de patente industrial exerce os direitos patenteados de forma abusiva ou se, por meio da patente, pratica abuso de poder econômico (LPI, art. 68, e LIOE, art. 24, IV, *a*). Também cabe a licença compulsória caso o objeto da patente, sem motivo justo, não esteja sendo explorado no Brasil, ou se a sua comercialização não satisfaz as necessidades do mercado (LPI, art. 68, § 1º). Caracterizadas estas situações, qualquer pessoa com legítimo interesse e capacidade técnica e econômica para realizar a eficiente exploração da patente pode requerer ao INPI a licença compulsória.

Note-se que, nestes casos acima (exercício abusivo de direito industrial, infração contra a ordem econômica por meio de patente, não exploração do objeto desta no Brasil ou insatisfatória comercialização), a obrigatoriedade da licença tem caráter sancionador. A lei, contudo, ainda contempla hipóteses de licença compulsória motivada por razões de ordem técnica, como, por exemplo, a dependência de uma patente em relação a outra (LPI, art. 70, I), e para o atendimento de emergência nacional ou interesse público (LPI, art. 71).

As licenças compulsórias de patente, seja qual for o seu fundamento, não concedem exclusividade ao licenciado e não comportam sublicenciamento.

Já a licença para uso de registro industrial define-se como sendo o contrato em que uma parte (licenciador ou concedente) autoriza a exploração do desenho industrial ou da marca de sua propriedade pelo outro contratante (licenciado ou concessionário).

É comum constar deste tipo de contrato cláusula que permita ao concedente exercer efetivo controle sobre as especificações, natureza e qualidade dos produtos ou serviços identificados pela marca licenciada, em atenção aos in-

teresses dos consumidores (LPI, art. 139). O direito consumerista brasileiro não ostenta norma expressa acerca da responsabilidade civil do licenciador por fato do produto ou serviço oferecido pelo licenciado, com uso de desenho industrial ou das marcas por aquele titularizados. Contudo, deve-se entender que o consumidor tem o direito de demandar o titular da marca aposta nos produtos ou serviços defeituosos, por danos sofridos em decorrência destes, mesmo quando são oferecidos ao mercado por terceiros licenciados. Por outro lado, é evidente que o consumidor não poderá demandar o titular do registro se ficar provada a contrafação de registro industrial, isto é, que o produto ou serviço defeituoso foi oferecido ao mercado por fornecedor não licenciado.

Há uma modalidade específica de licença de uso de registro industrial, de marca, denominada *merchandising*, em que o licenciado (*merchandisee*) está autorizado contratualmente a fazer uso da marca titularizada pelo licenciador (*merchandisor*) apenas em produtos ou serviços não oferecidos ao mercado por este último. Quando uma famosa fábrica de refrigerante licencia o uso de sua marca em peças de vestuário, por exemplo, configura-se este tipo especial de licença. No *merchandising*, a responsabilidade do licenciador por fato do produto ou serviço oferecido pelo licenciado existe apenas se o consumidor não puder distinguir, razoavelmente, a natureza essencialmente publicitária da utilização da marca no produto ou serviço defeituoso.

4. TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

Em sentido lato, tecnologia é o tipo de conhecimento que estabelece as adequadas relações entre meio e fim. Distingue-se da ciência em função de sua finalidade, já que o objetivo do saber tecnológico não se relaciona com a pesquisa da verdade, mas com a da mais apropriada forma de se

atingirem fins definidos. Neste contexto, pode-se considerar a clínica médica, a contabilidade e a própria doutrina jurídica como modalidades de tecnologia. Em sentido mais restrito, contudo, esse conceito tem sido geralmente vinculado a determinados campos do conhecimento humano, a saber: a física, química, biologia, engenharia etc. É exclusivamente nesta última concepção, mais estreita, que a tecnologia tem sido objeto de contrato entre empresários.

Em termos jurídicos, tecnologia é o saber industrial, isto é, aquele tipo de conhecimento que se pode utilizar na produção de um bem ou comodidade destinados à comercialização. Somente esta espécie de saber tecnológico tem valor de mercado, e, por isso, o direito se ocupa em disciplinar os muitos interesses que gravitam em torno de sua circulação econômica. Principalmente em um país emergente, como o nosso, a internação de *know-how* (importação de tecnologia) acaba interferindo em importantíssimos aspectos da economia, como, por exemplo, a política cambial ou de controle do capital estrangeiro.

Houve tempo em que as cláusulas do contrato de transferência de tecnologia eram estabelecidas pelo Poder Público, por meio do INPI, e a manifestação de vontade das partes limitava-se à adesão ao negócio, nos termos estabelecidos normativamente. Com a desregulamentação da economia e a edição da Res. INPI 20/91, a transferência de tecnologia perdeu esse caráter, ficando apenas sujeita à averbação naquela autarquia, para produzir os efeitos de natureza fiscal e cambial que dele esperam as partes. Idêntica postura de não ingerência do Estado nos termos do contrato se encontra também, a partir de 1997, na lei (LPI, art. 211).

Costumam-se apontar as seguintes modalidades da transferência de tecnologia: *a*) licença de uso de patente; *b*) licença de uso de registro industrial (uso de desenho indus-

trial ou de marca); *c*) fornecimento de tecnologia; *d*) prestação de serviços de assistência técnica e científica. As duas primeiras espécies contratuais, já examinadas nos itens anteriores, podem ou não servir de efetivo instrumento de transmissão de tecnologia, mas isso não é da essência do contrato. Para que o detentor de um saber tecnológico o repasse a outra pessoa, pode, perfeitamente, valer-se do licenciamento de uso de direito industrial. Contudo, nem sempre a licença importa transferência de tecnologia.

Com efeito, o titular de patente industrial pode autorizar a sua exploração econômica por outrem, e este, ao término do contrato, não se encontrar capacitado para explorar a invenção ou modelo de utilidade sem o concurso do licenciador. Por meio do segredo industrial, o titular da patente pode autorizar o seu uso pelo licenciado sem transmitir-lhe o *know-how*. Em relação à licença de uso de desenho industrial ou, ainda, de marca, esta circunstância é, inclusive, mais perceptível. O proprietário de uma marca pode, por exemplo, licenciar o seu uso por terceiros sem sequer existir qualquer conhecimento específico passível de transmissão. Mas, ainda que a licença de uso de direito industrial não seja instrumento de efetiva transição de conhecimento de um para outro contratante, deve-se providenciar a sua averbação no INPI, para que produza todos os seus efeitos tributários (dedutibilidade fiscal), cambiais (remessa da remuneração para o exterior) e perante terceiros.

Relativamente aos dois outros contratos (fornecimento de tecnologia e assistência técnica e científica), estes, por natureza, importam na transmissão do *know-how* de um para outro contratante. Tais negócios podem, inclusive, ter por objeto saber tecnológico não amparado pela propriedade industrial. São, assim, contratos em que uma das partes (cedente), detentora de conhecimento protegido ou não por

patente, obriga-se a capacitar a outra (cessionário) na aplicação desse conhecimento e obtenção de seus resultados econômicos.

Na transferência de tecnologia, o objetivo negocial é a capacitação do cessionário. Por isso, o cedente deve fornecer-lhe todos os dados e informações técnicas, bem como prestar-lhe a assistência necessária ao atingimento dessa finalidade. Se as partes pactuaram cláusula de indisponibilidade da tecnologia transferida, ou de sigilo, responderá o cessionário por perdas e danos decorrentes de sua inobservância.

5. COMERCIALIZAÇÃO DE "SOFTWARE"

O neologismo "logiciário", sugerido por Vieira Manso, sinônimo de "programa de computador", é uma expressão em português equivalente à inglesa *software* e designa o conjunto de instruções indispensáveis ao tratamento eletrônico de informações.

Os direitos titularizados pelo criador de um logiciário não são tutelados pela propriedade industrial, mas pelo direito autoral. Esta foi a alternativa seguida pela lei brasileira ao disciplinar a propriedade e a comercialização dos programas de computador (Lei n. 9.609/98), o que redunda em importantes consequências no tocante à extensão e natureza desta tutela, em razão das diferenças existentes entre ambos os regimes jurídicos.

Quanto a dois aspectos se distinguem os direitos do inventor, regidos pela propriedade industrial, e os do autor, disciplinados pelo direito civil. Em relação à extensão, a proteção titularizada pelo inventor é mais ampla do que a deferida ao autor, uma vez que a primeira alcança a própria ideia inventiva, excluindo a possibilidade de terceiro fazer

uso de trabalho semelhante, embora original. O direito autoral, por sua vez, restringe a sua tutela à forma de exteriorização da ideia, não impedindo obra semelhante, desde que não ocorra plágio. Já, relativamente à natureza da tutela, o direito do inventor se constitui somente após a edição de ato administrativo de outorga (isto é, a concessão da patente pelo INPI), enquanto o do autor decorre da apresentação da obra ao público e, portanto, independe de qualquer reconhecimento estatal.

Ao se afirmar que o criador de logiciário tem a proteção do direito autoral, isto significa, portanto, que ele tem a prerrogativa de impedir a comercialização por terceiros de programa de computador com idêntica *forma*, desde o momento em que o torna público, por qualquer meio. O seu direito não alcança outros programas semelhantes, de forma suficientemente diferenciada. Por outro lado, note-se que a utilização doméstica e não comercial de programa idêntico criado por terceiro não está vedada. Com exatidão, a cópia de programa de computador (prática conhecida por "pirataria") representa conduta ilícita, lesiva aos direitos do seu autor, mesmo que tenha sido feita sem qualquer intuito lucrativo. Mas nenhuma ofensa a tais direitos existe na *criação* de idêntico logiciário por terceiro, que a utiliza sem nenhum proveito econômico direto. Outro aspecto relacionado com a natureza *autoral* do direito do criador do logiciário é a licitude da chamada "engenharia às avessas". Ou seja, não é lesiva aos direitos do criador a desmontagem magnética do logiciário, por terceiro interessado em descobrir a estrutura interna do programa, com vistas ao aperfeiçoamento de seus conhecimentos.

Com efeito, o direito autoral protege a forma do programa de computador contra os plágios, e não a própria ideia inventiva. Tanto assim que o registro no INPI (órgão

designado pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, nos termos do art. 3º da Lei n. 9.609/98) é feito a partir somente de trechos do programa e outros dados suficientes à caracterização da independência de sua concepção e da sua identidade, os quais se revestem de caráter sigiloso. Por outro lado, a proteção do autor do *software* independe de qualquer formalidade junto aos órgãos públicos. Quem provar, por qualquer meio, ter sido o criador do logiciário, poderá demandar aquele que o plagiou. O registro no órgão designado pelo MDICE, o INPI, não tem caráter constitutivo.

Apenas para se estabelecer o paralelo, lembre-se de que o inventor, ao solicitar a patente, deve apresentar detalhadamente a sua ideia, a qual será divulgada pela publicação do INPI (LPI, art. 30); e ele somente terá direito de exclusividade sobre sua invenção se lhe for concedida a patente.

Para o exato equacionamento das questões relativas aos direitos intelectuais sobre *software*, em síntese, deve-se apelar à lei de disciplina do direito autoral (Lei n. 9.610, de 1998). Salvo quanto às matérias disciplinadas de forma diversa no diploma legal específico, como, por exemplo, o prazo de duração, que é de apenas 50 anos contados de 1º de janeiro do ano seguinte à publicação ou criação do produto.

Um programa de computador pode ser objeto de contrato entre empresários (cessão ou licença de uso ou, ainda, transferência de tecnologia) ou entre o titular dos direitos de comercialização e o usuário. Quanto a este último, previu a Lei n. 9.609/98 (arts. 7º e 8º), as seguintes condições, destinadas à tutela do usuário do programa (consumidor): *a*) obrigatória menção na embalagem, nos suportes físicos e no instrumento contratual, do prazo de validade técnica

do logiciário; *b*) garantia da prestação de serviços técnicos complementares, com vistas ao adequado funcionamento do *software*.

Com o advento do CDC, o usuário de programa de computador pode invocar, para a proteção dos seus interesses, não somente essas condições específicas da Lei n. 9.609/98, mas também a tutela liberada por aquele diploma, desde que se enquadre no conceito legal de consumidor.

CAPÍTULO 37

SEGURO

1. INTRODUÇÃO

O seguro é o contrato em que uma parte (sociedade seguradora) se obriga, mediante o recebimento do pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo da outra parte (segurado), contra riscos predeterminados (CC, art. 757). Esta garantia se materializa, entre outras obrigações, na de pagar ao segurado, ou a terceiros beneficiários, determinada quantia, caso ocorra evento futuro e incerto.

Trata-se, em termos estritamente econômicos, de instrumento de socialização de riscos, pois os segurados podem ser vistos, sob este prisma, como que contribuindo para a constituição de um fundo, destinado a cobrir, ainda que parcialmente, os prejuízos que alguns deles provavelmente irão sofrer. Cálculos atuariais possibilitam a previsão, com relativo grau de certeza, dos eventos danosos. Pela atividade securitária, estes prejuízos previsíveis não são suportados individualmente, apenas pelo titular do interesse diretamente atingido, mas são distribuídos, por assim dizer, entre diversos segurados. Esta característica da atividade securitária, denominada *mutualidade*, proporciona ao segurado substancial economia, pois tem os seus interesses preservados a um custo consideravelmente inferior àquele em que

incorreria caso houvesse de suportar isoladamente as consequências do evento danoso.

Há grande ingerência do Estado na disciplina do seguro, por meio das autoridades securitárias, que exercem permanente fiscalização sobre as seguradoras, as operações desenvolvidas e as próprias condições dos contratos. Para se ter uma ideia da extensão do controle a que se encontra submetida a exploração desta atividade econômica no Brasil, registre-se que o pagamento dos prêmios deve ser feito, obrigatoriamente, por meio da rede bancária (Lei n. 5.627/70, art. 8º). O intervencionismo estatal na área se manifesta pela atuação do Sistema Nacional de Seguros Privados, instituído e regulamentado pelo Decreto-lei n. 73, de 1966 (Lei dos Seguros — LS).

Há duas grandes espécies de seguro, de acordo com a natureza do interesse segurado: o de dano (também chamado "ramos elementares") e o de pessoas ("vida" ou "acidentes pessoais com morte"). As características próprias de cada uma serão analisadas em seguida. Desde já, no entanto, anote-se que a apólice dos seguros de ramos elementares pode ser nominativa, endossável ou ao portador, enquanto a dos seguros de vida não comporta esta última forma.

2. SISTEMA NACIONAL DE SEGUROS PRIVADOS

O Sistema Nacional de Seguros Privados é integrado pelo Conselho Nacional de Seguros Privados — CNSP, pela Superintendência de Seguros Privados — SUSEP, pelo IRB Brasil Resseguros S.A., pelas sociedades seguradoras e pelos corretores.

O Conselho Nacional de Seguros Privados é o órgão da administração direta federal ao qual incumbe traçar a política

geral de seguros privados, disciplinar a constituição, funcionamento e fiscalização das seguradoras, fixar as características gerais do contrato de seguro, normatizar as operações securitárias e aplicar as sanções legais (LS, art. 32).

A Superintendência de Seguros Privados é uma autarquia, com objeto voltado à promoção da política definida pelo CNSP e à fiscalização das seguradoras (LS, art. 36), cabendo-lhe, entre outras, a tarefa de proceder à liquidação extrajudicial destas sociedades. Ela tem competência para fiscalizar todas as seguradoras, exceto as especializadas em seguro saúde, que se encontram sob o controle de outra autarquia federal, a ANS (Agência Nacional de Saúde).

Já o IRB Brasil Resseguros S.A. é uma sociedade de economia mista com capital representado por ações metade titularizadas pela União (Lei n. 9.482/97) e metade pelas seguradoras. Com a Lei n. 9.932/99, as atribuições fiscalizatórias e regulamentares do IRB acerca do resseguro passaram para a competência da SUSEP e foi extinto o monopólio estatal da atividade ressecuritária. Aquela mesma lei deflagrou o processo de privatização do IRB.

Por sua vez, as seguradoras devem estar especificamente autorizadas pelo governo federal para a exploração da atividade securitária. Prevê a lei que a contratação de seguro sem esta autorização importa a pena de multa em valor equivalente à importância segurada (LS, art. 113). Admitem-se como seguradoras apenas sociedades anônimas e cooperativas, sendo que estas últimas somente podem operar com seguros agrícolas ou de acidente do trabalho.

Os fundadores de sociedade com objeto de exploração de atividade securitária devem, inicialmente, requerer a autorização para funcionamento, perante o CNSP. Concedida esta, devem comprovar junto à SUSEP, nos 90 dias seguin-

tes, o atendimento das formalidades de constituição e de eventuais exigências específicas constantes da Portaria Ministerial de autorização para funcionamento. Na sequência, será expedida a carta-patente. A autorização para funcionamento pode ser limitada a determinadas operações (LS, arts. 74 a 78).

A sociedade seguradora não pode falir, a pedido de credor (LS, art. 26), deve possuir o capital mínimo estipulado pelo CNSP (LS, art. 32, VI, e Lei n. 5.627, de 1970) e a alteração de seu estatuto só terá eficácia após a aprovação pelo governo federal (LS, art. 77). Além disso, sujeita-se a regime próprio de distribuição do resultado obtido com o desenvolvimento de sua atividade econômica. Isto é, tem o dever de constituir reservas técnicas, fundos especiais e provisões, com observância dos critérios determinados pelo CNSP, ficando submetida à autorização da SUSEP a alienação, promessa de alienação ou oneração dos bens garantidores de tais provisionamentos (LS, arts. 84 e 85). A ação ou omissão de que decorra insuficiência destas reservas, fundos ou provisões são tipificadas como crime contra a economia popular (LS, art. 110). Por outro lado, diversos mecanismos são previstos por lei para a fiscalização das seguradoras pelas autoridades securitárias. Entre outros, a intervenção da SUSEP, mediante a nomeação de Diretor Fiscal, com honorários pagos pela sociedade, e a concessão de tratamento técnico e financeiro excepcional destinado à recuperação da empresa seguradora (LS, art. 73 e seus parágrafos).

Estabeleceu, também, o legislador um regime de liquidação específico das sociedades seguradoras, que pode ter caráter sancionador (LS, art. 96, *a* e *b*) ou justificar-se apenas como medida de saneamento econômico (LS, art. 96, *c* e *d*). Em qualquer hipótese, mesmo se deliberada pelos acionistas ou associados reunidos em Assembleia Geral, a liqui-

dação da sociedade seguradora será processada pela SUSEP, seguindo o procedimento legalmente definido, e valendo-se, nas omissões deste, da legislação falimentar (LS, arts. 98 a 107). O controlador, administradores e membros do conselho fiscal das seguradoras estão sujeitos às mesmas regras de apuração e efetivação de responsabilidade dos de instituições financeiras (Lei n. 10.190/2001).

Finalmente, os corretores de seguros são pessoas físicas ou jurídicas cuja atividade econômica é a de aproximação das sociedades seguradoras e segurados. O exercício desta profissão é fiscalizado pela SUSEP, que procede à habilitação e registro dos corretores.

A estrutura básica do Sistema Nacional de Seguros Privados foi aproveitada pelo legislador para disciplinar o controle das atividades de capitalização (Dec.-lei n. 261/67) e de previdência privada (Lei n. 6.435/77).

3. NATUREZA DO CONTRATO DE SEGURO

O seguro é contrato de adesão, comutativo e consensual.

Marca significativa do contrato de seguro é a sua extensa disciplina pela legislação e pelas autoridades securitárias. Trata-se de contrato em que as cláusulas são, em sua quase totalidade, definidas pela ordem vigente ou pelos órgãos governamentais, restando às partes reduzida margem para negociações. Assim, não pode o contrato conter cláusula estipulatória de qualquer dispensa ou redução do prêmio (LS, art. 30), ou que faculte a resilição unilateral (LS, art. 13). O CNSP, por outro lado, tem poderes para padronizar as cláusulas e impressos necessários à contratação mediante emissão de bilhete de seguro (LS, art. 10, § 1º), e a SUSEP pode fixar condições de apólices e tarifas de observância obrigatória (LS, art. 36, *c*).

Além disso, a atividade securitária pressupõe a realização de negócios em massa. Ou seja, se um empresário, por hipótese, assumisse a obrigação contratual de indenizar os prejuízos sofridos por uma única pessoa, em razão de evento futuro e incerto, configurar-se-ia, na verdade, o contrato de jogo ou aposta, mas não o seguro, uma vez que estaria ausente o requisito da mutualidade, característica indissociável da operação securitária.

Neste sentido, é o seguro contrato de adesão, aplicando-se-lhe o contido nos arts. 423 e 424 do Código Civil de 2002 (ou art. 54 do CDC, caso o segurado seja consumidor). Assim, as cláusulas ambíguas ou contraditórias serão interpretadas em favor do segurado (ou terceiro beneficiário) e são nulas as cláusulas de renúncia a direitos próprios do contrato.

O razoável consenso doutrinário existente no tocante a esta particularidade do seguro não se reproduz na discussão quanto à sua natureza comutativa e consensual.

A obrigação da seguradora é a de garantir interesse do segurado e a deste, de pagar o prêmio. Antes da entrada em vigor do Código Civil, predominava na doutrina o entendimento de que o seguro era contrato aleatório, isto é, envolveria uma *álea*, porque as partes não têm, ao contratá-lo, como antever sua execução. De fato, no momento da celebração do seguro, o segurado não sabe se será compensadora a realização da despesa relativa ao pagamento do prêmio. Também a seguradora, nesta oportunidade, não tem como saber se irá ou não arcar com o pagamento da indenização ou prestação àquele segurado em especial. A álea, portanto, está presente neste aspecto das relações entre os contratantes: a possibilidade de ocorrência do evento danoso. É claro que as partes mensuram a conveniência econômica em contratar ou não o seguro e o quanto a ocorrência do evento

futuro e incerto pode interferir com os respectivos interesses, mas isto em nada altera a natureza aleatória do sinistro, que pode ou não ocorrer. Aliás, o evento danoso que certamente ocorrerá nenhuma seguradora concorda segurar; e o que certamente não ocorrerá nenhum segurado se interessa por segurar.

Em relação à questão da álea, ainda antes da entrada em vigor do Código Civil, certo entendimento doutrinário negava sua existência para o segurador, sob o argumento de que, considerando-se toda a massa contratual da qual participa, não assume encargo de resultados desconhecidos. Se é verdade que o segurador não tem como antever quais serão exatamente os contratos liquidados mediante pagamento ao segurado, é também indubitável que cálculos atuariais lhe possibilitam dimensionar quantos dos seguros contratados não deverão ser liquidados dessa forma, garantindo-lhe então a lucratividade.

Com a entrada em vigor do Código Civil, altera-se substancialmente o tratamento da matéria no direito brasileiro. Não há mais elementos para sustentar a natureza aleatória do contrato de seguro, entre nós. Isto porque a lei não define mais a obrigação de a seguradora pagar ao segurado (ou a terceiro beneficiário) uma determinada prestação, caso venha a ocorrer evento danoso futuro e incerto. Este pagamento é, na verdade, *um* dos aspectos da obrigação que a seguradora contrai ao contratar o seguro: *a de garantir o segurado contra riscos*.

Para dar cumprimento a essa obrigação — garantir os segurados contra riscos —, a seguradora não está só obrigada a pagar a prestação devida, nas hipóteses delineadas em contrato, mas deve adotar providências de gerenciamento empresarial com vistas a manter-se em condições econômicas, financeiras e patrimoniais para fazê-lo. Quando a segu-

radora não constitui reservas adequadas, ela não está apenas descumprindo normas administrativas da SUSEP; está também faltando ao cumprimento da obrigação de garantir seus segurados. Não há, em outros termos, nenhuma álea: executar o contrato de seguro significa administrar a empresa securitária de modo a garantir os seus segurados contra os riscos contratados.

Referentemente à segunda questão, também muda, com a entrada em vigor do Código Civil, a classificação do contrato de seguro no direito brasileiro. O Código Civil de 1916 contemplava dispositivo (art. 1.433) condicionando a constituição do vínculo contratual a uma formalidade (a elaboração de documento escrito, denominado apólice, ou o lançamento da operação nos livros da seguradora), de sorte que a solenidade do contrato encontrava-se relativamente clara na lei.

No mundo todo, porém, os regulamentos mais modernos do contrato de seguro já haviam descartado a exigência da solenidade. Por outro lado, em razão do tráfico mercantil e suas necessidades, podia-se até mesmo dizer que o dispositivo legal impositivo da forma solene estava, há tempos, em desuso. Com o direito vigente a partir do CC, a apólice ou o bilhete de seguro são instrumentos de *prova* do contrato, mas não o constituem. Aliás, prova-se a contratação do seguro por qualquer documento comprobatório do pagamento do prêmio, como a guia de compensação bancária ou o recibo do corretor (art. 758).

4. OBRIGAÇÕES DAS PARTES

Celebrado o seguro, assume a seguradora a obrigação de garantir o interesse do segurado contra os riscos indicados em contrato. Deste modo, deve organizar-se empresa-

rialmente e gerir os recursos provenientes do pagamento do prêmio (em especial a parte denominada de "prêmio puro") de forma a atender aos compromissos com seus segurados ou beneficiários. Se verificado o sinistro, cujos efeitos danosos era intenção do segurado evitar ou atenuar, a seguradora deve pagar-lhe a importância determinada (CC, art. 757). Já em relação ao segurado, estabelece a lei as obrigações de pagar o prêmio, prestar informações verídicas, abster-se de aumentar o risco em torno do interesse segurado e comunicar à seguradora tanto a verificação de incidente que aumente o risco como a do próprio sinistro.

O contrato deve fixar a data, ou datas de pagamento do prêmio. Em regra, o atraso no adimplemento desta obrigação tem, por consequência, a fluência de juros e correção monetária previstos em contrato. Mas não terá direito de receber da seguradora a importância prevista em contrato o segurado que se encontrar em mora no pagamento do prêmio, caso o sinistro se verifique antes de sua purgação (CC, art. 763). Assim, se o segurado atrasou o pagamento do prêmio ou de prestação deste, e, em seguida, verificou-se o sinistro, ele não pode cobrar da seguradora o pagamento do valor previsto em contrato. A jurisprudência tem atenuado o rigor dessas normas, principalmente na defesa de interesses do consumidor.

O segurado tem o dever de prestar informações verídicas para que a seguradora possa dimensionar o risco a que se submete o interesse objeto do contrato e o valor do prêmio a ser pago. A inobservância deste dever é sancionada com a perda do direito ao seguro, sem prejuízo da cobrança do prêmio (CC, art. 766).

Também perderá o direito ao seguro o segurado que aumentar intencionalmente os riscos envolventes do interesse objeto de contrato. Por exemplo, se o proprietário de automó-

vel segurado confia-o às mãos de motorista sem habilitação, isto pode acarretar, dependendo dos elementos específicos do caso concreto, aumento injustificável do risco de acidentes com o veículo. Trata-se de análise casuística, que o juiz deve fazer com atenção às circunstâncias reais (CC, art. 768).

Por fim, em duas oportunidades tem o segurado o dever de proceder a comunicações à seguradora. Em primeiro lugar, na ocorrência de fator que aumente o risco a que se submete o interesse objeto de seguro. Este aumento de risco pode dar ensejo à resolução do contrato pela seguradora, desde que se manifeste nos 15 dias seguintes à comunicação do agravamento do risco feita pelo segurado. O seguro ainda valerá por 30 dias seguintes ao recebimento, pelo segurado, da notificação da seguradora. Neste caso, também, deve-se restituir parte do prêmio, proporcional à redução do tempo da cobertura (CC, art. 769 e parágrafos). Em segundo lugar, deve ser comunicada à seguradora, de imediato, a verificação do sinistro. O atraso injustificado nesta comunicação acarretará a perda do direito à indenização. Entende-se que a seguradora, tempestivamente advertida do sinistro, tendo condições de evitá-lo ou de atenuá-lo em suas consequências, teria direito de tentar salvar o interesse segurado (CC, art. 771).

5. SEGURO DE DANO

O seguro de dano (ou de "ramos elementares") tem por objeto os interesses relacionados com o patrimônio (bens, valores, direitos etc.), obrigações, saúde e integridade física do segurado. Compreende-se nesta categoria todos os seguros, menos o de *vida e de acidentes pessoais com morte*.

Característica essencial dos seguros de ramos elementares é a natureza indenizatória do pagamento devido pela

seguradora. Ao contrário do que ocorre com o seguro de pessoa, o segurado contrata com a seguradora a recomposição de seu patrimônio, caso venha a ser atingido por sinistro, como, por exemplo, a incapacidade laborativa, despesas com saúde, responsabilidade civil perante terceiros, inadimplemento de devedores, prejuízos patrimoniais. Assim sendo, a liquidação do seguro não pode representar meio de enriquecimento do segurado, mas apenas de reposição de perdas.

Neste contexto, portanto, não é lícito ao segurado contratar pelo seu valor integral mais de um seguro de ramo elementar, referente ao mesmo interesse (prática irregular denominada *sobresseguro*), nem, por outro lado, segurá-lo em importância superior ao seu valor, pois, caso contrário, sobrevindo o sinistro, ocorreria o seu locupletamento sem causa (CC, art. 778). Pela mesma razão, se o interesse for segurado por importância inferior ao seu valor, entende-se que o segurado optou por assumir, pessoalmente, o risco em relação à parte não segurada. Nesta situação, verificando-se o sinistro, a seguradora responde proporcionalmente ao valor do objeto do contrato, arcando o próprio segurado com o restante (regra proporcional).

Note-se que a vedação do sobresseguro funda-se no caráter indenizatório da prestação devida pela seguradora. Ou seja, se inexistisse essa proibição legal, a perda de bens segurados passaria a ser mais vantajosa, ao beneficiário do seguro, do que a sua conservação, estimulando-se, em certa medida, a negligência na guarda daqueles. O sobresseguro, incompatível com a natureza indenizatória da prestação devida pela seguradora, no caso de operação em ramo elementar, não se confunde com o cosseguro ou com o seguro cumulativo, modalidades admitidas pelo direito. Entende-se por cosseguro aquele em que diversas seguradoras se res-

ponsabilizam por uma parte da indenização devida em razão do sinistro (CC, art. 761), e por seguro cumulativo aquele em que segurados, cada qual motivado por interesse próprio, celebram contratos de seguro referentes a um mesmo bem.

Preveem-se em lei hipóteses em que a contratação do seguro é obrigatória, sob pena de multa aplicada pela SUSEP (LS, arts. 20, 112 e 119). A mais conhecida é a de cobertura de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não. Incumbe ao Conselho Nacional de Trânsito implantar e fiscalizar medidas impeditivas do licenciamento e da circulação dos veículos automotores terrestres cujo proprietário não contratou o seguro obrigatório (Lei n. 6.194/74, art. 12, §§ 1º e 2º, incluídos pela Lei n. 8.441/92). O seguro obrigatório subsume-se à mesma disciplina geral do contrato no tocante às obrigações das partes. A obrigatoriedade, acentue-se, diz respeito à contratação e não à liquidação do seguro. Dessa forma, o segurado pode, por exemplo, perder o direito ao seguro se a sua conduta culposa redundar em aumento dos riscos envolventes do interesse objeto de contrato obrigatório (CC, art. 768). Nos seguros obrigatórios, a indenização será paga diretamente ao terceiro prejudicado (CC, art. 788).

6. SEGURO DE PESSOA

A dificuldade em se construir um conceito unitário para o seguro está relacionada com o caráter da prestação devida pela seguradora no seguro de vida. Neste tipo de contrato, o pagamento devido ao beneficiário, em decorrência do sinistro, não tem sentido indenizatório. Aliás, nem sequer poderia ter, uma vez que a vida, juridicamente falando, não pode ser objeto de avaliação, não tem preço. O devido pelas

seguradoras, ao se verificar o evento descrito no contrato de seguro (a morte do segurado antes de certo termo, sua sobrevivência após certo termo ou acidente pessoal com morte), não tem a natureza de ressarcimento ao beneficiário por dano sofrido. Cuida-se, simplesmente, do adimplemento de obrigação pecuniária decorrente de contrato de garantia contra riscos. Por esta razão, o valor devido por contrato pela seguradora não é chamado, na lei, de *indenização* — como no caso dos seguros de dano —, mas sim de *capital*.

Como a prestação assumida pela seguradora (capital), no seguro de pessoa, não tem natureza indenizatória, não é vedado o sobresseguro. Ao segurado, consequentemente, é lícito contratar tantos seguros de vida quantos queira, e o beneficiário poderá, uma vez ocorrida a morte ou sobrevida daquele, reclamar o pagamento de todas as seguradoras (CC, art. 789). Pela mesma razão, a regra proporcional não tem qualquer pertinência, devendo o seguro ser liquidado pelo valor total da apólice.

Atente-se para a circunstância de que, por vezes, a morte de uma pessoa pode tornar exigível a prestação de seguradora, sem que o seguro seja, por isto, caracterizado como de vida. É o caso da morte de pedestre, provocada por veículo automotor terrestre. A liquidação do seguro obrigatório, nesta situação, feita em favor do cônjuge sobrevivente (Lei n. 6.194/74, art. 4º), apenas de forma indireta decorre do falecimento, posto que diretamente está vinculada à responsabilidade civil do proprietário do veículo. Trata-se, assim, de seguro de ramo elementar.

Ao contratar seguro de vida, o proponente, que não é necessariamente o segurado (a pessoa cuja morte ou sobrevida é objeto de contrato — CC, art. 790), nomeia o beneficiário da prestação contratada com a seguradora. Se este não estiver identificado na apólice, entende-se que o seguro foi

estipulado metade em favor do cônjuge não separado judicialmente e o restante dos herdeiros do segurado, seguida a ordem da vocação hereditária (CC, art. 792).

O recebimento pelo beneficiário do capital devido pela seguradora, quando falece o segurado, não tem a natureza de sucessão. É o próprio beneficiário o titular do direito de crédito, de modo que não incide sobre a importância paga qualquer tributo de transmissão *causa mortis*. Por esta mesma razão, os credores do falecido não podem executar os seus créditos sobre a mesma importância (CC, art. 794). É claro que, morrendo o próprio beneficiário, após ter-se tornado titular do crédito perante a seguradora, os herdeiros ou legatários daquele sucedem-no na importância contratada, hipótese em que o seu pagamento deve ser considerado herança ou legado.

O beneficiário de seguro de vida não terá direito ao recebimento do capital, se a morte é voluntária, tal como a decorrente de suicídio premeditado. O suicídio não premeditado não é causa excludente de recebimento do valor do seguro (Súmula 61 do STJ). Considera-se dessa categoria o suicídio cometido após os dois primeiros anos de vigência inicial do seguro ou de sua recondução depois de suspenso (CC, art. 798). Também não exonera a seguradora o falecimento ocorrido em razão da prática de esportes arriscados, exercício de atividade profissional perigosa, cirurgia, prestação de serviços militares, atos de humanidade em auxílio de outrem ou dos riscos maiores oferecidos por meio de transporte (CC, art. 799).

No passado, era muito comum as seguradoras solicitarem dos pretendentes ao seguro de vida o exame de saúde, como meio de mensurar a probabilidade de liquidação do contrato. Hoje, com a evolução dos cálculos atuariais e o desenvolvimento do mercado securitário, esta exigência tem

sido paulatinamente abandonada. Nos seguros em grupo, aliás, a perícia médica sempre foi dispensada. O fato de a seguradora não condicionar o contrato à realização do exame de saúde, contudo, não libera o segurado do dever de prestar informações verídicas, quando da assinatura da proposta ou do bilhete, perdendo o beneficiário o direito ao seguro caso não tenha sido cumprida tal obrigação.

7. SEGURO-SAÚDE

Há duas modalidades de plano privado de assistência à saúde. A primeira é a contratada com operadora de plano de assistência à saúde que presta, diretamente ou por terceiros, serviços médico-hospitalares ou odontológicos aos seus consumidores. A segunda é o seguro-saúde, em que a operadora não presta serviços desta natureza aos seus consumidores, mas, como seguradora, oferece-lhes a garantia contra riscos associados à saúde.

Nas duas modalidades, a operadora deve administrar empresarialmente os recursos de que têm a disponibilidade com vistas a manter-se em condições econômicas, financeiras e patrimoniais aptas ao pleno atendimento das obrigações contraídas perante os consumidores. Por esta razão, a exploração dessa atividade empresarial — plano de assistência à saúde — é fiscalizada pelo governo, por meio de uma autarquia especializada, a Agência Nacional de Saúde — ANS (Lei n. 9.565/98).

O seguro-saúde só pode ser oferecido por seguradoras especializadas nesse tipo de contrato. Quer dizer, o objeto da seguradora deve ser exclusivamente a exploração de seguro-saúde. Ela pode pertencer a grupo de empresas voltadas à exploração da atividade securitária em outros ramos (automóveis, responsabilidade civil, vida etc.), mas deve ser

uma sociedade empresária autônoma, revestida da forma de sociedade anônima. Esta exigência visa facilitar a fiscalização da atividade (Lei n. 10.185/2001). Como mencionado acima, as seguradoras especializadas em seguro-saúde não estão sujeitas à SUSEP, mas à ANS.

8. CAPITALIZAÇÃO

Capitalização é o contrato pelo qual uma sociedade anônima, especificamente autorizada pelo governo federal a operar com este gênero de atividade econômica, se compromete, mediante contribuições periódicas do outro contratante, a pagar-lhe importância mínima ao término de prazo determinado. Comumente, firma-se cláusula contratual com a previsão de prêmios ou de antecipação do pagamento do capital a contratantes sorteados. Configura-se a capitalização como contrato aleatório apenas se pactuada esta cláusula de premiação ou antecipação por sorteio, que, inclusive, representa o aspecto atraente do produto. Mais que o recebimento do capital, ao término do prazo convencionado, interessa aos contratantes a possibilidade de ganhos oferecida pela eventual premiação.

Para o contrato, é indispensável a emissão do respectivo título de capitalização pela sociedade anônima autorizada a operar neste ramo de atividade. Tal documento tem a natureza de título de crédito impróprio de investimento e, por este motivo, comporta somente a forma nominativa (Lei n. 8.021/90, art. 2º, II).

A exploração desta atividade econômica é disciplinada pelo Decreto-lei n. 261, de 1967, que instituiu o Sistema Nacional de Capitalização, aproveitando a estrutura do Sistema Nacional de Seguros Privados. Compete, assim, ao CNSP e à SUSEP controlar e normatizar o mercado. Outros-

sim, as sociedades de capitalização estão submetidas a regime jurídico próximo ao delineado para as sociedades seguradoras. Ou seja, o seu funcionamento depende de autorização governamental, elas não podem falir a pedido de credor e submetem-se à liquidação extrajudicial.

É da essência econômica do contrato de capitalização a poupança do contratante que, ao se obrigar perante a sociedade pelas prestações periódicas, acaba forçando-se a economizar uma certa parte de sua renda. No prazo do contrato, ele terá direito à restituição do capital poupado, ou parte deste, acrescido dos consectários definidos no título. Existem no mercado produtos denominados *capitalização*, aos quais, não obstante, falta esta marca da poupança, uma vez que o contratante desembolsa, para a aquisição do título, apenas uma única prestação e de valor comumente exíguo. A rigor, cuida-se de contrato de jogo ou aposta travestido de capitalização.