SÉRIE RESUMO
1.ª FASE
OAB

Mais de 500.000 exemplares vendidos

Marcelo Hugo da Rocha
Vauledir Ribeiro Santos

Como se preparar para o

EXAME DE ORDEM

8

Comercial

2014

CONTEÚDO MAIS COMPLETO DO MERCADO

- Teoria sistematizada e resumida
- Questões oficiais ao final dos capítulos
- Abordagem completa dos temas cobrados no exame

Coordenação
Vauledir Ribeiro Santos

gen | EDITORA MÉTODO

Como se preparar para o

EXAME DE ORDEM

8 Comercial

Respeite o direito autoral



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

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

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

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

SÉRIE RESUMO
1.ª FASE
OAB

Marcelo Hugo da Rocha
Vauledir Ribeiro Santos

Como se preparar para o
EXAME DE ORDEM

8

Comercial

10.ª edição

gen | EDITORA MÉTODO

SÃO PAULO

■ A EDITORA MÉTODO se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

■ Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa
Copyright © 2014 *by*
EDITORA MÉTODO LTDA.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Rua Dona Brígida, 701, Vila Mariana – 04111-081 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770 – Fax: (11) 5080-0714
metodo@grupogen.com.br | www.editorametodo.com.br

■ Capa: Danilo Oliveira

■ Produção Digital: Geethik

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

Rocha, Marcelo Hugo da

Como se preparar para o Exame de Ordem, 1.ª fase : comercial / Marcelo Hugo da Rocha, Vauledir Ribeiro Santos. – 10.ª ed. – Rio de

Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

(Resumo: v. 8)

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-309-5421-5

1. Ordem dos Advogados do Brasil - Exames. 2. Direito comercial - Brasil - Problemas, questões, exercícios. I. Santos, Vauledir Ribeiro. II. Título. III. Série.

08-5364 CDU: 347.7(81)

Dedico meus estudos aos meus futuros colegas de profissão, para que sirvam de exemplo, pois acreditar em nossos sonhos é o primeiro passo para alcançá-los, basta dedicação.

Marcelo Hugo da Rocha

Dedico este trabalho aos advogados, em especial, aos futuros advogados, responsáveis diretos pelo exercício da cidadania e busca de uma sociedade mais justa.

“Sem advogado não se faz justiça”.

Vauledir Ribeiro Santos

NOTA DOS AUTORES

Com a publicação do novo Provimento do Conselho Federal da OAB, n. 144/2011, algumas importantes mudanças aconteceram, dentre elas a redução de 100 para 80 questões na 1.ª Fase, a partir do IV Exame Unificado (01/2011).

Para nossa disciplina, Direito Comercial, esta mudança foi considerável, pois, em vez de reduzir a sua incidência, aumentou para **cinco questões**, mais do que o dobro do Exame 02/2010, superando, inclusive, Direito Tributário em termos de importância para o *examinando*.

Se antes a preferência da banca era evidente quanto ao Direito Societário, agora a distribuição dos temas ficou mais abrangente, incluindo a retomada de questões que tratam de contratos mercantis.

Não deixamos de lado a qualidade e o comprometimento cultivados até esta edição, ao contrário, reforçamos sua preparação, atualizando o conteúdo e as questões, pois acreditamos que a sua aprovação passa pelo Direito Comercial.

Fiquem com Deus.

Vauledir Ribeiro Santos
vauledir@grupogen.com.br

Marcelo Hugo da Rocha
mhdarocha@gmail.com

NOTA À SÉRIE

É com enorme satisfação que apresentamos aos candidatos ao Exame da OAB a *Série Resumo: como se preparar para o Exame de Ordem – 1.ª fase*, composta por quinze volumes, a saber: Constitucional, Comercial, Administrativo, Tributário, Penal, Processo Penal, Civil, Processo Civil, Trabalho, Ética Profissional, Ambiental, Internacional, Consumidor, Leis Penais Especiais e Direitos Humanos.

Esta série é mais um grande passo na conquista de nosso sonho de oferecer aos candidatos ao Exame de Ordem um material sério para uma preparação completa e segura.

Sonho esse que teve início com a primeira edição de *Como se preparar para o Exame de Ordem – 1.ª e 2.ª fases*, prontamente acolhido pelo público, hoje com mais de 100.000 exemplares vendidos, trabalho que se firmou como o guia completo de como se preparar para as provas. Mais adiante, lançamos a série *Como se preparar para a 2.ª fase do Exame de Ordem*, composta, atualmente, por quatro livros – *opção PENAL, CIVIL, TRABALHO e TRIBUTÁRIO* –, obras que também foram muito bem recebidas por aqueles que se preparam para a prova prática nas respectivas áreas.

A série tem como objetivo apresentar ao candidato o conteúdo exigível, estritamente necessário, para aprovação na 1.ª fase do Exame de Ordem, numa linguagem clara e objetiva.

Para tanto, foi elaborada por professores especialmente selecionados para este mister, e estudiosos do tema Exame de Ordem, que acompanham constantemente as tendências e as peculiaridades dessa prova.

Os livros trazem, ao final de cada capítulo, questões pertinentes ao tema exposto, selecionadas de exames oficiais, para que o candidato possa avaliar o grau de compreensão e o estágio de sua preparação.

Vauledir Ribeiro Santos
(vauledir@grupogen.com.br)

Nota da Editora: o Acordo Ortográfico foi aplicado integralmente nesta obra.

SUMÁRIO

1. TEORIA GERAL DO DIREITO EMPRESARIAL

1.1 Empresário

1.1.1 Regime jurídico-empresarial

1.1.2 Empresário individual e sociedade empresária

1.1.3 Capacidade do empresário individual

1.2 Estabelecimento empresarial

1.2.1 Conceito

1.2.2 Alienação do estabelecimento empresarial

1.2.3 Proteção ao ponto empresarial

1.2.4 Renovação compulsória das locações não residenciais

1.3 Nome empresarial

1.3.1 Noções

1.3.2 Registro Público de Empresas Mercantis (RPEM)

1.4 Prepostos

1.5 Escrituração

1.6 Questões

2. PROPRIEDADE INDUSTRIAL

2.1 Considerações preliminares

2.2 Patente

2.3 Registro

2.3.1 Desenho industrial

2.4 Marca

2.5 Questões

3. DIREITO SOCIETÁRIO

3.1 Considerações gerais sobre o direito societário

3.1.1 Sociedade (arts. 981 a 985, CC)

- 3.1.2 Distinção entre empresa e sociedade
- 3.1.3 Sociedades empresárias e sociedades simples
- 3.1.4 Sociedades empresárias e empresas individuais de responsabilidade limitada
- 3.1.5 Personalização da sociedade empresarial
- 3.1.6 Desconsideração da personalidade jurídica
- 3.1.7 Sociedade regular e irregular

3.2 A sociedade não personificada (arts. 986 a 996, CC)
- 3.2.1 A sociedade em comum (arts. 986 a 990, CC)
- 3.2.2 A sociedade em conta de participação (arts. 991 a 996, CC)

3.3 A sociedade personificada (arts. 997 a 1.141, CC)
- 3.3.1 A sociedade não empresária ou simples (arts. 997 a 1.038, CC)
  - 3.3.1.1 Contrato social
  - 3.3.1.2 Administração da sociedade
  - 3.3.1.3 Das obrigações e responsabilidades dos sócios
  - 3.3.1.4 Dos direitos dos sócios
  - 3.3.1.5 A dissolução da sociedade (arts. 1.033 a 1.038, CC)
  - 3.3.1.6 A liquidação da sociedade (arts. 1.102 a 1.112, CC)
- 3.3.2 As sociedades empresárias
  - 3.3.2.1 Sociedade em nome coletivo (arts. 1.039 a 1.044, CC)
  - 3.3.2.2 Sociedade em comandita simples (arts. 1.045 a 1.051, CC)
  - 3.3.2.3 Sociedade limitada (arts. 1.052 a 1.087, CC)
  - 3.3.2.4 A sociedade anônima (arts. 1.088 a 1.089, CC; Lei 6.404/1976)
  - 3.3.2.5 Sociedade em comandita por ações (arts. 1.090 a 1.092, CC)

3.4 Sociedade cooperativa
- 3.4.1 Noções
- 3.4.2 Características
- 3.4.3 Tipos de cooperativas

3.5 Grupos de sociedades

3.5.1 Considerações preliminares
3.5.2 Sociedades coligadas
3.5.3 Grupo
3.5.4 Consórcios

3.6 Transformação, incorporação, fusão e cisão das sociedades (arts. 1.113 a 1.122, CC)
3.6.1 Considerações preliminares
3.6.2 Transformação
3.6.3 Incorporação
3.6.4 Fusão
3.6.5 Cisão

3.7 Sociedades dependentes de autorização (arts. 1.123 a 1.141, CC)

3.8 Questões

4. TÍTULOS DE CRÉDITO

4.1 Teoria geral do direito cambiário
4.1.1 Conceito de título de crédito
4.1.2 Princípios dos títulos de créditos
4.1.3 Classificação dos títulos de crédito

4.2 Títulos de crédito em espécie
4.2.1 Letra de câmbio (Decretos 2.044/1908 e 57.663/1966)
4.2.1.1 Conceito
4.2.1.2 Saque
4.2.1.3 Ressaque
4.2.1.4 Aceite (arts. 21 a 29, LU)
4.2.1.5 Endosso (arts. 11 a 20, LU e arts. 910 a 920, CC)
4.2.1.6 Aval (arts. 30 a 32, LU e arts. 897 a 900, CC)
4.2.1.7 Vencimento da letra de câmbio (arts. 33 a 37, LU)
4.2.1.8 Pagamento da letra de câmbio (arts. 38 a 42, LU)
4.2.1.9 Protesto (arts. 28 a 33, Decreto 2.044/1908)
4.2.1.10 Ação cambial (arts. 43 a 54, LU)

4.3 Nota promissória (arts. 75 a 78, Decreto 57.663/1966)

4.4 Cheque (arts. 1.° a 71, Lei 7.357/1985)
4.4.1 Considerações preliminares

4.4.2 Aval
4.4.3 Cheque pós-datado
4.4.4 Cheque cruzado
4.4.5 Cheque visado
4.4.6 Cheque administrativo (bancário)
4.4.7 Cheque para levar em conta
4.4.8 Apresentação e pagamento do cheque (arts. 32 a 43, LC)
4.4.9 Cheque sustado (arts. 35 e 36, LC)
4.4.10 Prescrição do cheque (art. 59, LC)
4.4.11 Ação por falta de pagamento (arts. 47 a 55, LC)

4.5 Duplicata mercantil (arts. 1.° a 28, Lei 5.474/1968)
4.5.1 Considerações preliminares
4.5.2 Fatura
4.5.3 Remessa e devolução da duplicata (arts. 6.° a 8.°, LD)
4.5.4 Protesto da duplicata (arts. 13 e 14, LD)
4.5.5 Processo para a execução da duplicata (arts. 15 a 17, LD)
4.5.6 Execução e falência em razão de duplicata não aceita
4.5.7 Prescrição da duplicata (art. 18, LD)
4.5.8 Duplicata de prestação de serviços e por conta de serviços (arts. 20 a 22, LD)
4.5.9 Duplicata virtual (art. 8.°, Lei 9.492/1997)

4.6 Cédula hipotecária
4.7 Certificado de depósito bancário – CDB
4.8 Conhecimento de transporte, *warrant* e conhecimento de frete
4.9 Questões

5. DIREITO FALIMENTAR

5.1 A Lei de Falências
5.1.1 Considerações preliminares
5.1.2 A falência
5.1.3 Devedores sujeitos à falência
5.1.4 Insolvência
5.1.4.1 Impontualidade injustificada
5.1.4.2 Execução frustrada

5.1.4.3 Atos de falência

5.1.5 Processo falimentar

5.1.5.1 Pedido de falência (arts. 97 e 105, LF)

5.1.5.2 A resposta do réu

5.1.5.3 Procedimento da autofalência (arts. 105 a 107, LF)

5.1.6 A sentença declaratória da falência

5.1.7 Efeitos da sentença declaratória de falência

5.1.8 A massa falida objetiva e subjetiva

5.1.9 Administração da falência

5.1.9.1 Administrador judicial

5.1.9.2 Assembleia-geral de credores

5.1.9.3 Comitê de credores

5.1.10 Quadro geral dos credores

5.1.11 Responsabilidade dos sócios na falência

5.1.12 Atos ineficazes do falido

5.1.13 Ação revocatória

5.1.14 Classificação geral de créditos

5.1.15 Extinção da falência e reabilitação do falido

5.2 A recuperação judicial e extrajudicial

5.2.1 Considerações preliminares

5.2.2 A recuperação judicial

5.2.2.1 Condições gerais para requerer a recuperação judicial (art. 48, LF)

5.2.2.2 Pedido e processamento da recuperação judicial

5.2.2.3 Administração dos bens

5.2.2.4 Da convolação da recuperação judicial em falência

5.2.3 A recuperação extrajudicial (arts. 161 a 167, LF)

5.3 Questões

6. CONTRATOS MERCANTIS

6.1 Considerações preliminares

6.1.1 Dos contratos mercantis como fontes de obrigações

6.1.2 Força obrigatória do contrato

6.1.3 Desconstituição do vínculo contratual

6.1.4 Contratos civis e mercantis
6.2 Dos contratos em espécie
6.2.1 Mandato mercantil (arts. 653 a 691, CC)
6.2.2 Da compra e venda mercantil
6.2.2.1 Características
6.2.2.2 Formação dos contratos de compra e venda mercantil
6.2.2.3 Obrigações do vendedor
6.2.2.4 Obrigações do comprador
6.2.3 Depósito mercantil
6.2.4 Contrato de representação comercial (Lei 4.886/1965)
6.2.5 Contrato de franquia ou *franchising* (Lei 8.955/1994)
6.2.5.1 Características
6.2.5.2 Encargos do franqueado
6.2.5.3 Obrigações do franqueador
6.2.6 Contrato de *leasing* ou arrendamento mercantil
6.2.7 Contrato de faturização ou *factoring*
6.2.7.1 Características
6.2.7.2 Espécies de faturização
6.2.8 Contratos de seguro
6.2.8.1 Características
6.2.8.2 Natureza do contrato de seguro
6.2.8.3 Obrigações das partes
6.2.8.4 Espécies de contrato de seguro
6.2.9 Comissão mercantil (arts. 693 a 709, CC/2002)
6.2.10 *Hedging* ou *hedge*
6.3 Questões

GABARITO



TEORIA GERAL DO DIREITO EMPRESARIAL

1.1 EMPRESÁRIO

1.1.1 Regime jurídico-empresarial

De acordo com o **art. 966** do CC, "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".

Para exercer sua atividade regularmente, todo empresário está sujeito a um conjunto de regras específicas, denominadas *regime jurídico-empresarial*. Esse regime é o responsável por regulamentar a prática da atividade mercantil e torná-la legal. Nesse sentido, o empresário que não seguir determinadas normas, tais como o registro do contrato social ou do estatuto da sociedade na Junta Comercial e a não manutenção de uma escrituração contábil, será tido como irregular, e, consequentemente, não se beneficiará do regime de execução especial em caso de insolvência, que é a *falência*. Também não terá legitimidade ativa para requerer a *recuperação judicial* e a *extrajudicial*.

Por outro lado, se seguir corretamente todas as determinações a ele impostas, terá, dentre outras vantagens, o benefício de se valer da eficácia probatória de sua escrituração contábil, prevista no art. 379 do CPC, poderá pedir a falência de seu devedor e também uma das formas de recuperação da empresa **(Lei 11.101/2005)**.

1.1.2 Empresário individual e sociedade empresária

O empresário pode ser **pessoa física** ou **jurídica**. Como pessoa física, será chamado de *empresário individual*; em sendo pessoa jurídica, *sociedade empresária* (art. 44, II, CC) e, agora, *empresa individual de responsabilidade limitada* (art. 44, VI, CC). Conforme destaca Fábio Ulhoa Coelho, desde logo devemos acentuar que os **sócios** da *sociedade empresária* **não** são *empresários*, e sim **empreendedores** (além de capital, são administradores) ou **investidores** (aportam capital), dependendo da colaboração dada à sociedade. Assim, as regras que são aplicáveis ao *empresário individual* não se aplicam aos **sócios** da *sociedade empresária*[1].

Anteriormente ao vigente Código Civil brasileiro **(Lei 10.406/2002)** e sob a *teoria dos atos de comércio*, disciplinada pelo Código Comercial de 1850, somente quem praticava *ato de mercancia* era considerado **comerciante**. O *ato de mercancia* ou *de comércio* foi delimitado no Regulamento 737 de 1850 (arts. 19 e 20). Nas palavras de Fran Martins, "atos de comércio serão os atos praticados pelos comerciantes, no exercício de sua profissão, e como tais ficam sempre sujeitos à lei comercial"[2].

Com a adoção da *teoria da empresa*, primeiro pela doutrina, jurisprudência e por leis esparsas, desloca-se, por essa teoria, segundo Bruno Mattos e Silva, "o âmbito da parte geral do direito comercial, antes centrado nas figuras do comerciante e dos atos de comércio, para a figura do empresário e da empresa, entendida esta como a atividade econômica organizada e realizada de forma habitual"[3].

Conforme já mencionado, o **empresário** (que não pode mais ser chamado de *comerciante* em virtude da adoção da **teoria da empresa)** é definido como aquele profissional exercente de atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou de serviços.

Desse conceito são extraídos os seguintes elementos:

a) *profissionalismo* – cuja noção está subordinada à observância de três pressupostos: **habitualidade, pessoalidade** e **monopólio das informações** sigilosas em relação aos bens ou serviços oferecidos pelo empresário;
b) *atividade econômica organizada* – que significa qualquer atividade lícita e idônea à geração de lucro para quem a explora em virtude da organização dos **quatro fatores de produção** e que são: mão de obra, capital, insumos e tecnologia; e
c) *produção ou circulação de bens ou serviços* – fabricação de bens,

prestação de serviços e a atividade de intermediação (*circulação*) de bens ou serviços.

Em decorrência do disposto no **parágrafo único do art. 966** do CC, podemos concluir que são *atividades econômicas* (**civis**) que *não* se enquadram no conceito de **empresário** e, portanto, não se submetem ao regime jurídico-empresarial ("Não se considera empresário"):

a) aquele que explora atividade empresarial, mas não se enquadra no conceito legal de empresário;
b) o profissional intelectual (de natureza científica, literária ou artística, quando o exercício da profissão não constitui elemento de empresa);
c) o empresário rural (*desde que não* proceda à sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, caso em que será equiparado a empresário – arts. 971 e 984[4]); e
d) as cooperativas (em qualquer caso, independentemente do seu objeto, serão sempre *civis* ou *simples*, ciência do art. 982).

O art. 967 do CC dispõe ser **obrigatória** a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade. No caso de **microempreendedor individual** (vide art. 18-A da LC 123/2006), o processo de abertura e registro, bem como de alterações e baixa, deverá ter trâmite especial e simplificado, preferentemente eletrônico (art. 968, § 4.°, CC)[5]. Para fins de *simplificação*, poderão ser dispensados, p. ex., o uso de *firma*, da indicação de capital e informações relativas do próprio microempreendedor individual (nacionalidade, regime de bens e estado civil).

O § 3.° do art. 968 do CC, incluído pela LC 128/2008, permite que o **empresário individual**, caso venha a admitir sócios, solicite ao Registro Público de Empresas Mercantis – RPEM – a transformação de seu registro de empresário para registro de **sociedade empresária**.

E, antecipando o capítulo próprio do Direito Societário, considera-se **empresária** a *sociedade* que tem por objeto o exercício de atividade própria de **empresário** sujeito a registro (art. 967 do CC), salvo exceções expressas, como diz o *caput* do art. 982 do CC.

1.1.3 Capacidade do empresário individual

De acordo com o **art. 972** do CC, "Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem no pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos".

Assim, *não têm capacidade civil*: os menores de 18 anos não emancipados, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os deficientes mentais, os excepcionais, os pródigos e os índios (a capacidade dos índios está regulada pela Lei 6.001/1974 – Estatuto do Índio).

No entanto, o art. 974 permite excepcionalmente que o *incapaz* seja empresário individual (pela representação ou assistência) desde que autorizado pelo juiz (por meio de **alvará**) para que continue a exercer a empresa por ele constituída enquanto era capaz, ou que foi constituída por seus pais ou por pessoa de quem for sucessor. Vale ressaltar que essa autorização judicial poderá ser revogada a qualquer tempo, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou interdito, sem prejuízo dos direitos de terceiros (art. 974, § 1.°, do CC).

A Lei 12.399/2011 incluiu a exigência do § 3.° do art. 974 do CC, em que o RPEM (a cargo das Juntas Comerciais) deverá registrar contratos ou alterações contratuais de sociedade que envolva **sócio incapaz**, desde que atendidos, de *forma conjunta*, os seguintes pressupostos: o sócio incapaz *não pode* exercer a **administração da sociedade**; o **capital social** deve ser *totalmente integralizado*; o sócio **relativamente incapaz** deve ser *assistido* e o **absolutamente incapaz** deve ser *representado* por seus representantes legais.

Estão **legalmente impedidos**, entre outros, de serem **empresários**:

Impedidos legalmente de ser empresários	
O **falido**, desde a decretação da falência até a sentença que extinguiu suas obrigações e **aquele ainda** *não reabilitado*	LF, arts. 102 e 181, I.
Aqueles que foram **condenados pela prática de crime cuja pena vede o acesso à atividade empresarial**	Lei 8.934/1994; art. 35, II.

O **leiloeiro**	Decreto 21.981/1932, art. 36.
Os **funcionários públicos civis da União**	Lei 8.112/1990, art. 117, X.
Os **estrangeiros ou sociedades não sediadas no Brasil ou não constituídas segundo nossas leis ou que dependam de autorização**	CC, arts. 1.123 a 1.141.
Os **devedores do INSS**	Lei 8.212/1991, art. 95, § 2.°, *d*.
Aqueles **em desempenho de função pública**	CF, art. 54, II, *a*.
O **estrangeiro com visto temporário**	Lei 6.815/1980, art. 99.
O **militar da ativa**	Lei 6.880/1980, art. 29.
O **membro do Ministério Público**	Lei 8.625/1993, art. 44, III.
O **magistrado**	LC 35/1979, art. 36, I e II.
As **pessoas arroladas no art. 1.011 do CC**	CC, art. 1.011.

No entanto, isto não obsta que estas pessoas participem como **sócias** de uma *sociedade empresária*, desde que também tenha esta restrição expressamente disposta em lei especial, como, por exemplo, o próprio **art. 44, III**, da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei 8.625/1993) preceitua: "membro do MP está vedado a exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como *cotista* ou *acionista*".

Quanto aos *funcionários públicos*, estes não poderão participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, salvo a participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades

em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros, e exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário.

O art. 973 do CC estabelece que a pessoa **legalmente impedida** de exercer atividade própria de empresário, *se a desempenhar*, **responderá pelas obrigações contraídas**. Isso significa que a responsabilidade pelas obrigações assumidas será pessoal e ilimitada.

O Código Civil, contrariando a orientação jurisprudencial construída sobre as regras do Código Comercial (que teve sua Parte Primeira revogada pelo art. 2.045, permanecendo vigente apenas a Parte Segunda que corresponde ao comércio marítimo), prevê expressamente a possibilidade de constituição de *sociedade marital* sendo essa a sociedade empresarial composta exclusivamente por marido e mulher. O **art. 977** do CC faculta aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da *comunhão universal de bens* ou no da *separação obrigatória*. Se, a despeito da proibição legal, for registrada na Junta Comercial sociedade exclusivamente por marido e mulher, seus sócios responderão *ilimitadamente* pelas obrigações sociais.

1.2 ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

1.2.1 Conceito

Segundo Rubens Requião[6], o **estabelecimento empresarial** "é o instrumento da atividade do empresário". É a *base física* da empresa, o complexo de bens, sejam eles corpóreos ou incorpóreos, tais como máquinas, instalações, tecnologia, marcas e patentes, reunidos pelo empresário para que possa praticar a atividade empresarial.

São *elementos* do estabelecimento empresarial: os bens corpóreos (máquinas, equipamentos) e incorpóreos (nome, ponto). O **aviamento** e a **clientela**, para alguns autores, são considerados elementos do estabelecimento; por outros, atributos da empresa. Porém, tal distinção não se mostra relevante, pois, de acordo com o conceito de Rubens Requião[7], "Aviamento é a capacidade da empresa gerar lucros, devido à excelência de sua organização".

Entendendo-se *aviamento* como a capacidade da empresa em gerar lucros, tem-se que aquele será responsável por indicar o valor da empresa, por meio de

seu bom funcionamento, refletindo o prestígio e confiança que ela goza no meio social. Já a *clientela* é o conjunto de pessoas que mantém, continuamente, relações para aquisição de bens ou serviços com o estabelecimento empresarial, conforme explica ainda Rubens Requião[8].

O novo Código Civil, em seus arts. 1.142 a 1.149, trata do **estabelecimento**, definindo-o como "todo o complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por *empresário* ou por *sociedade empresária*".

Por fim, Fábio Ulhoa Coelho trata com precisão as diferenças das expressões **empresa** e **estabelecimento empresarial**, sendo a primeira a *atividade* de produção ou circulação de bens ou serviços, e a segunda, como o *local* em que a atividade é desenvolvida, incluindo a reunião dos demais bens corpóreos e incorpóreos[9].

1.2.2 Alienação do estabelecimento empresarial

Tendo em vista que o estabelecimento empresarial é o **conjunto de bens** do empresário destinados à prática mercantil, é evidente, também, que ele constitui a principal garantia dos credores em caso de uma eventual insolvência.

Sendo assim, para que possa haver a alienação do estabelecimento empresarial (pelo contrato de *trespasse*) há certos requisitos, criados por lei, que devem ser observados, para a proteção dos interesses dos credores. Isso não quer dizer que o empresário não possui a livre administração de seu estabelecimento; pelo contrário, ele pode dispor de seu **fundo de comércio** da mesma forma que os demais bens de seu patrimônio. Porém, quando se trata de alienação do estabelecimento empresarial, a lei o obriga a se sujeitar à *anuência dos credores* se ao alienante não restarem bens suficientes para solver seu passivo.

Assim, é **requisito essencial** para a alienação do fundo de comércio quando, em virtude dela, não restarem bens suficientes para a solvência do passivo a concordância expressa ou tácita (no caso de silêncio do credor depois de passados 30 dias da notificação de alienação – art. 1.145 do CC) dos credores.

Entretanto, esse procedimento pode ser dispensado se ao empresário ainda restarem bens suficientes em seu patrimônio para saldar o débito. Caso contrário, ou seja, se não possuir bens suficientes para o pagamento dos credores e não observar o requisito acima mencionado, o empresário poderá, em virtude do disposto no art. 94, III, *c*, da nova Lei de Falências (Lei 11.101/2005), ter sua *falência* decretada e, consequentemente, a alienação perderá sua validade.

Em se tratando de alienação, o passivo do empresário não se transfere ao adquirente do estabelecimento empresarial. Até poderá ser estipulada, de acordo com a vontade das partes, cláusula de transferência do passivo, em que o adquirente se torna sucessor do alienante. Nessa situação, os credores poderão demandar em face do adquirente do estabelecimento a cobrança de seus créditos. Tal acordo, porém, é uma exceção.

De acordo com o art. 1.146 do CC, "o adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento".

O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros *depois de averbado* à margem da inscrição do **empresário**, ou da **sociedade empresária**, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial (art. 1.144 do CC).

Em relação aos créditos referentes ao estabelecimento transferido, a sua cessão produzirá efeito em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência, mas o devedor ficará exonerado se de boa-fé pagar ao cedente (art. 1.149 do CC).

Vale lembrar que, para a transferência do estabelecimento empresarial, é importante verificar se existe ou não o *ponto*, pois, existindo, o estabelecimento poderá ser transferido sem a permissão do locador, podendo o adquirente aliená-lo novamente não sendo mais necessários os requisitos legais. Caso não haja o *ponto*, o estabelecimento só poderá ser transferido com a permissão do locador, e os prazos serão aproveitados.

Quanto às responsabilidades *trabalhistas*, respondem **solidariamente** o alienante e o adquirente (art. 448 da CLT); em relação às responsabilidades *tributárias*, o adquirente tem responsabilidade **subsidiária** ou **integral** (art. 133 do CTN). No entanto, o adquirente do estabelecimento empresarial em leilão promovido devido a processo de recuperação judicial ou falência **não responde** pelas obrigações do alienante (arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei 11.101/2005).

Após a alienação do estabelecimento empresarial, o direito empresarial brasileiro estipulou a *cláusula de não restabelecimento* sendo essa a cláusula *implícita* em qualquer contrato de alienação de estabelecimento empresarial que

proíbe o alienante, nos **5 anos** subsequentes à transferência, de restabelecer-se em idêntico ramo de atividade empresarial para concorrer com o adquirente, salvo se devidamente autorizado em contrato (art. 1.147 do CC). No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato.

1.2.3 Proteção ao ponto empresarial

O ponto empresarial, ou de comércio, é o *lugar* onde está situado o **estabelecimento empresarial** e para o qual se destina a clientela. O *ponto* é o local escolhido pelo empresário para realizar a atividade empresarial, de modo a ensejar seu contato com um público específico.

A **proteção** do ponto dependerá da *natureza do direito* exercido sobre o **bem imóvel**, segundo o qual:

a) se o imóvel **pertencer ao empresário**, a proteção do ponto se faz pelas mesmas normas de tutela da propriedade imobiliária previstas no Código Civil (pelo juízo possessório ou pelo juízo petitório); e
b) se o imóvel do ponto **for alheio**, sendo, por isso, objeto de *contrato de locação* não residencial entre o proprietário e o empresário, a proteção do ponto será feita por meio da *renovação compulsória* do contrato, conforme está prevista na Lei das Locações (Lei 8.245/1991).

1.2.4 Renovação compulsória das locações não residenciais

A Lei de Locações (Lei 8.245/1991), em seu **art. 51**, prevê **três requisitos** "cumulativamente" (somados) para que a **locação não residencial** seja *beneficiada* com o regime da renovação compulsória, quais sejam:

a) o locatário deve ser empresário;
b) a locação deve ser contratada por escrito e por tempo determinado de, *no mínimo*, **5 anos**, admitida a soma dos prazos de contratos sucessivamente renovados por acordo amigável (Súmula 482 do STF); e
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.

Em síntese, reconhece Fábio Ulhoa Coelho, “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”[10]. Essa renovação compulsória nada mais é do que uma proteção conferida ao *ponto* empresarial, dada a importância que ele representa na atividade mercantil. Chama-se esta tutela de *garantia de inerência* no ponto empresarial, mas que, no entanto, é *relativa*.

De acordo com o art. 51 da Lei das Locações – LL, a ação que visa a assegurar o direito à renovação compulsória é chamada de *ação renovatória* e deve ser promovida *entre 1 ano e 6 meses anteriores* ao término do contrato a renovar, sob pena de decadência do direito (art. 51, § 5.°).

Por meio da **ação renovatória**, o inquilino fica resguardado dos abusos praticados pelo locador, principalmente quando o estabelecimento empresarial encontrar-se contemplado com um movimento de clientes favorável, no momento da renovação do contrato.

A tutela de *garantia de inerência* no ponto empresarial é *relativa*, pois a lei *não admite* a proteção da locação empresarial em detrimento do direito de propriedade. Em certos casos, essa renovação compulsória do contrato de locação não será possível, uma vez que o direito concedido ao empresário no sentido de garantir-lhe a continuidade da exploração empresarial de um imóvel locado, não pode, nunca, representar uma redução ao direito de propriedade que o locador tem sobre seu imóvel.

Assim, o **locador** poderá requerer o imóvel do locatário, desde que fundamentado nos seguintes motivos:

a) insuficiência da proposta de renovação do imóvel apresentada pelo locatário (art. 72, II, da LL);
b) se for apresentada ao locador melhor proposta de um terceiro interessado no imóvel (art. 72, III, da LL). Nesse caso, somente poderá ser renovado o contrato de locação ao locatário caso aceite pagar o mesmo valor da proposta feita;
c) para a reforma substancial do prédio locado (art. 52, I, da LL), tanto para atender interesse do Poder Público, como por vontade própria do locador, caso em que o locatário terá direito à indenização se as obras não se iniciarem dentro de 3 meses da desocupação;

d) para uso próprio do locador, seja para o desempenho de atividades econômicas ou não (art. 52, II, da LL). Mas se o locador vier a desempenhar a mesma atividade empresarial do locatário, caberá a esse uma indenização; e

e) transferência de estabelecimento empresarial existente há mais de 1 ano e titularizado por ascendente, descendente ou cônjuge, desde que atue em ramo diverso do locatário. Caso o ramo seja o mesmo explorado pelo locatário, esse terá direito a uma indenização.

O **locador** de espaço em *shopping center* não pode oferecer **exceção de retomada** com fundamento no uso próprio ou na transferência de fundo de comércio (art. 52, § 2.°, da LL). Nas relações entre lojistas e os empreendedores prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e também o disposto sobre as locações não residenciais da citada lei, principalmente quando da renovação do contrato. O empreendedor não poderá cobrar do locatário do espaço em *shoppings centers* (art. 54 da LL):

a) obras de reforma ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel (art. 22, parágrafo único, *a*, da LL);

b) pintura das fachadas, empenas, poços de aeração e iluminação, bem como das esquadrias externas (art. 22, parágrafo único, *b*, da LL);

c) indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados, ocorridas em data anterior ao início da locação (art. 22, parágrafo único, *d*, da LL);

d) as despesas com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite-se (art. 54, § 1.°, *b*, 1.ª parte, da LL);

e) obras de paisagismo nas partes de uso comum (art. 54, § 1.°, *b*, 2.ª parte, da LL).

1.3 NOME EMPRESARIAL

1.3.1 Noções

Todo comércio, seja ele constituído por **empresário individual**, seja por uma

sociedade empresária, seja uma empresa individual de responsabilidade limitada, possui um nome empresarial que o identifica e o diferencia dos demais.

O novo Código Civil considera nome empresarial a *firma* ou a *denominação* adotada para exercício de empresa, conforme os arts. 1.155 a 1.168 do CC. Para os efeitos da proteção da lei, equipara-se ao nome empresarial a denominação das **sociedades simples, associações** e **fundações**.

O nome empresarial, identificador do empresário, também possui proteção jurídica. Não resta dúvida de que, por exemplo, duas lojas com o mesmo nome empresarial causariam diversos transtornos tanto para os próprios empresários quanto para os clientes e credores.

Consequentemente, o *titular* de um nome empresarial tem direito à sua *exclusividade*, podendo, inclusive, impedir que um outro empresário ou uma sociedade venha a se constituir com um nome igual ou semelhante ao seu.

De acordo com a legislação, *duas* são as *espécies* de nomes empresariais previstos: a *firma* e a *denominação*. As diferenças entre elas estão na *estrutura* e na *função* de cada uma.

Quanto à *estrutura*, a **firma** (ou **razão social**) apresenta o **nome civil** do empresário individual ou dos sócios da sociedade empresarial, em que poderá ser completo ou abreviado o nome e, se quiser, incluir o gênero da atividade como, por exemplo, "Armarinhos José Bernardo & Cia" (art. 1.156). A **denominação** é o **nome empresarial** composto por palavra ou termo que *pode* coincidir com o nome civil dos seus sócios, mas *deve* designar o objeto da sociedade, observado ainda que *pode* adotar qualquer outra expressão linguística (chamada "elemento fantasia"), por exemplo, "Casa da Esperança", "Shopping Visconde de Mauá".

A adoção de **firma** ou **denominação** dependerá do *tipo social* adotado:

a) adotam *firma*: o empresário individual, a sociedade em nome coletivo e a sociedade em comandita simples (na qual só o nome civil dos sócios *comanditados* – de responsabilidade ilimitada – poderá compor o nome empresarial);
b) *denominação*: a sociedade anônima (integrada pelas expressões "sociedade anônima" ou "companhia", por extenso ou abreviadamente, art. 1.160) e as cooperativas (integradas pelo vocábulo "cooperativa", art. 1.159); e
c) adotam *firma* ou *denominação*: a empresa individual de responsabilidade limitada (acompanhado pela expressão "EIRELI" após a *firma* ou *denominação*)[11], a sociedade limitada (sempre acompanhado da expressão

"limitada" ou "Ltda.", sob pena de responsabilização ilimitada dos administradores – art. 1.158) e a sociedade em comandita por ações (se adotar firma, somente o nome dos sócios diretores ou administradores pode ser adotado; se denominação, deve fazer referência ao objeto social).

Três observações a serem consignadas a respeito do *nome empresarial*:

- A *sociedade em conta de participação*, por sua natureza de sociedade secreta (não personalizada), está **proibida** de adotar nome empresarial (firma ou denominação) que denuncie sua existência (art. 1.162 do CC);
- *Qualquer* sociedade empresária que se encontrar sob **recuperação judicial** deverá obrigatoriamente acrescentar ao seu nome a expressão "em Recuperação Judicial" (art. 69 da Lei de Falências);
- E aquela pessoa física ou jurídica que se registrar como *microempresário* ou *empresário de pequeno porte*, terá acrescido ao seu nome as distinções "ME" ou "EPP" (art. 72 da Lei Complementar 123/2006).

Quanto à *função*, a **firma**, além de ser a identidade do empresário também é sua assinatura. Já a **denominação** tem a função de somente identificar o empresário. A firma, dessa maneira, deve conter: o nome civil do empresário, por extenso ou abreviado, de forma facultativa acrescido com a designação do gênero de negócio ou expressões qualificativas.

Devem ser observadas as regras do art. 1.165 do CC em relação à **firma**: o nome de sócio que vier (1) a *falecer*, (2) for *excluído* ou (3) se *retirar*, **não poderá ser conservado** na *firma*. Já a *transformação* e a *lesão a direito de outro empresário* são causas que acarretam, obrigatoriamente, a alteração do nome empresarial seja **firma**, seja **denominação** (art. 1.167 do CC).

É importante observar que, de acordo com o art. 1.164 do CC, o **nome empresarial** *não pode* ser objeto de alienação, ao contrário do que acontece com o **estabelecimento**. Entretanto, o parágrafo único ressalva que o adquirente de estabelecimento, por ato entre vivos, pode, se o contrato o permitir, usar o nome do alienante, precedido do seu próprio, com a qualificação de "sucessor".

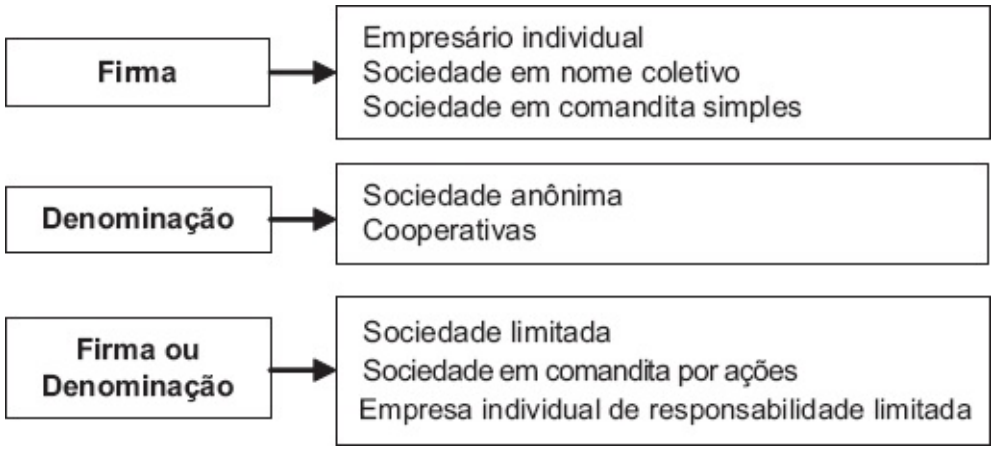
O **nome empresarial** não é sinônimo de **marca** nem do **título do estabelecimento**, senão vejamos a situação hipotética: uma doceria (*estabelecimento*) tem escrito no letreiro de sua fachada o nome "Casa de Doces da Vovó" (*título do estabelecimento*). Um dos produtos mais vendidos é uma caixa de biscoitos fabricados por eles próprios que se chama "Biscoitos da

Vovó" (*marca*). Quando o consumidor comprar o produto e receber a nota fiscal, verá impresso "Ness e Gomes Comércio de Doces Ltda." (*nome empresarial*). Portanto, esta distinção não impede que a mesma sociedade empresária tenha outra loja de doces (*estabelecimento*) denominada "Casa de Doces do Vovô" (*título do estabelecimento*), vendendo outras *marcas* de doces.

A proteção do **nome empresarial**, a cargo das *juntas comerciais*, decorre, automaticamente, do *arquivamento* da declaração de firma mercantil individual, do ato constitutivo de sociedade ou de alterações desses atos que impliquem mudança de nome (art. 61 do **Decreto 1.800/1996**). Essa proteção circunscreve-se *à unidade federativa de jurisdição da junta comercial* que procedeu ao arquivamento (art. 61, § 1.°), ou seja, nos limites do respectivo Estado, mas, havendo **requerimento expresso**, *poderá ser estendida* (art. 61, § 2.°, do Dec. 1.800/1996) a todo território nacional (art. 1.166 do CC).

Sintetiza Bruno Mattos e Silva que, após o *registro* do **nome empresarial**, outro empresário não poderá utilizar o mesmo nome, portanto, "terá direito a usar um determinado nome o empresário que primeiro efetuar o devido registro na Junta Comercial, como decorrência do *princípio da novidade*, segundo o qual o empresário deverá adotar nome empresarial distinto dos nomes já existentes"[12].

Recapitulando:



1.3.2 Registro Público de Empresas Mercantis (RPEM)

O **empresário individual** e a **sociedade empresária** vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das juntas comerciais, e a **sociedade simples** ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos

de sociedade empresária. (art. 1.150 do CC/2002).

O RPEM está regulamentado pela **Lei 8.934/1994** e sua estrutura é composta por 2 órgãos de níveis diferentes de governo:

a) *no âmbito federal* – temos o Departamento Nacional do Registro do Comércio (DNRC), com a competência de estabelecer apenas as diretrizes gerais para a disciplina da atividade registrária (não tem, portanto, função executiva);
b) *no âmbito estadual* – temos a junta comercial, órgão pertencente ao governo estadual, com função executiva da atividade registrária. As juntas comerciais subordinam-se hierarquicamente ao DNRC, quando se tratar de matéria técnica de registro de empresa, e ao Governo Estadual, quando se tratar de matéria administrativa.

Os **atos de registro** de empresa possuem as seguintes espécies:

Matrícula	É o ato que rege a inscrição de leiloeiros, tradutores públicos, administradores de armazéns gerais e de todos aqueles que exercem atividades paracomerciais.
Arquivamento	É o ato que rege a inscrição do empresário individual, das sociedades empresariais, das cooperativas, dos grupos de sociedades, das sociedades empresariais estrangeiras, das microempresas e empresas de pequeno porte e dos grupos de consórcio. De acordo com art. 60 da Lei 8.934/1994, o empresário individual e a sociedade empresária que não procederem a qualquer arquivamento no período de 10 anos deverão comunicar à junta comercial que ainda se encontram em atividade, sob pena de, caso assim não procedam, serem considerados como inativos, acarretando, consequentemente, na perda da proteção do nome empresarial e na irregularidade da atividade empresarial (com todas as sanções reservadas a essa

	condição).
Autenticação	É o ato que atesta a regularidade dos livros comerciais e das fichas escriturais.

Na maioria dos casos, os atos de registro referentes ao *arquivamento*, à *matrícula* e à *autenticação* são decididos por meio de decisão singular da junta comercial, pelo presidente da junta ou o vogal por ele designado. Apenas o arquivamento dos atos apresentados por sociedade anônima e o julgamento de recursos contras as decisões do presidente da junta (ou do vogal) serão decididos por órgão colegiado (pelo plenário, composto pelos vogais, ou pelas turmas, compostas de 3 vogais).

Importante tratamento recebe o Registro Público de Empresas Mercantis, ao qual o empresário deverá se inscrever, *antes* do início de sua atividade. Tal inscrição dar-se-á na respectiva sede e deverá conter (art. 968, I a IV, do CC):

I – o seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens;

II – a firma, com a respectiva assinatura autógrafa;

III – o capital;

IV – o objeto e a sede da empresa.

Estabelece, ainda, o Código, que qualquer alteração nesses itens deverá ser **averbada** (o mesmo valendo para modificações nos contratos de constituição das sociedades), assim como os pactos e as declarações antenupciais do empresário, o título de doação, herança ou legado, os bens clausulados de incomunicabilidade ou inalienabilidade. Além disso, estatui que a sentença que homologar separação judicial ou reconciliação, somente poderá ser oposta contra terceiros depois de devidamente arquivada e averbada nesse mesmo RPEM, assim como a prova da emancipação ou a autorização do incapaz, bem como sua revogação.

Caso o empresário abra uma *filial* ou *sucursal* de sua empresa em local sujeito à jurisdição de outro RPEM, essa também deverá ser **inscrita**, oportunidade em que será necessária a prova da inscrição original e, independentemente dessa nova inscrição, da averbação que comprove a existência de estabelecimento

secundário no registro da sede.

Por fim, ainda com relação ao registro, o art. 971 do CC faculta ao empresário, cuja *atividade rural* constitua sua principal profissão, requerer a inscrição na respectiva sede, deixando claro que, *se realizado*, passará a ser equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito ao registro. O mesmo vale para a sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural e seja constituída, ou transformada, de acordo com um dos tipos de sociedade empresária (art. 984 do CC).

Essa possibilidade de inscrição do *empresário rural* é apenas uma das formas que o Código encontra para assegurar o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e o pequeno empresário quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes; estampada no art. 970 da nova lei.

1.4 PREPOSTOS

Na última parte destinada ao direito empresarial, o Código Civil traz ainda disposições acerca dos **prepostos** da empresa (arts. 1.169 a 1.178).

Os prepostos, de acordo com a sistemática adotada, são o *gerente*, o *contabilista* e *outros auxiliares*. O **gerente** pode ser definido como o preposto permanente no exercício da empresa, na sede desta, ou em sucursal, filial ou agência, sendo autorizado à prática de todos os atos relacionados a seu ofício, desde que a lei não exija poderes especiais. Trata-se de um *auxiliar dependente interno*[13], assalariado e sujeito ao poder hierárquico direto do empresário, que presta serviços internos para a empresa. Além disso, havendo mais de um gerente e não havendo estipulação em contrário, serão considerados solidários no exercício de sua função. Como consequência de seus poderes, poderão estar em juízo em nome do preponente. O gerente, que exerce funções de chefia, é de existência facultativa e suas funções podem ser atribuídas a qualquer pessoa.

O **contabilista** é, ordinariamente, um *auxiliar independente*, que não se subordina hierarquicamente ao empresário, colaborando apenas em suas relações externas com atividades autônomas em relação à empresa (ressalte-se que o contabilista pode ser também um auxiliar dependente quando tiver sido contratado como empregado). O contabilista, que é o responsável técnico pela escrituração dos livros comerciais, é de existência obrigatória, e suas funções só podem ser atribuídas aos profissionais legalmente habilitados.

É importante observar que não poderão os prepostos, sem autorização escrita, fazerem-se substituir no desempenho da função, sob pena de responder pessoalmente pelos atos do substituto. Também não poderão atuar sem autorização expressa (art. 1.169 do CC).

No que diz respeito à responsabilidade, os proponentes são responsáveis pelos atos de quaisquer prepostos praticados em seus estabelecimentos e relativos à atividade da empresa, ainda que não autorizados por escrito. Entretanto, quando tais atos forem praticados fora do estabelecimento, somente obrigarão o preponente nos limites dos poderes conferidos por escrito, cujo instrumento pode ser suprido pela certidão ou cópia autêntica de seu teor (art. 1.178 do CC).

1.5 ESCRITURAÇÃO

Por fim, como último item tratado na parte destinada ao direito empresarial, encontra-se o capítulo referente à escrituração dos livros comerciais e de outros documentos (arts. 1.179 a 1.195 do CC).

Assim, estabelece o legislador que o *empresário individual* e a *sociedade empresária* são **obrigados** a seguir um sistema de contabilidade com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico; com a ressalva de ser o *pequeno empresário* dispensado dessas exigências (vide também a **Lei Complementar 123/2006** que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte)[14].

A escrituração dos livros ficará sob a responsabilidade de contabilista legalmente habilitado e deverá ser feita em moeda e idioma nacionais e em forma contábil, sendo permitida a utilização de códigos ou abreviaturas desde que constantes em livro próprio, regularmente autenticado.

Os **livros comerciais** podem ser *obrigatórios* ou *facultativos*. **Obrigatórios** são aqueles cuja escrituração é imposta ao empresário, cominando-se sanções diante da sua ausência (ex.: *Diário* – **único livro** obrigatório comum a todos os empresários – art. 1.180); **facultativos** são os livros que o empresário escritura com vistas a um melhor controle sobre os seus negócios e cuja ausência não lhe acarreta nenhuma sanção (ex.: *Caixa* e *Conta-Corrente*). Para as **microempresas** e para as **empresas de pequeno porte**, *optantes* pelo SIMPLES NACIONAL (regime tributário simplificado, LC 123/2006), o *livro-Caixa* está dispensado

(art. 26, § 2.°).

Os livros empresariais gozam da proteção do **princípio do sigilo** pelo fato deles conterem informações minuciosas de toda a vida econômica da empresa. Se o acesso a essas informações fosse livre, o conhecimento de seu conteúdo pelos concorrentes poderia colocar em risco a própria existência da empresa. Sendo assim, a exibição dos livros empresariais, que pode ser **total** ou **parcial**, só pode ocorrer em determinadas hipóteses previstas em lei.

Se a exibição for *total* ou *integral* (art. 1.191), o juiz estará impedido de determiná-la de ofício, dependendo, portanto, de *requerimento das partes* e desde que necessária à solução de questões relativas à sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou em caso de falência (nesta, os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado – art. 51, § 1.°, da Lei 11.101/2005).

A exibição *parcial* pode ser decretada *de ofício* ou a *requerimento da parte* e em qualquer ação judicial, desde que útil à solução da demanda (arts. 381 e 382 do CPC; art. 1.191 do CC). Entretanto, qualquer que seja a hipótese e, independentemente de ser exibição *total* ou *parcial*, o exame da escrituração não pode ser recusado às **autoridades fazendárias** no exercício da fiscalização do pagamento de impostos (art. 1.193 do CC) nem em relação à fiscalização dos agentes da **seguridade social** (art. 33, § 1.°, da Lei 8.212/1991).

Vale destacar que, de acordo com o **art. 379 do CPC**, os livros comerciais que preencham os requisitos exigidos por lei, servem como *prova em favor do seu autor* no litígio entre comerciantes.

1.6 QUESTÕES

1. (X Exame de Ordem Unificado – FGV) Lavanderias Roupa Limpa Ltda. (“Roupa Limpa”) alienou um de seus estabelecimentos comerciais, uma lavanderia no bairro do Jacintinho, na cidade de Maceió, para Caio da Silva, empresário individual. O contrato de trespasse foi omisso quanto à possibilidade de restabelecimento da “Roupa Limpa”, bem como nada dispôs a respeito da responsabilidade de Caio da Silva por débitos anteriores à transferência do estabelecimento. Nesse cenário, assinale a afirmativa correta.

a) O contrato de trespasse será oponível a terceiros, independentemente de qualquer registro na Junta Comercial ou publicação.

b) Caio da Silva não responderá por qualquer débito anterior à transferência, exceto os que não estiverem devidamente escriturados.

c) Na omissão do contrato de trespasse, Roupa Limpa poderá se restabelecer no bairro do Jacintinho e fazer concorrência a Caio da Silva.

d) Não havendo autorização expressa, “Roupa Limpa” não poderá fazer concorrência a Caio da Silva, nos cinco anos subsequentes à transferência.

2. (X Exame de Ordem Unificado – FGV) Heliodora Moda Feminina Ltda. é locatária de uma loja situada no shopping center Mateus Leme. Sobre o contrato de locação de uma unidade comercial em shopping center, assinale a afirmativa correta.

a) O locador poderá recusar a renovação do contrato com fundamento na necessidade de ele próprio utilizar o imóvel.

b) As despesas cobradas do locatário não precisam estar previstas em orçamento, desde que devidamente demonstradas.

c) O empreendedor poderá cobrar do locatário as despesas com obras de reformas que interessem à estrutura do shopping.

d) As condições livremente pactuadas no contrato respectivo prevalecerão nas relações entre os lojistas e o empreendedor.

3. (OAB/Nacional 2007.II) Considerando o atual estágio do direito comercial (ou empresarial) brasileiro, assinale a opção correta.

a) O Código Civil de 2002, assim como o Código Comercial de 1850, adotou a teoria da empresa.

b) O Código Civil de 2002 não revogou a antiga legislação sobre sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

c) O Código Civil de 2002 revogou totalmente o Código Comercial de 1850.

d) A Constituição da República estabelece a competência privativa da União para legislar sobre direito comercial (ou empresarial).

4. (OAB/Nacional 2007.II) Com relação ao nome empresarial, assinale a opção correta.

a) O nome empresarial não pode ser objeto de alienação.

b) As companhias podem adotar firma ou denominação social.

c) Em princípio, o nome empresarial, após ser registrado, goza de proteção em todo território nacional.

d) O empresário individual opera sob denominação.

5. (OAB/Nacional 2007.III) Paulo e Vinícius, únicos sócios da Ômega Comércio de Roupas Ltda., decidiram ceder integralmente suas cotas sociais e, também, alienar o estabelecimento empresarial da sociedade para Roberto e Ana. Ômega Comércio de Roupas Ltda. Havia celebrado contrato de franquia com conhecida empresa fabricante de roupas e artigos esportivos. Considerando a situação hipotética acima, assinale a opção correta.

a) A eficácia da alienação do estabelecimento empresarial dependerá sempre do consentimento expresso de todos os credores.

b) O adquirente não responderá por qualquer débito anterior à transferência do estabelecimento empresarial.

c) O franqueador não poderá rescindir o contrato de franquia com a Ômega Comércio de Roupas Ltda. com base na transferência do estabelecimento.

d) Os alienantes do estabelecimento empresarial da Ômega Comércio de Roupas Ltda. não poderão fazer concorrência aos adquirentes nos cinco anos subsequentes à transferência, salvo se houver autorização expressa para tanto.

6. (OAB/Nacional 2008.I) Armando e Arnaldo, advogados, resolveram celebrar contrato de sociedade para realizar, por prazo indeterminado, a fabricação regular de peças para automóveis. Considerando essa situação hipotética, assinale a opção correta.

a) O instrumento do contrato deverá ser inscrito no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, em razão de os sócios serem advogados.

b) Sendo ambos os sócios advogados, a sociedade será necessariamente simples.

c) A sociedade só existirá se o instrumento do contrato for submetido a registro.

d) O instrumento do contrato deverá ser inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis, por ser empresarial o objeto da atividade.

7. (XI Exame de Ordem Unificado – FGV) Vanderlei de Assis pretende iniciar uma atividade empresarial na cidade de Novo Repartimento. Consulta um advogado para receber esclarecimentos sobre o registro de empresário e os efeitos dele decorrentes, informando que a receita bruta anual prevista para a futura atividade será inferior a R$ 60.000,00 (sessenta mil reais). As informações prestadas abaixo estão corretas, à exceção de uma. Assinale-a.

a) Se no curso da atividade empresarial Vanderlei de Assis vier a admitir algum sócio, poderá solicitar ao Registro Público de Empresas Mercantis a transformação de seu registro de empresário para registro de sociedade empresária.

b) Em razão de sua receita bruta anual prevista, Vanderlei poderá solicitar seu enquadramento como microempreendedor individual – MEI, devendo indicar no requerimento a firma individual com a assinatura autógrafa.

c) A inscrição de empresário no Registro Público de Empresas Mercantis, embora obrigatória, não é constitutiva para fins de sua caracterização, mas permite usufruir das prerrogativas legais concedidas aos empresários regulares.

d) A inscrição do empresário obedecerá ao número de ordem contínuo para todos os empresários inscritos e quaisquer modificações nela ocorrentes serão averbadas à margem, com as mesmas formalidades.

8. (OAB/Nacional 2008.III) Alienado o estabelecimento empresarial, é correto afirmar, quanto às obrigações ligadas à sua exploração, que

a) o adquirente sub-rogar-se-á legalmente em todos os contratos estipulados pelo alienante.

b) o adquirente não poderá fazer concorrência ao alienante pelo prazo de cinco anos.

c) o adquirente receberá por cessão todos os créditos do alienante, invalidando-se qualquer pagamento posterior feito pelo devedor ao cedente.

d) o adquirente obrigar-se-á solidariamente por créditos regularmente contabilizados, vencidos e vincendos, existentes na data do trespasse, agora por ele devidos.

9. (OAB/Nacional 2009.II) O nome comercial ou de empresa, ou, ainda, o nome empresarial, compreende, como expressão genérica, três espécies de designação: a firma de

empresário (a antiga firma individual), a firma social e a denominação. (REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 1.° vol., 27.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 231, com adaptações).

Considerando a doutrina relativa às espécies de nomes comerciais, assinale a opção correta.

a) O direito brasileiro se filia ao sistema legislativo da veracidade ou da autenticidade. Assim, a firma individual deve ser constituída sob o patronímico do empresário individual.

b) A omissão do termo “limitada” na denominação social não implica necessariamente a responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores da firma.

c) A utilização da expressão “sociedade anônima” pode indicar a firma de sociedade simples ou empresária.

d) O registro do nome comercial na junta comercial de um estado garante à sociedade constituída a exclusividade da utilização internacional da denominação registrada.

10. (OAB/Nacional 2011.II) Em relação à incapacidade e proibição para o exercício da empresa, assinale a alternativa correta.

a) Caso a pessoa proibida de exercer a atividade de empresário praticar tal atividade, deverá responder pelas obrigações contraídas, podendo até ser declarada falida.

b) Aquele que tenha impedimento legal para ser empresário está impedido de ser sócio ou acionista de uma sociedade empresária.

c) Entre as pessoas impedidas de exercer a empresa está o incapaz, que não poderá exercer tal atividade.

d) Por se tratar de matéria de ordem pública e considerando que a continuação da empresa interessa a toda a sociedade, quer em razão da arrecadação de impostos, quer em razão da geração de empregos, caso a pessoa proibida de exercer a atividade empresarial o faça, poderá requerer a recuperação judicial.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1] *Manual de direito comercial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 20.
[2] MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 92.
[3] SILVA, Bruno Mattos e. *Direito de empresa*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 28.
[4] O art. 984 refere-se à sociedade simples exercente de atividade própria de empresário rural que também poderá optar pela sua inscrição no Registro Público de Empresas como sociedade empresária.
[5] Incluído pela Lei 12.470/2011.
[6] REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1, p. 197.
[7] Ibidem, p. 224.
[8] Ibidem, p 237.
[9] *Op. cit*., p. 12 e 57.
[10] *Op. cit*., p. 62.
[11] Novidade legislativa a partir da Lei 12.441/2011 e que incluiu o art. 980-A no Código Civil.
[12] *Op. cit*., p. 122.
[13] Denominação apresentada por Rubens Requião (*Curso de direito comercial*, cit., 22. ed., 1995, p. 143).
[14] Ficar atento, pois o Estatuto foi bastante alterado pela LC 139, de 10 de novembro de 2011.



PROPRIEDADE INDUSTRIAL

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Rubens Requião[1] destaca que "O empresário, sobretudo para o efeito de fixar sua clientela, foi levado a imaginar sinais ou expressões distintivas, para individualizar e caracterizar os produtos resultantes do exercício de sua atividade. Surgem, assim, bens de natureza imaterial, incorpórea, frutos da inteligência e engenho do empresário".

O reconhecimento desses bens e da respectiva necessidade de protegê-los determinou a estruturação de uma disciplina própria que ficou conhecida por **propriedade industrial**, entendida como o "conjunto de normas e institutos que têm como objetivo a proteção dos bens imateriais pertencentes ao empresário e ligados à atividade por ele desenvolvida"[2]. A Lei da Propriedade Industrial (LPI – Lei 9.279/1996), portanto, regula e disciplina os *direitos imateriais* que se integram, como elementos, na empresa.

A lei em comento tem origem constitucional, dentro do capítulo dos *direitos e garantias fundamentais*, cujo texto se encontra no **inciso XXIX do art. 5.°** da CF.

De acordo com o **art. 2.°** da LPI, a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

	de patentes:	de invenção

<table>
<tr><td rowspan="3">Concessão</td><td></td><td>de modelo de utilidade</td></tr>
<tr><td rowspan="2">de registro:</td><td>de desenho industrial</td></tr>
<tr><td>de marca</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Repressão</td><td colspan="2">às falsas indicações geográficas;</td></tr>
<tr><td colspan="2">à concorrência desleal.</td></tr>
</table>

Esses *direitos industriais*, advindos da propriedade industrial, são concedidos pelo **Instituto Nacional da Propriedade Industrial** (INPI), que é uma **autarquia federal** instituída pela Lei 5.648/1970. De acordo com o art. 5.° do aludido diploma, os direitos de propriedade industrial são considerados *bens móveis*.

Nesse sentido é a lição de Gabriel Di Blasi, em que o *bem* para a propriedade intelectual "é tudo aquilo, *incorpóreo* e *móvel*, que, contribuindo direta ou indiretamente, venha propiciar ao homem o bom desempenho de suas atividades, já que possui função concorrencial no plano econômico"[3]. Assim, **somente após a devida obtenção da concessão pelo INPI** é que se tem garantido o direito de exploração econômica com *exclusividade* de qualquer *invenção, modelo de utilidade, desenho industrial* ou *marca* (lembre-se de que a proteção do nome empresarial, que se inicia com arquivamento dos atos constitutivos na Junta Comercial, não depende desses atos). Antes de tal ato, não há que se falar em qualquer tipo de reivindicação.

E o que seria, por fim, **propriedade intelectual**? Seria o direito de usar, gozar e dispor de um bem *incorpóreo* e *móvel*, e que pode ser artístico, técnico e científico. Segundo Di Blasi, a **propriedade intelectual** regularia as ligações do autor, ou criador, com o bem incorpóreo e a **propriedade industrial**, como "um episódio" da propriedade intelectual (leia-se *espécie*), trataria da "proteção jurídica dos bens incorpóreos aplicáveis tecnicamente, de forma prática, nos diversos segmentos das indústrias", ou seja, aqueles direitos informados anteriormente no **art. 2.°** da LPI[4].

2.2 PATENTE

Patente é o título que formaliza o **privilégio** de *invenção* ou de um *modelo de utilidade*. É um **privilégio** *temporário* segundo a própria Carta Magna designa ("a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização…" – art. 5.°, XXIX). Também é denominada de *carta patente* ou *carta de privilégio*.

De acordo com o art. 6.° da Lei 9.279/1996, ao autor de invenção ou de um modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade. Atente-se que se dois ou mais autores tiverem realizado a mesma *invenção* ou *modelo de utilidade*, de forma independente, o direito de obter **patente** será assegurado àquele que provar o **depósito mais antigo**, independentemente das datas de *invenção* ou *criação* (art. 7.°).

A patente está ligada à invenção e ao modelo de utilidade. ***Invenção*** é algo novo (antes inexistente), fruto da atividade inventiva do homem, e que tenha aplicação industrial. É um bem *incorpóreo*. Nas palavras de Gabriel Di Blasi, a "invenção, embora possa aludir a um produto, aparelho ou processo, entre outros, não é a representação corpórea destes objetos. Trata-se de uma concepção, isto é, um conjunto de regras de procedimento, estabelecidas por uma pessoa ou um conjunto de pessoas especiais – os inventores –, as quais utilizando-se dos meios ou elementos fornecidos pela ciência possibilitam a obtenção de um bem corpóreo"[5].

Já o ***modelo de utilidade,*** também chamado de "pequena invenção", é o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação, como, por exemplo, teclas novas em um celular para facilitar o seu manuseio. O **art. 10** da LPI indica o que *não é* invenção ou modelo de utilidade, e, portanto, não patenteável.

A **invenção** e o **modelo de utilidade**, para que possam ser *patenteados*, estão sujeitos aos seguintes **requisitos** conforme aponta Fábio Ulhoa Coelho[6]:

a) *novidade* – a invenção ou o modelo de utilidade devem ser *novos* (quando não compreendidos no *estado da técnica*), desconhecidos, não bastando apenas ser originais, pois a *originalidade* não é requisito (art. 11 da LPI);
b) *atividade inventiva* – ou ato inventivo, deve despertar nos técnicos do

assunto o sentido de real progresso, não decorrendo de maneira evidente ou óbvia, comum ou vulgar do *estado da técnica* (arts. 13 e 14 da LPI);

c) *aplicação industrial* – só pode ser patenteada a invenção ou o modelo de utilidade que apresentem aproveitamento industrial, podendo ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria (art. 15 da LPI);

d) *não impedimento* – as invenções ou modelos de utilidade não podem afrontar a moral, os bons costumes, a segurança, a ordem, e a saúde pública, estando impedidas de serem patenteadas (art. 18, I, da LPI). Também não são patenteáveis as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, inclusive a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico (art. 18, II, da LPI), bem como não é patenteável o todo ou parte de seres vivos, *exceto* os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade previstos no art. 8.° e que não sejam mera descoberta (art. 18, III, da LPI).

Somente após o preenchimento desses requisitos e o devido procedimento administrativo (por exemplo, o pedido de patente fica 18 meses em sigilo contados da data de depósito), será concedida pelo INPI a respectiva **patente** (ato administrativo constitutivo), que é a garantia da exploração *exclusiva* da invenção ou do modelo de utilidade.

Observa-se que o **estado da técnica**, citado anteriormente, segundo o § 1.° do art. 11 da LPI, é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior (observados os arts. 12, 16 e 17 da LPI). Em outras palavras, se alguém tiver conhecimento da invenção a ser *patenteada* e compreendê-la, faltará o requisito da *novidade* para a obtenção da patente.

A própria lei confere um *período de graça* – de **12 meses** – em que o *inventor* poderá divulgar em congressos científicos, por exemplo, a sua invenção ou modelo de utilidade **antes da data do depósito** ou da prioridade do pedido de patente sem que seja considerada como **estado da técnica** (perdendo, assim, a *novidade*), ciência do art. 12 da LPI.

O **prazo de vigência** (por isso é um “privilégio temporário”) da patente de *invenção* é de **20 anos**; da patente de *modelo de utilidade*, **15 anos**. Ambos

contados *a partir do depósito* no INPI. Durante o prazo de vigência, o seu titular tem o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar o produto objeto de patente e o processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado (art. 42 da LPI).

Para assegurar ao inventor um tempo razoável de uso da invenção ou do modelo de utilidade, o prazo de duração do direito industrial não poderá ser inferior a **10 anos** para as *invenções,* e de **7 anos** para os *modelos de utilidade, contados da expedição* da respectiva patente, conforme o expresso no art. 40 da LPI. Não haverá, em hipótese alguma, prorrogação do prazo de duração da patente.

O titular da patente ou o depositante poderá celebrar **contrato de licença** para que terceiros explorem sua invenção ou modelo de utilidade (art. 61) e este contrato deverá ser averbado no INPI para que produza efeitos *erga omnes*. A lei denomina esta disponibilidade contratual de *licença voluntária*.

Para coibir o mau uso da patente de invenção decorrente da sua não utilização de acordo com o interesse social (de forma abusiva ou com abuso do poder econômico), a LPI previu a *licença compulsória* para permitir que outros empresários interessados e capacitados possam explorar a invenção mediante remuneração ao dono da patente e independentemente da sua anuência.

O titular da patente tem o prazo de **3 anos** contados da expedição do ato para dar início à exploração da invenção, sob pena de ver explorada por outro empresário graças à licença compulsória. O licenciado compulsório, por sua vez, tem o prazo de **2 anos** para dar início à exploração da invenção. Se este último também não explorar a patente de forma satisfatória, opera-se a caducidade da patente, caindo a invenção em domínio público. De acordo com o art. 72 da LPI, as licenças compulsórias serão sempre concedidas sem exclusividade, não se admitindo o sublicenciamento.

São **hipóteses de extinção** da patente, presentes no **art. 78** da LPI, as seguintes:

- expiração do prazo de vigência;
- renúncia de seu titular, ressalvado o direito de terceiros;
- caducidade;
- falta do pagamento da taxa denominada “retribuição anual” devida ao INPI;
- falta de representante no Brasil, quando o titular é domiciliado no exterior.

Extinta a patente, o seu objeto cai em **domínio público**.

2.3 REGISTRO

O registro, por sua vez, está ligado ao **desenho industrial** e às **marcas**, e da mesma forma que a *patente*, deve ser realizado junto ao INPI e tem caráter de *ato administrativo constitutivo*, pois o **art. 94** da LPI deixa claro: a obtenção do registro confere *propriedade* ao titular do direito industrial.

2.3.1 Desenho industrial

O desenho industrial, no entendimento de Rubens Requião[7], "é toda disposição ou conjunto novo de linhas ou cores que, com fim industrial ou empresarial, possa ser aplicado à ornamentação de um produto, por qualquer meio manual, mecânico ou químico, singelo ou combinado".

Segundo o **art. 95** da LPI, "Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial". Mas não se considera **desenho industrial** qualquer obra de caráter *puramente artístico* (art. 98). Duas são as *funções* do desenho industrial ou *design* (como também é chamado): (1) dar uma ornamentação ao produto e (2) distingui-lo de outros.

O registro do desenho industrial está sujeito ao atendimento de certos **requisitos** estabelecidos na LPI, como:

a) *novidade* – o desenho industrial, bem como a invenção e o modelo de utilidade, deve ser novo, ou seja, ainda não compreendido no *estado da técnica* (art. 96 da LPI);

b) *originalidade* – tem que apresentar, esteticamente, características e contornos próprios, não encontrados em outros objetos, quando dele resulte uma configuração visual distintiva (art. 97 da LPI);

c) *desimpedimento* – a lei também impede o registro de desenhos industriais que atentem contra a moral e os bons costumes, que ofenda a honra ou imagem de pessoas, à liberdade de consciência, crença, culto religioso, etc.

(art. 100 da LPI).

Como também acontece com a **patente**, somente após o preenchimento desses requisitos e o devido procedimento administrativo, será concedida pelo INPI o respectivo **registro** do desenho industrial (arts. 101 a 106 da LPI). Concedido o registro de desenho industrial, o prazo de vigência será de **10 anos**, contados a partir do depósito, prorrogável por mais **três períodos** *sucessivos* de **5 anos** cada.

O *registro* extingue-se pelos motivos apontados pelo **art. 119** da LPI e que são praticamente idênticos às razões de extinção da *patente*, com apenas um diferencial: a falta de pagamento da taxa de *retribuição* do *registro* tem incidência **quinquenal**, e da *patente*, **anual**.

2.4 MARCA

A marca é todo sinal distintivo aposto, facultativamente, aos produtos e serviços para identificá-los e diferenciá-los de outros, idênticos ou semelhantes, de origem diversa. O **art. 122** da LPI dispõe que "São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais".

De acordo com o art. 123 da LPI, têm-se os seguintes **tipos de marca**:

Marca de PRODUTO OU SERVIÇO	É aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa;
Marca de CERTIFICAÇÃO	É aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada;
Marca COLETIVA	É aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade.

Para que a **marca** possa ser registrada, também é necessário o atendimento aos requisitos empregados ao **desenho industrial**:

a) *novidade* – que não precisa ser *absoluta*, mas tão somente *relativa*. A novidade não precisa ser, necessariamente, criada pelo empresário;
b) *não impedimento* ou licitude – não são registráveis como marca as diversas hipóteses do **art. 124** da LPI;
c) *não colidência com marca notória*, ou originalidade – as marcas notórias, mesmo não estando registradas no INPI, gozam da tutela do direito industrial, conforme o art. 126 da LPI, pois o Brasil é signatário à Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial.

O titular de uma marca terá direito à sua exploração nos limites fixados pela classificação econômica das diversas atividades de indústria, comércio e serviços feita pelo INPI, não podendo opor-se à utilização de marca idêntica ou semelhante por outro empresário em atividade enquadrada fora da classe em que obteve o seu registro. A única exceção a essa regra existe para as **marcas de alto renome** (art. 125 da LPI). Quanto a estas, Fábio Ulhoa Coelho destaca que "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"[8]. Concedido o registro de marca de alto renome, seu titular poderá impedir o uso de marca semelhante ou idêntica em qualquer ramo da atividade econômica.

Atente-se que a **marca de alto renome** (art. 125) não é a mesma coisa que a **marca notoriamente conhecida** (art. 126), pois aquela tem proteção *absoluta*, ou seja, em qualquer classe de serviço e produto. Por exemplo, a *Coca-Cola*, que representa uma marca do segmento de refrigerante e refrescos, por ser de *alto renome* impede que outros venham a tentar registrar o mesmo nome para uma linha de veículos automotores.

O registro da marca vigorará pelo prazo de **10 anos**, contado da data da concessão do registro e *prorrogável* por períodos iguais e sucessivos. A prorrogação deve ser requerida sempre no último ano de vigência do registro.

O registro da **marca** também se extingue pelas hipóteses do **desenho industrial**, exceto pela falta de pagamento da *retribuição*, que é uma taxa que

deve ser paga na concessão e a cada prorrogação do registro (de dez em dez anos) e pela *caducidade* (que só ocorre com as marcas).

O registro de marca *caduca* (art. 143 da LPI):

- se sua exploração não tiver início no Brasil em **5 anos**, a contar da data de concessão do registro de marca;
- na hipótese de interrupção desta exploração por período de **5 anos** consecutivos;
- de alteração substancial da marca.

De acordo com o **art. 225** da LPI, "Prescreve em 5 (cinco) anos a ação para reparação de dano causado ao direito de propriedade industrial".

Por fim, o registro dos *domínios de internet* não é função do INPI, e sim, pelo Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – NIC.br, que é uma entidade de direito privado sem fins lucrativos. O registro de **domínio** observa a ordem de chegada, mas se houver conflito de anterioridade com o registro de **marca** pelo INPI, prevalece este último.

2.5 QUESTÕES

1. (VII Exame de Ordem Unificado – FGV) Sobre as marcas, é correto afirmar que

a) a marca de alto renome é sinônimo de marca notoriamente conhecida.

b) a vigência do registro da marca é de 5 (cinco) anos, sendo prorrogável por períodos iguais e sucessivos.

c) é permitida a cessão do pedido de registro de marca, caso o cessionário atenda aos requisitos legais.

d) a marca de produto ou serviço é aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade.

2. (OAB/Nacional 2007.II) Cristiano, designer de uma fábrica de móveis, criou uma mesa inovadora, de forma oval e que se sustenta em apenas três pés. Desejando registrar o objeto como desenho industrial, Cristiano dirigiu-se ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), onde fez o depósito do respectivo pedido. Com relação a essa situação hipotética, assinale a opção incorreta.

a) Caso o desenho industrial referente à mesa de Cristiano seja contrário à moral ou aos bons costumes ou ofenda a honra ou a imagem de pessoas, esse desenho não é registrável.

b) A propriedade do desenho industrial referente à mesa de Cristiano adquire-se pelo registro validamente concedido.

c) Caso seja solicitado por Cristiano o registro na ocasião do referido depósito, o seu pedido poderá ser mantido em sigilo por determinado prazo legal, após o qual será processado.

d) Caso o pedido de Cristiano seja aprovado, o registro vigorará pelo prazo improrrogável de 5 anos.

3. (OAB/Nacional 2008.I) Segundo o art. 122 da Lei n.° 9.279/1996, são suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais. Com base no regime jurídico das marcas, previsto nessa lei, assinale a opção correta.

a) À marca de alto renome será concedida proteção em seu ramo de atividade, independentemente de estar registrada no Brasil.

b) À marca coletiva, se devidamente registrada no Brasil, será concedida proteção para ser utilizada por todos os que atuarem no correspondente ramo de atividade.

c) À marca de produto ou serviço será concedida proteção para distinguir produto ou serviço de outro, idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa.

d) À marca notoriamente conhecida, desde que registrada no Brasil, será concedida proteção em todos os ramos de atividade.

4. (OAB/Nacional 2008.II) De acordo com as leis brasileiras, considera-se criação passível de ser objeto de direito de patente

a) a pintura em que se retrata a imagem de um grupo de pessoas.

b) o livro científico em que se descrevem aplicações de medicamentos.

c) o método cirúrgico de transplante de coração em animais.

d) um processo de fabricação de tinta.

5. (OAB/Nacional 2009.III) De acordo com a Lei da Propriedade Industrial, poderá ser registrado como marca

a) símbolo ou sinal específico formado por cores e denominações que estejam dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo.

b) reprodução ou imitação de título, de moeda ou cédula de curso forçado da União, dos estados, do DF, dos territórios e dos municípios.

c) termo técnico que, usado na indústria, na ciência e na arte, tenha relação com o produto ou serviço a distinguir.

d) sinal de caráter genérico comum, necessário ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, vedada a utilização de forma distintiva.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1] REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1, p. 112.
[2] BERTOLDI, Marcelo M. *Curso avançado de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 110.
[3] DI BLASI, Gabriel. *A propriedade industrial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 27.
[4] *Op. cit*., p. 29.
[5] *Op. cit*., p. 34.
[6] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 85.
[7] REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1, p. 218.
[8] COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit*., p. 90.



DIREITO SOCIETÁRIO

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO SOCIETÁRIO

O vigente Código Civil (Lei 10.406/2002), que passou a produzir efeitos a partir de 11 de janeiro de 2003, trata, na Parte Especial, em seu Livro II (arts. 966 a 1.195), do **direito de empresa**, no qual dispõe sobre a caracterização e a inscrição do empresário, a empresa individual de responsabilidade limitada, as sociedades de forma geral, o estabelecimento e os chamados institutos complementares (registro, nome empresarial, prepostos e escrituração). O novo diploma legal revogou a Parte Primeira do Código Comercial e manteve a vigência da Parte Segunda referente ao Comércio Marítimo.

3.1.1 Sociedade (arts. 981 a 985, CC)

Formam uma sociedade as pessoas que contratam uma obrigação recíproca, repartindo entre si os resultados, ainda que essa atividade seja restrita à realização de um ou mais negócios determinados (art. 981 do CC). Somente a *inscrição* no **registro** próprio, conforme a lei, concederá **personalidade jurídica** à sociedade (art. 985 do CC).

3.1.2 Distinção entre empresa e sociedade

A **sociedade** é o *sujeito de direito;* a **empresa**, o *objeto de direito*. Com efeito, a sociedade empresarial, desde que esteja regularmente constituída, adquire categoria de pessoa jurídica, tornando-se, assim, sujeito de direitos e obrigações.

A sociedade empresarial é, logo, empresária, e jamais *empresa*. É a sociedade, como empresária, que irá exercer a atividade produtiva. A empresa é a *própria atividade*.

Ademais, *pode existir* sociedade *sem a existência* da empresa. É o caso de duas pessoas que têm a intenção de formar uma sociedade; elas formam o contrato, o registram na junta comercial, porém, enquanto continuar inativo, não existe a empresa, mas tão somente a sociedade.

E, como afirma Arnaldo Rizzardo, o conteúdo da palavra **empresa** corresponde ao elemento de produção econômica organizada e, quando esta produção se dá por uma **sociedade**, tem-se a *sociedade empresária*; as demais sociedades que não visam à atividade econômica organizada enquadram-se como *sociedade simples*.[1]

3.1.3 Sociedades empresárias e sociedades simples

Antes de o CC/2002 ter adotado a *teoria da empresa* como disciplina regente do Direito Comercial, as sociedades eram regidas pela teoria dos atos de comércio, sendo, consequentemente, classificadas em *sociedades comerciais* e *sociedades civis*, conforme exercessem ou não a atividade mercantil. Por atividade mercantil, entendia-se como qualquer uma das atividades arroladas pelo art. 19[2] do Regulamento 737 (Decreto do Império 737/1850).

Em virtude do surgimento de novas atividades não abrangidas pelo aludido decreto (como a prestação de serviços, por exemplo), a doutrina e a jurisprudência passaram a adotar a **teoria da empresa**, desaparecendo, assim, a distinção entre sociedade civil e comercial, surgindo em seus lugares, respectivamente, a *sociedade simples* e a *sociedade empresária*.

Portanto, de acordo com a *teoria da empresa*, adotada pelo CC, as sociedades classificam-se em:

- ***sociedades empresárias:*** são aquelas destinadas à atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. O art. 983 do CC determina que a sua constituição seja feita de acordo com os seguintes *tipos societários:* sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima e sociedade em comandita por ações (estas duas regidas pela Lei 6.404/1976);
- ***sociedades simples:*** são aquelas que não têm como objeto a produção ou

> circulação de bens ou de serviços. De acordo com o art. 983 da lei substantiva civil, caso não sejam constituídas em conformidade com os tipos previstos nos arts. 1.039 a 1.092 do mesmo diploma legal, as sociedades simples ficarão subordinadas às regras que lhes são próprias, previstas nos arts. 997 e segs. do CC.

Pode-se dizer que a **sociedade empresária** difere da **simples** no tocante ao seu objeto, e não ao seu *fim lucrativo*. Enquanto aquela objetiva a exploração do objeto social com empresarialidade (ou seja, exploração por profissional que organiza os fatores de produção – capital, insumos, mão de obra e tecnologia), a **sociedade simples** é criada para quaisquer outras finalidades que não a *empresa*, muito embora possa ter fins econômicos e obter lucro. As sociedades simples são, assim, denominadas segundo a sua atuação.

A **sociedade empresarial** tem existência legal a partir do registro no *Registro Público de Empresas Mercantis* (RPEM), a cargo da Junta Comercial da respectiva sede (arts. 8.°, I, e 32, II, a, da Lei 8.934/1994; arts. 45 e 971 do CC).

Já as **sociedades simples**, de acordo com o art. 1.150 do CC, vinculam-se ao *Registro Civil das Pessoas Jurídicas* (RCPJ), o qual deverá estabelecer as normas fixadas para o RPEM, se a sociedade adotar um dos tipos de sociedade empresária.

Para que uma sociedade empresária possa ser constituída, é necessária a celebração de um contrato entre as pessoas que a comporão. Para que a sociedade exista (*requisitos de existência*) é necessária a conjunção dos seguintes requisitos:

a) ***affectio societatis*** – que, de acordo com Fábio Ulhoa Coelho[3], significa a disposição, a intenção, que toda a pessoa manifesta ao ingressar em uma sociedade comercial de lucrar ou suportar prejuízo em decorrência do negócio comum; e
b) ***pluralidade de sócios*** – que determina a existência de, no mínimo, 2 sócios.

Excepcionalmente, o direito pátrio admite apenas duas hipóteses de **sociedade unipessoal**:

a) ***subsidiária integral:*** art. 251 da Lei 6.404/1976; e
b) ***unipessoalidade incidental temporária:*** art. 1.033, IV, do CC, em que a

pluralidade deve ser restabelecida no prazo de 180 dias caso o sócio remanescente não queira a transformação do registro da sociedade para empresário individual ou para empresa individual de responsabilidade limitada (art. 1.033, parágrafo único), sob pena de extinção, e art. 206, I, d, da Lei 6.404/1976 (Lei das S.A.), que exige a reconstituição de no mínimo dois acionistas até a assembleia-geral ordinária do ano seguinte.

Para a validade do **contrato social**, deve-se obedecer aos seguintes requisitos:

a) *requisitos de validade genéricos* – a) agente capaz, b) objeto lícito, possível e determinado e c) forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104 do CC); e
b) *requisitos de validade específicos* – a) todos os sócios devem contribuir para a formação do capital social; b) todos os sócios devem participar dos lucros e prejuízos (art. 981 do CC).

3.1.4 Sociedades empresárias e empresas individuais de responsabilidade limitada

Com a promulgação da Lei 12.441/2011, passamos a ter um novo tipo de pessoa jurídica: a *empresa individual de responsabilidade limitada* (art. 44, VI, CC). Atente-se que não é mais um tipo societário e, portanto, não é uma sociedade empresária. O legislador deixou clara a sua intenção por pelo menos dois motivos:

- Ao lado das *sociedades*, entre as pessoas jurídicas de direito privado do art. 44 do Código Civil (associações, fundações, organizações religiosas e partidos políticos), incluiu as *empresas individuais de responsabilidade limitada* (ou simplesmente EIRELI);
- Criou um título específico, "da empresa individual de responsabilidade limitada", antes do título próprio das sociedades.

É importante salientar também que as **empresas individuais** não são *empresários individuais*, visto que estas são "pessoas naturais" e aquelas, "pessoas jurídicas". O novo artigo 980-A do CC dispõe que a **empresa individual de responsabilidade limitada** será constituída por uma **única pessoa titular** da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será

inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Há dois modos de constituição da EIRELI segundo o nosso entendimento[4]: (1) por pessoa natural, desde que seja somente em uma única empresa dessa modalidade; (2) da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração[5].

Segundo o § 5.° do art. 980-A do CC, poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

Por fim, aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as **sociedades limitadas**.

3.1.5 Personalização da sociedade empresarial

A *sociedade empresarial* tem **personalidade jurídica** *distinta* da de seus *sócios*, podendo assumir direitos e obrigações em seu próprio nome, sob sua responsabilidade. Os bens sociais, como objetos de sua propriedade, constituem a garantia dos credores, como ocorre com os de qualquer pessoa natural.

A existência das sociedades inicia-se com o encontro de vontades manifestadas por meio de um contrato de sociedade no qual as pessoas reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados (art. 981 do CC).

De acordo com o **art. 985** do CC, “A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150)”. Em decorrência do disposto nesse artigo, podemos concluir que a sociedade *que não arquiva* os aludidos atos constitutivos *não adquirirá* personalidade jurídica, fato que a tornará **irregular** ou “de fato” e a submeterá a consequências específicas que serão relacionadas adiante (o art. 986 do CC preferiu chamá-las de **sociedade em comum**, prevista dentro do subtítulo referente às sociedades não personificadas).

Importante observar que, para que o contrato social possa ser registrado e, consequentemente, gerar seus efeitos, exige-se a observância das seguintes **cláusulas essenciais**, conforme dispõem os arts. 997 do CC e 53, III, do Dec. 1.800/1996 (regulamenta a Lei 8.934/1994, do Registro de Empresas): tipo societário, ao objeto social (que deve ser detalhado de forma clara e precisa),

capital social (dispondo sobre o modo e o prazo de sua integralização e a atribuição aos sócios das respectivas quotas), responsabilidade dos sócios (cuja ausência levará à responsabilidade ilimitada dos sócios pelas obrigações sociais), qualificação dos sócios, nomeação do administrador, nome empresarial, sede e foro, e prazo de duração.

Vale ressaltar, ainda, que o ato constitutivo, para que seja válido, deve ser visado por advogado, por força do disposto no art. 1.°, § 2.°, da Lei 8.906/1994 (essa disposição não se aplica à Lei Complementar 123/2006 – Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte[6]).

Em se tratando de sujeito personalizado, a sociedade pode praticar qualquer ato jurídico, desde que não exista proibição pela lei e que os atos estejam delimitados pelo objeto do contrato social (ex.: uma concessionária de veículos não pode intermediar a compra e venda de imóveis). Essa personalidade difere da concedida às pessoas físicas, que podem praticar qualquer ato desde que não haja proibição pela lei (não há qualquer outro tipo de limitação senão a legal).

Da *personalização* das sociedades empresárias, conforme assinala Fábio Ulhoa Coelho[7], podem ser extraídas *três consequências:*

a) ***titularidade negocial*** – a sociedade é parte em negócios jurídicos realizados por ela. É a pessoa jurídica da sociedade que assume um dos polos da relação, muito embora o faça por intermédio de seu representante;
b) ***titularidade processual*** – a pessoa jurídica possui capacidade processual (capacidade de ser parte), ou seja, pode demandar e ser demandada em juízo, ou melhor, tem capacidade para ser parte processual. É ela quem recebe citação, peticiona etc.; e
c) ***responsabilidade patrimonial*** – a sociedade tem patrimônio próprio, incomunicável com o patrimônio individual de cada um de seus sócios. Somente em casos excepcionais, e subsidiariamente, os sócios responderão pelas obrigações contraídas pela sociedade.

Por outro lado, o fim dessa personalização se dá por intermédio de um processo de extinção conhecido como **dissolução** (em sentido amplo) e que compreende **três fases**:

1.ª) *dissolução* – em sentido estrito, que é o ato ab-rogatório da constituição da sociedade;

2.ª) *liquidação* – que visa à realização do ativo e o pagamento do passivo; e

3.ª) *partilha* – momento em que os sócios participam do acervo da sociedade.

3.1.6 Desconsideração da personalidade jurídica

Como já foi dito anteriormente, com a inscrição do ato constitutivo, a sociedade adquire **personalidade jurídica** e, com ela, todas as garantias legais e atributos da pessoa jurídica, como, por exemplo, a responsabilidade patrimonial limitada dos sócios.

E justamente para evitar desvios e abusos, por construção doutrinária e jurisprudencial, foi trazida para o nosso direito pátrio a teoria da *disregard doctrine*, ou seja, a teoria da **desconsideração da personalidade jurídica**. Segundo lição de Luiz Guilherme Loureiro:

> "Não pode a pessoa jurídica ser utilizada como escudo para que o sócio possa, impunemente, causar danos a outrem, fugir da responsabilidade por ato ilícito ou agir contra as finalidades objetivadas pela norma jurídica. Sempre que isso ocorrer, deve o juiz desconhecer ou desconsiderar a existência da pessoa jurídica, para que o sócio, por meio do seu patrimônio particular, seja diretamente responsabilizado pela fraude ou abuso do direito".[8]

Há, por exemplo, segundo o autor, *abuso de direito* sempre que o sócio exceder o poder de gerência que lhe foi concedido pelo contrato social ou estatuto ou violar letra deste ato constitutivo da sociedade.

O novo Código Civil prevê esta teoria no seu **art. 50**, quando afirma que, em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Esse artigo *só se aplica* quando houver a prática de *ato irregular*. A responsabilidade pelas obrigações sociais decorrentes é ilimitada, atingindo, porém, somente aqueles que o praticaram (os gestores).

No **Código de Defesa do Consumidor** (Lei 8.078/1990) também há previsão da *disregard doctrine* no seu **art. 28**, em que autoriza o juiz a **desconsiderar** a

personalidade jurídica da sociedade em casos de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, bem como nos casos de falência, insolvência, encerramento da pessoa jurídica, provocado por má administração. Além disso, sempre que a personalidade da pessoa jurídica for, de alguma forma, obstáculo para o ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores, a desconsideração deve ser autorizada (§ 1.°).

Além desses diplomas legais, a desconsideração da personalidade jurídica também pode ser encontrada no art. 18[9] da Lei 8.884/1994 **(Lei Antitruste**) e no art. 4.° da Lei 9.605/1998[10] (**Lei de Proteção ao Meio Ambiente**).

3.1.7 Sociedade regular e irregular

As sociedades regulares são aquelas que **arquivaram** seus atos constitutivos na Junta Comercial. *Sociedades irregulares* ou *de fato* (ou sociedade em comum, de acordo com o CC/2002) são aquelas constituídas por contrato escrito **não arquivado** na Junta Comercial ou constituídas por contrato verbal. De acordo com o art. 967 do CC, "É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade".

A regularidade da sociedade gera importantes consequências no campo da responsabilidade pelas obrigações sociais. Tendo em vista a adoção do **princípio da autonomia patrimonial da sociedade**, em regra, os *sócios não respondem* pelas obrigações desta. Somente após o esgotamento do patrimônio social é que se poderá executar o patrimônio particular dos sócios **(art. 1.024** do CC). Portanto, a responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade empresária é sempre *subsidiária*, podendo ser, no entanto, *limitada* ou *ilimitada*, de acordo com o *tipo societário* adotado (como, por exemplo, na **sociedade em nome coletivo**, em que a responsabilidade subsidiária dos sócios é ilimitada). Quando a sociedade for *irregular*, os sócios que a compõem respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, de acordo com o disposto no art. 990 do CC, excluído do benefício de ordem, previsto no referido art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

O ordenamento jurídico pátrio também reservou outras importantes consequências para a *sociedade irregular*, a saber:

a) ilegitimidade ativa para o pedido de falência de seu devedor (art. 97, § 1.°,

da Lei 11.101/2005) e tipificação de crime falimentar caso tenha sua quebra decretada;

b) ilegitimidade ativa para o pedido de recuperação judicial e extrajudicial (art. 48, *caput*, da Lei 11.101/2005);

c) impossibilidade de participar de licitações, nas modalidades concorrência pública e tomada de preços (art. 28, II e III, da Lei 8.666/1993); e

d) o empresário irregular não pode ter os seus livros autenticados no Registro de Empresa, em virtude da falta de inscrição (art. 1.181 do CC) e, consequentemente, não poderá valer-se da eficácia probatória prevista na legislação processual (art. 379 do CPC).

Outra importante consequência da *irregularidade* reflete-se no **nome empresarial**. Como visto anteriormente, esse elemento só ganha proteção legal no momento em que o ato constitutivo da sociedade é arquivado no registro competente. Logo, com a ausência do arquivamento não surgirá a proteção legal ao nome empresarial.

3.2 A SOCIEDADE NÃO PERSONIFICADA (ARTS. 986 A 996, CC)

3.2.1 A sociedade em comum (arts. 986 a 990, CC)

Visando a estabelecer normas para reger a sociedade até que seus atos constitutivos sejam inscritos, o legislador criou a chamada **sociedade em comum** que, além de ser subsidiariamente abrangida pelas normas da *sociedade simples*, não é aplicável à sociedade por ações em organização, que possui regras próprias, a Lei 6.404/1976.

De acordo com o **art. 987** do CC, os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem atestá-la de qualquer modo.

Até que seja definitivamente constituída a sociedade, seus bens são considerados *patrimônio especial*, do qual os sócios são titulares em comum, respondendo pelos atos de gestão praticados por qualquer sócio, salvo pacto expresso limitativo de poderes (art. 988 do CC/2002). No entanto, tal pacto somente terá eficácia contra terceiros envolvidos, caso conheçam ou devam conhecê-lo (art. 989 do CC).

Em decorrência do disposto no art. 990 do CC, “todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade”.

As demais consequências da sociedade em comum já foram citadas no item antecedente (3.1.5).

3.2.2 A sociedade em conta de participação (arts. 991 a 996, CC)

Na doutrina de Marcelo M. Bertoldi[11], a **sociedade em conta de participação** se caracteriza por um contrato, *não necessariamente escrito*, em que duas ou mais pessoas acordam em explorar um mesmo empreendimento empresarial em proveito comum, sob o nome e responsabilidade de um ou alguns dos sócios, a quem cabe a administração da sociedade.

Por *não possuir* personalidade jurídica própria (não podendo, portanto, assumir obrigações em nome próprio), a sua constituição independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito (art. 992). Mesmo que haja inscrição de seu instrumento em qualquer registro, *não será conferida personalidade jurídica* à sociedade (**art. 993**).

Há duas **categorias de sócios**: alguns em posição *ostensiva* e outros em posição *oculta*. Somente o sócio ostensivo participa da atividade constitutiva do objeto social e obriga-se perante terceiros; os demais sócios participam dos resultados correspondentes (art. 991 do CC). O sócio participante obriga-se exclusivamente perante o sócio ostensivo, nos termos do contrato social. Não cabe a ele sequer tomar parte nas relações do ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente nas obrigações em que intervier (parágrafo único, art. 993 do CC). Contudo, o sócio participante reserva-se no direito de fiscalizar a gestão de quaisquer atos sociais.

Dessa forma, tratando-se de responsabilidade pessoal, não há falar em subsidiariedade ou limitação, já que os **sócios ostensivos** respondem *ilimitadamente* pelas obrigações, que, em nome próprio, assumirem para com o empreendimento social. Os sócios ocultos (ou participantes) respondem somente perante os ostensivos e de acordo com o que tiver sido pactuado no contrato (responsabilidade limitada ou ilimitada). Desse modo, os credores não poderão demandar contra os sócios participantes, mas tão somente contra os ostensivos, sendo que estes, de acordo com as condições do contrato, serão ressarcidos pela via regressiva.

Com relação aos sócios, suas contribuições resultarão em patrimônio especial, caracterizando o objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais.

No que diz respeito ao processo falimentar, estabelece o § 2.° do art. 994 do CC que a falência do sócio ostensivo resultará na dissolução da sociedade com a respectiva liquidação da conta, constituindo o saldo o crédito quirografário. Ocorrendo a falência do sócio participante, o contrato social submete-se às normas que regem os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido (§ 3.°).

Também nesse tipo de sociedade, aplicam-se, subsidiariamente, quando couber, as normas que regem a *sociedade simples* (art. 996 do CC). Já sua liquidação será regida nos moldes das normas relativas à prestação de contas, na forma de lei processual. Ainda que exista mais de um sócio ostensivo, as contas serão julgadas no mesmo processo. De acordo com o art. 1.162 da lei civil, a sociedade não poderá ter firma ou denominação.

Vale observar que, segundo o art. 995 do CC, salvo estipulação em contrário, o sócio ostensivo não pode admitir novo sócio sem o consentimento expresso dos demais, acentuando o caráter de sociedade de pessoas quando houver omissão no contrato.

Recapitulando, as características principais da **sociedade em conta de participação** são:

- ✓ Constituição por contrato não necessariamente escrito;
- ✓ Mesmo registrado, não tem personalidade jurídica;
- ✓ Há dois tipos de sócios: sócio *ostensivo* (quem se obriga com terceiros) e sócio *oculto* (obriga-se apenas com o *ostensivo*);
- ✓ Sócio *ostensivo* tem responsabilidade *ilimitada*.

3.3 A SOCIEDADE PERSONIFICADA (ARTS. 997 A 1.141, CC)

Conforme o próprio nome diz, a sociedade *personificada* é aquela que possui **personalidade jurídica**, o que adquire com a inscrição de seu ato constitutivo no registro competente. As sociedades personificadas se dividem em dois grupos maiores:

Sociedades *não* empresárias	Sociedades empresárias

• **sociedades simples**	1) **sociedade em nome coletivo** (N/C);
	2) **sociedade em comandita simples** (C/S);
	3) **sociedade limitada** (Ltda.);
	4) **sociedade em comandita por ações** (C/A);
	5) **sociedade anônima** (S/A).

As **sociedades de capital e indústria** desapareceram com o advento do Código Civil de 2002.

3.3.1 A sociedade não empresária ou simples (arts. 997 a 1.038, CC)

As **sociedades simples**, em que pese *não serem consideradas empresárias*, oferecem um *roteiro básico* nos **arts. 997 a 1.038** do CC que serve de norte para *todos os outros tipos societários*, **empresária** ou **não**, naquilo em que não forem específicos.

Por isso, em diversos artigos da lei substantiva civil, pode-se encontrar referência a esta aplicação subsidiária, como, por exemplo, no **art. 1.040** ("A sociedade em nome coletivo se rege pelas normas deste Capítulo e, no que seja omisso, pelas do Capítulo antecedente") e no **art. 1.053** ("A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples").

3.3.1.1 Contrato social

A primeira regra comum diz respeito ao **contrato social**, o ato conceptivo das sociedades. Pode-se afirmar que o contrato social, por possuir características próprias, é uma espécie *particular* de contrato, disciplinado nos arts. 997 a 1.000

do CC. Assim sendo, se antes não poderia ter aplicadas as regras de Direito Civil que disciplinam os contratos em geral, a partir da vigência do atual Código, terá regras próprias.

Por isso, o contrato social apresenta alguns **requisitos essenciais** de validade que, se não forem observados, acarretam a nulidade da sociedade. Vale dizer, ainda, que a *invalidação* de uma sociedade não se confunde com sua *dissolução*, haja vista que a invalidação decorre sempre de uma decisão judicial, tendo em vista a não observância de requisitos essenciais à formação do contrato social e, principalmente, porque a invalidação gera efeitos retroativos.

Genericamente, o contrato social depende da observância dos elementos que validam os negócios jurídicos em geral, relacionados no **art. 104** do CC, a saber: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prevista ou não defesa em lei.

Especificamente, tem-se que:

a) todos os sócios devem contribuir para a formação do capital social, seja com bens, créditos ou dinheiro (art. 1.004 do CC); e
b) todos os sócios participarão dos resultados, positivos ou negativos da sociedade (art. 1.008 do CC).

Assim, haverá nulidade da cláusula que prever que determinado sócio será excluído da formação do capital social ou de seu lucro. Mas a lei não veda a distribuição diferenciada dos lucros entre os sócios, bem como a participação diferenciada quanto à formação do capital social.

As cláusulas contratuais dizem respeito a tudo o que for acordado no contrato, em consonância com a vontade dos sócios. São duas as *espécies* de cláusulas: de um lado as *essenciais* e, de outro, as *acidentais*.

a) As ***cláusulas essenciais*** de um contrato social são, conforme o art. 997 do CC e o art. 53, III, do Decreto 1.800/1996, as que dizem respeito: ao nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas; a denominação, objeto, sede e prazo da sociedade; o capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária; a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la; as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços; as pessoas naturais

incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições; a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas; se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais. Vale ressaltar que o ato constitutivo, para que seja válido, deve ser visado por advogado, por força do disposto no art. 1.°, § 2.°, da Lei 8.906/1994 (essa disposição não se aplica à Lei Complementar 123/2006 – Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte).

b) As ***cláusulas acidentais*** visam a melhorar a disciplina da sociedade, sendo que a sua ausência não acarreta a sua irregularidade. Como exemplo, podemos citar a previsão de cláusula arbitral para a solução de litígios eventualmente existentes entre alguns sócios.

O contrato social deve ser **escrito**, mas *excepcionalmente* será admitida a forma *verbal* quando terceiro conseguir provar a existência de uma sociedade. Sendo o contrato social celebrado verbalmente, a sociedade será considerada irregular, incidindo as sanções decorrentes dessa situação, conforme já visto. O contrato social poderá ser, ainda, dependendo da vontade dos sócios, celebrado por meio de *instrumento público* ou *particular*. Contudo, quando um dos sócios for analfabeto, esse contrato deverá, em regra, ser feito por instrumento público. Excepcionalmente, poderá ser realizado por instrumento particular, desde que ele tenha outorgado procuração a um mandatário, por meio de instrumento público e com poderes especiais expressos, para a celebração do contrato naquela forma.

O contrato social *não é inalterável*. Pelo contrário, dependendo da vontade dos sócios ou de decisão judicial, ele poderá ser modificado. Se a alteração incidir sobre **cláusula essencial**, exige-se o consentimento de todos os sócios (unanimidade). Para as **cláusulas não essenciais** exige-se apenas a decisão da maioria absoluta de votos, salvo se o contrato social não contiver cláusula que exija a deliberação unânime (art. 999 do CC). No entanto, todas as alterações deverão ser averbadas no respectivo registro.

É importante salientar que alterações contratuais que impliquem em alteração do objeto social, prorrogação do prazo de duração de uma sociedade contratada por tempo determinado, cessão de cotas sociais, dissolução extrajudicial e transformação do tipo societário, necessitam da concordância da **maioria** dos sócios, dada sua relevância para a sociedade empresarial. A alteração do contrato social pode ser feita, também, pela via judicial: um dos sócios ingressa em juízo pleiteando, por exemplo, alterações de uma cláusula.

A **maioria societária** é definida de acordo com a participação de cada sócio no *capital social*. O voto de cada sócio, portanto, tem o peso *proporcional* à cota social correspondente.

Para que a *cota* de determinado sócio seja *cedida*, é necessário o consentimento dos demais, assim como a averbação no contrato. Não sendo observados esses requisitos, o ato não terá eficácia quanto aos demais sócios ou à sociedade (art. 1.003 do CC). Por outro lado, o cedente responderá solidariamente com o cessionário pelas obrigações que tinha como sócio pelo prazo de **2 anos**, contados depois de averbada a modificação do contrato (parágrafo único).

Não participando com a contribuição estabelecida no contrato social, o sócio será considerado **remisso** e, como consequência, responderá pelos danos decorrentes de sua mora caso não o faça até **30 dias** após ter sido notificado (art. 1.004 do CC).

Não tendo o Código Civil de 2002 previsto a antiga **Sociedade de Capital e Indústria**, admite na sociedade simples *a existência de sócios cuja contribuição consista em serviços*. Nesse caso, salvo disposição em contrário, deverá dedicar-se exclusivamente à atividade da sociedade, sob pena de ser excluído ou privado dos lucros que, no caso, serão proporcionais à média do valor das quotas (arts. 1.006 e 1.007 do CC). É **nula** a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas (art. 1.008 do CC), sendo que a participação, exceto para o sócio que contribui em serviços (que somente participa dos lucros), será proporcional às respectivas quotas, principalmente no caso de os bens da sociedade não serem suficientes para cobrir suas dívidas. Porém, os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais (art. 1.024 do CC). De acordo com o art. 1.005, o sócio que, a título de quota social, transmitir domínio, posse ou uso, responde pela *evicção*; e pela solvência do devedor, aquele que transferir crédito.

3.3.1.2 Administração da sociedade

Quanto à administração das **sociedades simples**, a lei estabelece que, além das pessoas impedidas por lei especial, não poderão sê-los: os condenados à pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou

contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação. (art. 1.011, § 1.°, do CC).

A administração da sociedade, nada dispondo o contrato social, compete separadamente a cada um dos sócios.

Apesar de ter as disposições do mandato aplicadas à sua atividade, sendo nomeado por instrumento em separado, o administrador deverá averbá-lo, respondendo, antes de fazê-lo, pessoal e solidariamente com a sociedade, pelos atos praticados (art. 1.012 do CC). Havendo mais de um administrador, nos atos de competência conjunta será necessário o concurso de todos, porém, nos demais casos, cada um poderá impugnar a decisão do outro, cabendo aos sócios a decisão final.

Não havendo disposição em contrário, os administradores poderão praticar quaisquer atos de gestão da sociedade. Porém, o legislador deixou claro que a oneração ou a venda de objetos imóveis não constitui o objeto social e dependerá da decisão da maioria dos sócios.

O **administrador** responderá *solidariamente* perante a sociedade e os terceiros prejudicados *por culpa* no desempenho de suas funções; principalmente pelos excessos que cometer. No entanto, estes somente poderão ser oponíveis contra terceiros caso a limitação de poderes esteja inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade; caso fique provado que era do conhecimento do terceiro ou caso se trate de operação nitidamente estranha à atividade da sociedade (primeira manifestação da teoria *ultra vires* em nosso ordenamento).

Poderá, ainda, o administrador, nos limites de suas atribuições, estabelecer mandato, no qual serão especificados os poderes atribuídos. Se o sócio estiver investido na administração por cláusula expressa do contrato social, seus poderes serão irrevogáveis, salvo justa causa reconhecida judicialmente a pedido de qualquer dos sócios (art. 1.019). Entretanto, se o administrador estiver investido na administração por ato separado ao contrato social ou se ele não for sócio, seus poderes serão revogáveis a qualquer tempo (art. 1.019, parágrafo único).

3.3.1.3 Das obrigações e responsabilidades dos sócios

No campo das obrigações, vimos que o sócio tem o dever de participar da formação do capital social e das perdas sociais **até o limite** de sua

responsabilidade subsidiária. Se o sócio não cumpre com a obrigação de formação do capital, o que é feito por intermédio da integralização de suas cotas, podendo fazê-lo em dinheiro, bens ou créditos, ele se torna remisso.

O *sócio remisso*, assim, é aquele que *deixa de cumprir* a integralização do capital e torna-se, dessa forma, *inadimplente*. Aqui não interessa saber se ele cumpriu parte da obrigação.

Por outro lado, se o sócio remisso, que mesmo ao ser notificado pela sociedade após 30 dias, não se preocupa em integralizar sua parte do capital social, responderá pelo dano emergente da mora, podendo a sociedade preferir a exclusão do sócio à indenização ou redução da cota. Em tais casos, o capital social sofrerá redução, a menos que os demais sócios integralizem o valor, conforme previsão no art. 1.004 do CC.

Na hipótese de ser impossível cobrar amigavelmente do sócio, seus herdeiros ou sucessores, a soma devida pelas suas quotas, não querendo os demais sócios promover a execução da dívida do sócio remisso ou preferindo a sua exclusão, poderão os outros sócios tomar a si as quotas anuladas ou transferi-las a terceiros, pagando ao proprietário primitivo as entradas por ele realizadas, deduzindo os juros da mora e outras prestações estabelecidas no contrato e as despesas.

Em suma, a *mora* do sócio em *integralizar* as quotas subscritas acarreta as seguintes consequências:

a) a de indenizar a sociedade pelos danos emergentes da mora, caso seja aceita a sua purgação (art. 1.004);
b) cobrança judicial do principal a integralizar sob a forma executiva (cujo título executivo é o próprio contrato social, desde que assinado por duas testemunhas) e da indenização pelos danos emergentes por meio de ação de conhecimento; e
c) exclusão do sócio remisso com a diminuição do capital social ou com a atribuição das respectivas cotas, sendo a sociedade limitada, aos demais sócios, a terceiro estranho ou mesmo à própria sociedade (arts. 1.004 a 1.058 do CC).

Para excluir o sócio da empresa, deve ser feita a respectiva modificação no contrato social, o que não implica na constituição de uma nova sociedade. Nas **sociedades em nome coletivo** e em **comandita simples**, em regra, a exclusão do

sócio (majoritário ou minoritário) *será sempre judicial*. Excepcionalmente, será extrajudicial quando a exclusão for fundada na mora do sócio remisso.

Na sociedade limitada, vale relembrar, considera-se a qualidade do sócio: *se majoritário*, somente poderá ser excluído pela via judicial, sem exceções; *se minoritário*, pode ser excluído por simples alteração contratual se o contrato social assim o permitir e se houver deliberação em assembleia dos sócios para o qual tenha sido convocado o excluído (art. 1.085). Havendo proibição no contrato social quanto a essa forma de exclusão, o sócio minoritário somente poderá ser excluído pela via judicial.

Caso um dos sócios opte por *se retirar* da sociedade, sendo ela de **prazo determinado**, deverá provar a *justa causa*. Se, porém, não houver prazo para a duração dos trabalhos societários, deverá notificar os demais com antecedência mínima de 60 dias, sendo que estes poderão, nos 30 dias subsequentes a tal notificação, optar pela dissolução da sociedade. Por outro lado, o sócio poderá ser *excluído judicialmente* da sociedade por **falta grave** no cumprimento das suas obrigações ou por **incapacidade superveniente**; oportunidade em que tal exclusão deverá decorrer de iniciativa da maioria dos demais sócios. Sendo declarado falido ou tendo sua cota liquidada por dívidas com terceiros, será automaticamente excluído.

Retirando-se o sócio, será tomada por base a situação patrimonial da empresa na época da resolução, devendo receber o valor da quota em dinheiro em até 90 dias após a liquidação, salvo disposição em sentido contrário, sendo que o capital social será reduzido, a não ser que outros sócios concordem em suprir sua quota.

Assim, o sócio poderá **ser excluído** da sociedade quando:

- houver mora na integralização do capital social por ele subscrito (sócio remisso – art. 1.004);
- houver *justa causa* caracterizada pela falta grave no cumprimento de suas obrigações; ou, ainda,
- por incapacidade superveniente (art. 1.030).

Em relação à responsabilidade pessoal dos sócios na **sociedade simples**, dispõe o art. 1.026 do CC que o credor particular do sócio poderá fazer recair uma execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade ou na parte que lhe tocar na liquidação, desde que não haja outros bens suficientes. O credor

poderá ainda requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor deverá ser depositado em dinheiro, no juízo da execução, até 90 dias após tal liquidação.

3.3.1.4 Dos direitos dos sócios

No campo dos direitos dos sócios podemos citar as seguintes **prerrogativas**:

- participação nos resultados sociais;
- administração da sociedade;
- fiscalização da gerência;
- direito de retirada; e
- direito de preferência.

Nas **sociedades institucionais**, cuja constituição é estatutária (*comanditas por ações* e *sociedade anônima*), o direito de retirada pode ser exercido livremente pelos acionistas que discordarem de decisão da assembleia-geral sobre os assuntos relacionados nos arts. 136, I a VI, e IX, 221, 230, 236, parágrafo único, e § 1.° do art. 252 da Lei 6.404/1976).

Nas **sociedades contratuais** (*nome coletivo, comandita simples* e *limitada*), há que considerar:

a) se contratada por *prazo indeterminado*, o direito de retirada é livre e dispensa motivação. Porém, exige-se a notificação aos demais sócios para que em 60 dias providenciem a alteração contratual correspondente (art. 1.029);
b) se contratada por *prazo determinado*, o direito só pode ser exercido, antes de vencido o prazo, se ficar provada a ocorrência de justa causa em juízo; e
c) sendo a *sociedade limitada* e com *prazo determinado*, o direito pode ser exercido quando houver alteração contratual da qual divirja o sócio (art. 1.077).

Como o Código de 2002 foi omisso quanto ao **direito de retirada** nas *sociedades limitadas sem prazo determinado*, a solução da questão acerca do procedimento a ser adotado dependerá do regime supletivo escolhido pela sociedade. Sendo omisso o contrato social, a sociedade será regida pelas regras da sociedade simples. Havendo cláusula expressa no contrato social, o regime

supletivo será o da Lei 6.404/1976 – Lei das Sociedades Anônimas.

O sócio dissidente terá direito a receber, do patrimônio líquido da sociedade, a parte equivalente à sua cota do capital social. De fato, ocorre uma dissolução parcial dessa sociedade.

3.3.1.5 A dissolução da sociedade (arts. 1.033 a 1.038, CC)

A dissolução da sociedade pode ser **total** ou **parcial**. Em relação à **dissolução total**, pode se dar pelos seguintes fatores:

a) vontade dos sócios;

b) decurso do prazo determinado;

c) falência;

d) irrealizabilidade do objeto social;

e) unipessoalidade; e

f) causas contratuais.

No que tange à **vontade dos sócios**, fica claro que para a dissolução da sociedade é necessária a *concordância unânime* dos acionistas. Os sócios que detêm a maioria acionária assinarão um instrumento de **distrato** que será registrado na junta comercial e conterá o valor da importância repartida entre os sócios e a indicação da pessoa ou das pessoas responsáveis pelo ativo e passivo remanescente, além de indicar o motivo que levou os sócios a decidirem pela dissolução. No decurso do prazo determinado, *outro fator de dissolução*: os sócios podem firmar **distrato**.

Quanto à **falência**, essa é uma causa de dissolução necessariamente judicial e que apresenta rito próprio, o qual será tratado em capítulo próprio.

A não realização **(irrealizabilidade**) do objeto social é uma causa de dissolução societária que pode ser tanto judicial quanto extrajudicial, e que pode ter as seguintes causas: a insuficiência ou a perda do capital social.

Em relação à **unipessoalidade**, somente são admitidas no direito brasileiro a *subsidiária integral* ou a *unipessoalidade incidental e temporária* pelo prazo de 180 dias (vide item 3.1.3).

Além destes fatores, o contrato social pode ainda prever outras hipóteses para a dissolução da sociedade.

Já a **dissolução parcial** pode ter as seguintes causas:

a) vontade dos sócios;
b) morte do sócio;
c) retirada de sócio; e
d) exclusão de sócio.

Esse tipo de dissolução tem por *pressuposto* uma sociedade com *mais de dois* sócios, visto que, sendo uma sociedade com apenas dois deles e havendo uma dissolução parcial, esta passa a ser unipessoal, o que, consequentemente, acarreta na dissolução total.

Vindo a *morrer* um dos sócios, por exemplo, sua quota será *liquidada*, a não ser que haja disposição contratual em contrário ou que os demais sócios optem pela dissolução da sociedade, ou, ainda, no caso de acordo com os herdeiros, haja substituição do falecido.

O **art. 1.033** e seguintes do CC relacionam as possibilidades em que a sociedade será dissolvida:

I – o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado;

II – o consenso unânime dos sócios;

III – a deliberação dos sócios, por maioria absoluta na sociedade de prazo indeterminado;

IV – a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de 180 (cento e oitenta) dias;

V – a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar (**Obs.:** Nessa hipótese, o Ministério Público deverá promover a liquidação judicial da sociedade, havendo inércia dos administradores superior a 30 dias. Não o fazendo, a autoridade competente para a concessão da autorização nomeará interventor).

Observa-se que a Lei Complementar 128/2008 incluiu o parágrafo único no art. 1.033 do CC, atualizado pela Lei 12.441/2011, oportunizando ao sócio remanescente do **inciso IV** alterar o registro da sociedade para empresário individual ou empresa individual de responsabilidade limitada.

De acordo com o art. 1.034, do CC, a sociedade pode ser **dissolvida judicialmente**, a requerimento de qualquer dos sócios, quando:

- anulada a sua constituição;
- exaurido o fim social, ou verificada a sua inexequibilidade.

O contrato social poderá prever ainda outras causas de dissolução, a serem verificadas judicialmente quando contestadas, conforme autoriza o art. 1.035.

De acordo com o art. 1.036 do CC, uma vez iniciada a dissolução, cumpre aos administradores providenciar imediatamente a investidura do liquidante, e restringir a gestão própria aos negócios inadiáveis, vedadas novas operações, pelas quais responderão solidária e ilimitadamente. O liquidante, caso não esteja designado no contrato, será eleito pelos sócios, podendo, inclusive, ser estranho à sociedade, e haverá a possibilidade de ser destituído por deliberação dos sócios (caso tenha sido eleito) ou via judicial constatada a justa causa.

3.3.1.6 A liquidação da sociedade (arts. 1.102 a 1.112, CC)

Para que seja *iniciada* a **liquidação** de *qualquer* sociedade, antes de tudo são necessárias a sua **dissolução** (vide item anterior) e a nomeação do **liquidante** que, não sendo administrador da sociedade, deverá ter sua nomeação averbada no respectivo registro. Além de competir ao liquidante representar a sociedade e praticar todos os atos necessários à liquidação, tem como dever averbar e publicar a ata, sentença ou instrumento de dissolução da sociedade, arrecadar os bens, livros e documentos da sociedade, proceder, nos **15 dias** seguintes a sua investidura, à elaboração do inventário e do balanço geral do ativo e do passivo.

Além disso, deverá também exigir dos quotistas, quando insuficiente o ativo necessário à solução do passivo, a integralização de suas quotas, bem como as quantias necessárias nos limites de suas responsabilidades; além de convocar assembleia dos cotistas a cada seis meses para que nelas sejam apresentados relatório e balanço do estado da liquidação, sempre com a respectiva prestação de contas.

Deve ainda confessar a *falência* e requerer a *recuperação judicial* da sociedade, quando necessário, apresentar relatório ao fim da liquidação e averbar o documento que considerar encerrada a liquidação. Vale ressaltar que suas obrigações e responsabilidades reger-se-ão pelos preceitos peculiares aos

administradores das sociedades.

No momento da liquidação, observados os direitos dos credores preferenciais, o liquidante deverá pagar proporcionalmente as dívidas sociais, havendo descontos nas vincendas. Pagos os credores, os sócios podem decidir pela realização de rateios, ainda que não encerrada a liquidação.

Saldadas as dívidas e dividido o remanescente, o liquidante convocará assembleia para prestação de contas, cuja ata será averbada no registro próprio, a partir do que o dissidente terá **30 dias** para a propositura da ação cabível. No caso de liquidação judicial, outras reuniões ou assembleias poderão ser convocadas pelo juiz.

3.3.2 As sociedades empresárias

As sociedades classificam-se de acordo com:

1.°) **Sua estrutura**

a) *Sociedades de pessoas* – de natureza *contratual*, são aquelas constituídas levando-se em conta as *qualidades pessoais* dos sócios, e poderão ser registradas por **denominação social** ou **firma**. Nelas os atributos pessoais de cada sócio interferem com a realização do objeto social de modo a determinar o sucesso ou o fracasso da atividade. Por isso, nesse tipo societário, garante-se aos seus sócios o direito de veto ao ingresso de terceiro estranho ao quadro associativo. Além disso, as *cotas sociais* (denominação que recebe a forma de participação societária deste tipo de sociedade) são impenhoráveis por dívidas particulares de seus titulares e a morte de um de seus sócios acarreta na sua dissolução parcial.

São **sociedades de pessoas**:

- sociedade em nome coletivo;
- sociedade em comandita simples em relação aos *sócios comanditados;* e
- sociedade limitada *quando houver omissão* no contrato social.

A *sociedade limitada* é considerada pela maioria da doutrina como sociedade de pessoas. No entanto, poderá ter *caráter personalista* ou *capitalista*, de acordo com a vontade dos sócios, que poderão convencionar cláusulas que permitam ou não a livre negociação das cotas a estranhos (art. 1.057 do CC). Caso o contrato social seja omisso quanto à possibilidade de cessão de cotas sociais a terceiros

estranhos, referido negócio poderá ser obstado por sócio ou sócios que representam 1/4 do capital social, acentuando em tal hipótese o seu caráter de sociedade de pessoas.

b) *Sociedades de capital* – de natureza *estatutária* (ou seja, aquelas em que o ato constitutivo é um *estatuto social*), são aquelas constituídas levando-se em conta apenas a necessidade de constituir o capital social, sem qualquer preocupação com as qualidades pessoais dos sócios; será registrada por **denominação social** e estão submetidas às normas de fiscalização da CVM – Comissão de Valores Mobiliários. Nestas sociedades as *ações* são livremente negociadas, não havendo direito de veto ao ingresso de terceiros no quadro social.

São as seguintes as **sociedades de capital**:

- sociedade anônima;
- sociedade em comandita por ações; e
- sociedade limitada *quando houver* cláusula contratual expressa nesse sentido.

2.°) **Extensão da responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais**

a) *Sociedades de responsabilidade ilimitada* – são aquelas nas quais *todos os sócios* respondem **ilimitada** e **solidariamente** pelas dívidas da sociedade.

São as seguintes:

- a sociedade em nome coletivo; e
- todas as sociedades irregulares ou de fato (ou sociedade em comum, conforme denominação adotada pelo CC/2002).

b) *Sociedades de responsabilidade mista* – são aquelas onde *alguns sócios* têm responsabilidade ilimitada e os *outros* possuem responsabilidade limitada, podendo existir, ainda, aqueles isentos de qualquer responsabilidade pelas obrigações da sociedade.

São as seguintes:

- sociedade em comandita simples – aquela em que o sócio comanditado tem responsabilidade ilimitada e o sócio comanditário tem responsabilidade limitada; e

- sociedade em comandita por ações (art. 280, Lei 6.404/1976) – trata-se daquela em que os sócios diretores ou gerentes respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais e os demais acionistas têm sua responsabilidade limitada ao preço de suas ações.

c) *Sociedades de responsabilidade limitada* – são aquelas em que todos os sócios respondem **limitadamente** pelas obrigações sociais.

São as seguintes:

- sociedade anônima e sociedade em comandita por ações para o *acionista não diretor* – a responsabilidade do acionista é limitada ao valor não integralizado da parte do capital social que ele subscreveu (ou seja, da parte em que ele se comprometeu a contribuir para a formação do capital social); e
- sociedade limitada e sociedade em comandita simples para *sócio comanditário* – a responsabilidade dos sócios cotistas é limitada à importância do total do capital social.

3.°) **Regime de constituição e dissolução**

a) *Sociedades contratuais* – são aquelas instituídas por meio de um *contrato social*. É esse contrato que conterá as características e as regras a serem seguidas pelos sócios. Para a dissolução das sociedades contratuais é necessário, além da vontade majoritária dos sócios, outras causas, por exemplo, a expulsão ou a morte dos sócios.

São **sociedades contratuais**:

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

b) *Sociedades institucionais* – são aquelas instituídas e reguladas por um *estatuto social*. Contrariamente ao que ocorrem com as sociedades contratuais, estas sociedades podem ser dissolvidas pela vontade da maioria dos sócios, por liquidação extrajudicial ou intervenção.

São **institucionais**:

- a sociedade anônima; e

- sociedade em comandita por ações.

3.3.2.1 Sociedade em nome coletivo (arts. 1.039 a 1.044, CC)

A sociedade em nome coletivo surge quando duas ou mais **pessoas físicas** se unem para comerciar em conjunto, sob de uma **firma social**, cujo capital social é separado em *cotas*. O traço distintivo dessa espécie de sociedade é a **responsabilidade ilimitada** e **solidária** dos sócios com terceiros, pelas obrigações contraídas em nome da sociedade. Porém, podem os sócios, sem prejuízo da responsabilidade perante terceiros, *limitar entre si* a responsabilidade de cada um (art. 1.039 do CC).

Qualquer um **dos sócios**, dessa maneira, pode exercer a *administração*, sendo o uso da firma, nos limites do contrato, privativo dos que tenham os respectivos poderes, pois o **art. 1.042** deixa bem claro que a "administração da sociedade compete exclusivamente a sócios".

A firma social é formada pelo nome civil de **todos** os sócios ou de qualquer sócio acrescido da expressão abreviada de **"Cia"** ou *iniciado* pela expressão **"Companhia"**.

Quanto ao sócio que abusar da firma social, cabe contra ele ação de perdas e danos, tanto da parte dos sócios, quanto de terceiros. Se este abuso concorrer com fraude ou dolo, caberá, também, contra este sócio a respectiva ação criminal.

O credor particular do sócio somente poderá pretender a liquidação da quota do devedor antes da dissolução da sociedade se ela for prorrogada tacitamente, ou, ainda, na situação de ter ocorrido prorrogação contratual, haja sido acolhida judicialmente oposição do credor, levantada no prazo de 90 dias, a partir da publicação do ato dilatório.

A sociedade em nome coletivo se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1.033[12] e, *se empresária*, também pela declaração de **falência** (art. 1.044).

- *Sociedade em nome coletivo:* responsabilidade ilimitada de todos os sócios
- *Nome:* firma ou razão social.

3.3.2.2 Sociedade em comandita simples (arts. 1.045 a 1.051, CC)

A sociedade em comandita simples caracteriza-se pela associação de pessoas para fim empresarial, obrigando-se uns como sócios solidariamente responsáveis **(sócios comanditados** – *sempre pessoas físicas*) e outros como simples prestadores de capitais, obrigando-se somente até o valor de sua quota **(sócios comanditários**), sendo que o contrato deverá discriminar a natureza de cada um deles.

Somente os **sócios comanditados** podem exercer a *gerência* e ter seu *nome civil* aproveitado no *nome empresarial*. Além disso, terão os mesmos direitos que o sócio de sociedade em nome coletivo. Por outro lado, o **sócio comanditário** que praticar qualquer ato de gestão, ou ter seu nome civil utilizado na firma social, assumirá as responsabilidades do comanditado (*ilimitada*). No entanto, poderá ser constituído procurador da sociedade para negócio determinado (art. 1.047 do CC).

Apesar de o comanditário não ser obrigado à restituição daquilo que recebeu de boa-fé, não receberá qualquer lucro no caso de ter sido diminuído o capital social por perdas supervenientes, até que ele seja reintegrado. No caso de falecimento dessa espécie de sócio, não havendo disposição em sentido diverso, os herdeiros prosseguirão com a sociedade, designando alguém para representá-los.

A dissolução social ocorre pelos mesmos motivos da sociedade simples, ou ainda, se empresária, pela falência ou, quando por mais de **180 dias**, perdurar a falta de uma das categorias de sócio. Se não houver sócio comanditado, os comanditários nomearão administrador provisório nesse prazo.

- *Sociedade em comandita simples:* responsabilidade *ilimitada* do sócio **comanditado** e *limitada* do sócio **comanditário**.
- *Nome:* firma ou razão social mencionando apenas o nome dos sócios **comanditados**.

3.3.2.3 Sociedade limitada (arts. 1.052 a 1.087, CC)

3.3.2.3.1 Considerações gerais

Se antes a **sociedade limitada** era regida pelo Decreto 3.708/1919 sob o nome de *sociedade por quotas de responsabilidade limitada*, com a entrada em vigor do Código Civil, além de alterar o nome, passou a ser regulada pelos arts. 1.052

a 1.087 do CC.

A **sociedade limitada** possui as seguintes características:

a) sociedade de *pessoas*;

b) sociedade cuja *responsabilidade dos sócios é limitada* ao capital constante na última alteração contratual; e

c) sociedade cujo nome empresarial é dado por razão social (firma) ou denominação.

A respeito de sua natureza jurídica, Bruno Mattos e Silva ensina que a **"sociedade limitada** é uma sociedade personificada, que decorre de um contrato social, que deverá ser registrado na Junta Comercial. Pelo fato da relação societária surgir por meio de contrato, classifica-se a sociedade limitada como uma sociedade *contratual"*[13], podendo ser classificada como de **pessoas** ou de **capitais**, pois irá depender das cláusulas contratuais ajustadas entre os sócios.

Quanto ao nome empresarial, poderá a sociedade limitada adotar **firma** ou **denominação**, integradas pela palavra final "limitada" ou sua abreviatura (Ltda.).

A sociedade será dissolvida pelos mesmos motivos da *sociedade simples*, ou pela falência.

3.3.2.3.2 Sociedade de quotas

Tratando das **cotas** (ou *quotas*), Rubens Requião, citando Egberto Lacerda, define-a como sendo "A entrada, ou contingente de bens, coisas ou valores com o qual cada um dos sócios contribui ou se obriga a contribuir para formação do capital social"[14].

O vigente CC, no art. 1.055, permite a divisão do capital social em *quotas* **iguais** ou **desiguais** a serem titularizadas pelos sócios, atribui responsabilidade solidária de todos eles pela exata estimação dos bens conferidos até o prazo de 5 anos contados da data do registro da sociedade (§ 1.°) e veda a contribuição que consista em prestação de serviços (§ 2.°).

Apesar de a **cota** ser *indivisível* em relação à sociedade, salvo para efeito de transferência, pode o sócio, na omissão do contrato, cedê-la, total ou parcialmente, a quem seja sócio ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de 1/4 dos membros do capital social, conforme art. 1.057 do

CC. O conceito de *indivisibilidade* da quota se relaciona não com a sua materialidade, mas sim com os direitos que ela confere ao seu respectivo titular. Esses direitos, na verdade, é que não podem ser divididos, o que fatalmente ocorreria se o Código permitisse o fracionamento da quota. O que pode perfeitamente existir é um *condomínio de quotas*, mas para que sejam exercidos os direitos dela decorrentes é necessária a escolha de um representante, que poderá ser um dos condôminos ou o inventariante do espólio de um sócio falecido (art. 1.056, § 2.°).

Não integralizada a cota do *sócio remisso*, os outros, visando a perfeita continuidade das atividades da sociedade, poderão tomá-la para si ou para terceiros, excluindo o primitivo titular que, no entanto, tem direito à restituição do que houver pagado (art. 1.058).

Havendo *prejuízo* de capital na distribuição dos lucros, ainda que autorizado no contrato, os sócios serão obrigados à sua reposição (art. 1.059).

Grande polêmica surge no que diz respeito à **penhorabilidade** das cotas. A legislação referente à matéria não faz menção alguma, recorrendo-se à jurisprudência e doutrina para a solução do problema. Assim, entende-se que se as cotas *podem ser cedidas*, de acordo com permissão do contrato social, também *podem ser penhoradas* mesmo que o contrato proíba, segundo posição do STJ[15].

3.3.2.3.3 Administração da sociedade

A administração da sociedade limitada pode ser exercida por *qualquer pessoa*, seja ela sócia ou não. Porém, o art. 1.060 do CC estabelece que a designação de *administradores não sócios* depende de cláusula expressa no contrato social ou ato separado e exige, para tanto, o consentimento *unânime* dos sócios, caso o capital social não tenha sido integralizado; ou de *dois terços* se o capital social estiver totalmente integralizado (art. 1.061 do CC com a redação dada pela Lei 12.375/2010). O administrador sócio designado pelo contrato social deverá ser eleito por *três quartos* do capital social, enquanto o designado por ato apartado deverá ser eleito por sócios que representem *mais de metade* do capital social (art. 1.076, I e II, do CC). Seja ele quem for, sua nomeação deverá ser averbada no registro competente.

Para a destituição de **administrador sócio** nomeado pelo contrato social, exige-se a deliberação de sócios que representem *dois terços* do capital social (art. 1.063, § 1.°); se for nomeado por ato apartado, exige-se manifestação de

mais de metade do capital social (art. 1.076, II). Sendo o **administrador não sócio** e tendo sido nomeado pelo contrato social, exige-se a deliberação de *três quartos* do capital social (art. 1.076, I). Caso tenha sido nomeado por ato apartado, exige-se a manifestação de *mais da metade* do capital social (art. 1.076, II).

Na hipótese de renúncia do administrador, tal ato surtirá efeito perante a sociedade tão logo seja conhecido; porém, somente poderá ser alegado perante terceiros após ser devidamente averbado e publicado.

Importante observar uma nova perspectiva a respeito da teoria *ultra vires* diante do novo Código Civil. De acordo com essa teoria, a sociedade somente se vincula aos atos praticados por seus administradores na hipótese de terem pertinência com o seu objeto social. Assim, se o ato praticado extrapolar os limites contratuais, a sociedade não será obrigada a observá-lo. Na hipótese de o administrador vir a praticar ato que viole as cláusulas do contrato social ou da lei, ou ainda sabendo ou devendo saber que estava agindo em desacordo com a maioria, responderá perante terceiros e perante a própria sociedade pelos prejuízos a que der causa.

A referida teoria, que de acordo com a doutrina representa um retrocesso, foi adotada somente em relação à sociedade limitada, cuja regência supletiva seja o da sociedade simples. Quando estiver sujeita ao regime das sociedades anônimas, a sociedade responderá por todos os atos praticados em seu nome, estranho ou não ao seu objeto social, sendo-lhe assegurado o direito de regresso contra o administrador que praticou o ato (art. 1.015, parágrafo único).

Pode o contrato social instalar um **Conselho Fiscal** (art. 1.066 do CC), paralelo à assembleia dos sócios, a fim de examinar os livros e papéis da sociedade, caixa, etc., denunciar erros, fraudes ou crimes, convocar assembleias. Nesse ponto, vale destacar o avanço do CC/2002 ao assegurar aos *sócios minoritários*, que representem pelo menos *um quinto* do capital social, o direito de eleger, separadamente, um dos membros do conselho fiscal e o respectivo suplente.

Estipula o art. 1.069 do CC os deveres dos membros do **Conselho Fiscal** que, além de poderem ser auxiliados por contabilista legalmente habilitado, poderão ser ampliados conforme outras disposições legais ou contratuais. A saber:

I – examinar, pelo menos trimestralmente, os livros e papéis da sociedade e o estado da caixa e da carteira, devendo os administradores ou liquidantes

prestar-lhes as informações solicitadas;

II – lavrar no livro de atas e pareceres do conselho fiscal o resultado dos exames referidos no inciso I deste artigo;

III – exarar no mesmo livro e apresentar à assembleia anual dos sócios parecer sobre os negócios e as operações sociais do exercício em que servirem, tomando por base o balanço patrimonial e o de resultado econômico;

IV – denunciar os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, sugerindo providências úteis à sociedade;

V – convocar a assembleia dos sócios se a diretoria retardar por mais de 30 (trinta) dias a sua convocação anual, ou sempre que ocorram motivos graves e urgentes;

VI – praticar, durante o período da liquidação da sociedade, os atos a que se refere este artigo, tendo em vista as disposições especiais reguladoras da liquidação.

As deliberações dos sócios deverão ser tomadas em **reunião** ou **assembleia**, sendo essa última obrigatória quando o **número de sócios** for *superior* a **10** (para as sociedades com 10 ou menos sócios, as deliberações serão tomadas em *reunião*, salvo se o contrato dispuser ao contrário); podendo ainda ser dispensada quando todos os sócios decidirem, por escrito, sobre a matéria que seria discutida.

Além de outras matérias, que poderão ser estipuladas em lei ou no contrato, dependem de **deliberação dos sócios** (art. 1.071 do CC):

I – a aprovação das contas da administração;

II – a designação dos administradores, quando feita em ato separado;

III – a destituição dos administradores;

IV – o modo de sua remuneração, quando não estabelecido no contrato;

V – a modificação do contrato social;

VI – a incorporação, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação;

VII – a nomeação e destituição dos liquidantes e o julgamento das suas contas;

VIII – o pedido de concordata.

Vale ressaltar que, havendo urgência, os administradores poderão requerer "concordata preventiva" desde que autorizados por mais da metade do capital social. É importante salientar que o instituto da *concordata* foi substituído pela *recuperação* (judicial e extrajudicial) pela nova **Lei de Falências** (Lei 11.101/2005).

A assembleia, em primeira convocação, só será instalada com a presença de, no mínimo, *três quartos* do capital social, e, em segunda, com *qualquer número* (art. 1.074 do CC). Nela o sócio poderá ser representado por outro sócio ou advogado, desde que contando com poderes para tanto. Porém, nenhum sócio poderá votar em matéria que diretamente lhe diga respeito.

A **assembleia**, cujos maiores objetivos são tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial, designar administradores e outro assunto que esteja na ordem do dia, deverá ocorrer *pelo menos uma vez por ano*, nos 4 meses subsequentes ao término do exercício social. Havendo deliberações infringentes ao contrato social, aqueles que a aprovaram responderão ilimitadamente por elas.

3.3.2.3.4 Situações societárias

Quando houver *modificação* do contrato, *fusão* da sociedade, *incorporação* de outra, ou dela por outra, o sócio que discordou terá o **direito de retirar-se** da sociedade, nos 30 dias subsequentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto sobre a dissolução da sociedade simples em relação a um sócio.

Assim, o sócio que não concordar com eventuais alterações contratuais promovidas na sociedade (*sócio dissidente*), tem a faculdade de se retirar desta, obtendo o reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado. Balanço esse que é elaborado anualmente, mas que poderá estar defasado na época da retirada do sócio. Nesse caso, normalmente, os sócios pactuam no contrato social prazos para o **reembolso** nas hipóteses de retirada do sócio do quadro societário. O reembolso é baseado no patrimônio líquido da sociedade, ou seja, no valor patrimonial de sua cota.

Não existindo cláusula no contrato sobre este assunto, o reembolso ao sócio será feito à vista, logo após a conclusão do balanço. Nessa hipótese ocorre a dissolução parcial da sociedade, com a redução do capital social.

Prevê-se, ainda, que a *maioria dos sócios*, representante da *maioria do capital*

social, poderá **excluir** determinado sócio caso entendam que ele põe em risco a continuidade da empresa em face da prática de atos de inegável gravidade. Nesse caso, deverá ser convocada reunião ou assembleia especialmente para esse fim, em que será observado o direito de defesa do sócio a ser excluído. Na hipótese, serão observadas as disposições da sociedade simples acerca da exclusão do sócio.

Em caso de **falecimento** de algum sócio, deverá ser observado o contrato social. Se não houver nenhuma previsão, o herdeiro poderá ou não ingressar na sociedade, conforme sua vontade, seguida de aprovação majoritária dos demais sócios. Se as cotas a serem herdadas não se encontrem integralizadas, fica o herdeiro encarregado em integralizá-las.

Não sendo do interesse do herdeiro ingressar na sociedade, receberá as cotas herdadas em seu valor patrimonial. Havendo previsão contratual no tocante a questão sucessória, poderá o herdeiro ingressar ou não conforme sua vontade, sem a necessidade de aprovação.

No que diz respeito ao capital social, poderá este ser aumentado ou reduzido diante da correspondente alteração contratual. No caso de aumento, terão os sócios, até 30 dias após a deliberação, preferência na proporção de suas quotas. Para que seja reduzido após a integralização, deverá haver perdas irreparáveis ou então se ficar constatado que é excessivo em relação ao objeto social.

3.3.2.3.5 Responsabilidade dos sócios

A **sociedade limitada** responde *ilimitadamente* no total de seu capital social pelas dívidas sociais, desde que esteja ele totalmente integralizado. Mas os sócios respondem *limitadamente*. Atente-se que *capital subscrito* é o montante financeiro que os sócios se comprometem a entregar para a formação da sociedade empresária; *capital integralizado* é quando este montante foi efetivamente entregue.

Quando o *capital* é *integralizado*, os sócios-cotistas nada mais devem, pois cumpriram com suas obrigações individuais no momento em que integralizaram o montante das cotas. Logo, *limitada* será a responsabilidade *subsidiária* dos sócios pelas obrigações sociais. Se, porém, algum cotista não tenha integralizado sua cota, a sociedade continua a se responsabilizar no limite do capital social subscrito. Todavia, como o capital social não foi totalmente integralizado, a sociedade não possui todo o montante, tornando os cotistas *solidariamente* responsáveis até que o montante total seja integralizado.

Excepcionalmente, os sócios responderão **subsidiária** e **ilimitadamente** pelas obrigações contraídas nos seguintes casos:

- quando os sócios adotarem deliberação contrária à lei ou ao contrato social;
- em casos de execução trabalhista, a Justiça do Trabalho, protegendo o empregado, tem deixado de aplicar as regras de limitação da responsabilidade dos sócios;
- quando o sócio, valendo-se da divisão patrimonial assegurada entre sociedade e sócios, vem, dolosamente, a fraudar credores da sociedade (em virtude da teoria da desconsideração da personalidade jurídica);
- quando a sociedade tiver débitos junto à Seguridade Social (INSS), de acordo com o disposto no art. 13 da Lei 8.620/1993; e
- quando pessoas casadas sob o regime da comunhão universal ou o da separação legal (ou obrigatória) de bens celebrarem contrato de sociedade (sociedade marital), conforme dispõe o art. 977 do CC.

Cabe ação de perdas e danos, sem prejuízo de responsabilidade criminal, contra o sócio que usar indevidamente da firma social ou que dela abusar. Para que não respondam pessoalmente pelas obrigações da sociedade, os *sócios-gerentes* ou que derem nome à firma social, ou que usarem da firma, não devem omitir a expressão *limitada* na firma social ou denominação. Por outro lado, a sociedade deve possuir firma ou denominação; jamais ambas ao mesmo tempo.

Ocorrendo encerramento da atividade da empresa, sem que se proceda ao arquivamento do distrato, tornando a sociedade irregular, os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.

3.3.2.4 A sociedade anônima (arts. 1.088 a 1.089, CC; Lei 6.404/1976)

3.3.2.4.1 Considerações preliminares

Apesar de trazer inúmeras disposições acerca do direito societário, o Código Civil apenas afirmou que a sociedade anônima *continuará sendo disciplinada* por lei especial, aplicando-se o Código somente nos *casos omissos* (art. 1.089), e definiu-a como aquela em que “o capital divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir” (**art. 1.088**).

De acordo com o conceito de Miranda Valverde, “A sociedade anônima é uma pessoa jurídica de direito privado, de natureza mercantil, em que todo o capital se divide em ações, que limitam a responsabilidade dos participantes, sócios ou acionistas ao montante das ações, por eles subscritas ou adquiridas, as quais facilitam, por sua circulação, a substituição de todos os sócios ou acionistas”[16].

Também dispõe o CC que a S/A funcionará sob *denominação designativa do objeto social*, integrada pelas expressões “sociedade anônima” ou “companhia” (vedada ao final do nome), por extenso ou abreviadamente (art. 1.160) e que é permitido na denominação o nome do fundador, acionista, ou pessoa que haja concorrido para o bom êxito da formação da empresa (parágrafo único).

A sociedade anônima é uma **sociedade de capital** onde é livre o acesso de estranhos ao quadro societário, bastando apenas a integralização do valor das **ações**. Essas são, dessa forma, as *frações do capital social* – títulos representativos da participação societária. São **características fundamentais** da sociedade anônima ou companhia:

a) impessoalidade;
b) responsabilidade *limitada* dos acionistas; e
c) fracionamento do capital em ações.

Como já mencionado, em se tratando de uma **sociedade de capital** e não de pessoas, nenhum acionista pode impedir o ingresso de terceiros no quadro associativo. Também por isso *é permitida a penhora das ações* do acionista por dívidas particulares.

A sociedade anônima é regulada por lei específica – **Lei 6.404/1976 – LSA**, sendo obrigatórios o **fim lucrativo** e a **natureza empresária**. Sendo pessoa jurídica de direito privado e de natureza mercantil, e tendo seu capital dividido em ações, a *responsabilidade dos sócios ou acionistas* fica **limitada** ao preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir (art. 1.° da LSA). A fixação do preço de emissão das ações poderá ser feita pelos fundadores da sociedade, pela assembleia-geral ou pelo conselho de administração.

A **LSA**, com mais de 30 anos, foi bastante atualizada pelas normas das Leis **9.457/1997, 10.303/2001** e, recentemente, pela Lei **11.941/2009**.

A sociedade anônima será sempre considerada empresária, qualquer que seja seu objeto (art. 982 do CC; art. 2.°, § 1.°, da LSA). O objeto social deverá ser definido de modo preciso e completo pelo estatuto social. A sociedade anônima

poderá, inclusive, participar de outras sociedades (art. 2.°, § 3.°, da LSA).

Quanto ao **capital social** da companhia, que segundo Amador Paes de Almeida[17] "é a parte em dinheiro ou bens com que se constitui o fundo essencial de uma sociedade" e que "não se confunde com o patrimônio desta, que é a totalidade de bens de uma empresa", terá seu valor fixado no estatuto e expresso em moeda nacional, art. 5.°, *caput*, da Lei 6.404/1976, podendo ser formado com *contribuições em dinheiro* ou em *qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro* (como os créditos, por exemplo). Transferindo um bem para a formação do capital social, a responsabilidade do subscritor equipara-se à do vendedor para garantir os riscos da evicção que possam surgir. *Não se admite* a contribuição em serviços (art. 7.° da LSA).

Por fim, uma sociedade anônima pode, com o objetivo de obter os recursos necessários para o desenvolvimento de suas atividades, emitir os seguintes **valores mobiliários**:

- Ações;
- Partes beneficiárias (art. 46 da Lei 6.404/1976);
- Debêntures (art. 52 da Lei 6.404/1976);
- Bônus de subscrição (art. 75 da Lei 6.404/1976);
- Notas promissórias (ou *commercial paper*) (In 134/1990, da CVM).

É importante observar que as *partes beneficiárias*, os *bônus de subscrição* e a *nota promissória* só podem assumir a forma nominativa. As *ações* e as *debêntures*, por sua vez, podem ser tanto nominativas como escriturais.

3.3.2.4.2 Classificação da sociedade anônima

As sociedades anônimas podem ser **abertas** ou **fechadas** (art. 4.° da LSA). Tais termos referem-se, respectivamente, *à possibilidade ou não* de suas ações serem negociadas na Bolsa de Valores ou no Mercado de Balcão.

O *Mercado de Balcão* é uma entidade privada que compreende as operações realizadas por sociedades corretoras, instituições financeiras e sociedades intermediárias autorizadas relativas à venda e aquisição de valores mobiliários (mercado secundário) bem como a subscrição de novos valores (mercado primário). A *Bolsa de Valores* é uma entidade privada, resultante da associação de sociedades corretoras, que realiza as operações de venda e aquisição de

valores mobiliários (só como mercado secundário), sendo dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, mas com vinculação ao Ministério da Fazenda, sob a supervisão da **Comissão de Valores Mobiliários – CVM** (Lei 6.385/1976). A CVM, por sua vez, é uma *autarquia federal*.

De acordo com a doutrina de Amador Paes de Almeida, **aberta** "é a companhia que procura captar recursos junto ao público, seja com a emissão de ações, debêntures, partes beneficiárias ou bônus de subscrição, ou ainda de valores mobiliários, e que, por isso mesmo, tenha admitido tais valores à negociação em Bolsa ou Mercado de Balcão". Acrescenta o aludido doutrinador que "envolvendo a poupança popular, com a captação de recursos estranhos ao quadro associativo, está a companhia aberta sujeita à especial tutela estatal, que se reflete nas normas rígidas, de ordem pública e, por isso mesmo, impostergáveis, a que forçosamente se sujeita tanto para a sua constituição quanto para o seu funcionamento. A CVM foi criada para fiscalizá-las e controlá-las"[18].

Fechada "é a companhia que não formula apelo à poupança pública, obtendo recursos entre os próprios acionistas ou terceiros subscritores. É a rigor, a sociedade anônima tradicional, restrita à família ou grupos e que, por isso mesmo, dispensa a tutela estatal. Tal companhia não oferece ao público suas ações ou outros valores mobiliários"[19]. Se o fizer, será considerada uma companhia aberta.

Assim, uma companhia necessita de *autorização* do Governo Federal para que tenha seus valores mobiliários admitidos à negociação na Bolsa ou no Mercado de Balcão e essa *autorização* deve ser concedida pela CVM.

3.3.2.4.3 Constituição da companhia

De acordo com o art. 80 e seguintes da Lei 6.404/1976, para que uma companhia seja constituída, existem **três etapas** que devem ser seguidas: o preenchimento dos *requisitos preliminares* (arts. 80 e 81); *modalidades de constituição* (arts. 82 a 93); e *providências complementares* (arts. 94 a 99).

a) *Requisitos Preliminares* – preliminarmente devem ser realizados: I – a subscrição de todo capital social por pelo menos duas pessoas. Essa subscrição é irretratável; II – a entrada de pelo menos 10%, das ações subscritas em dinheiro ou, no caso de se tratar de instituição financeira, essa percentagem é de 50%; III – o depósito do valor de entrada no Banco

do Brasil ou qualquer estabelecimento bancário autorizado pela CVM, depósito que deve ser efetuado pelo fundador até 5 dias após o recebimento da quantia. Terminado o processo de constituição, a companhia levantará o montante depositado. Se esse processo não se concluir em 6 meses, o subscritor é quem levantará a quantia paga por ele.

b) *Modalidades de constituição* – de acordo com a existência ou não de apelo ao público investidor: I – constituição por **subscrição pública** (ou constituição sucessiva), em que os fundadores se preocupam em buscar recursos para a constituição da sociedade junto aos investidores; II – constituição por **subscrição particular** (ou constituição simultânea), onde não há esse tipo de preocupação por parte dos investidores.

c) *Providências complementares* – devem ser registrados e publicados os atos constitutivos da companhia, seja ela feita por subscrição pública ou particular.

3.3.2.4.4 Órgãos sociais

A sociedade anônima é composta por **quatro órgãos sociais**:

a) assembleia-geral (art. 121);
b) conselho de administração (art. 138, § 1.°, 1.ª parte);
c) diretoria (art. 138, § 1.°, 2.ª parte); e
d) conselho fiscal (art. 161).

Esses são os quatro órgãos expressamente previstos em lei, o que não impede, contudo, que o estatuto crie outros que julgue necessários para um melhor desempenho das atividades comerciais da sociedade anônima.

A **assembleia-geral** é o *órgão máximo* da sociedade anônima. Possui caráter *deliberativo* e é formada por todos os acionistas, sejam eles portadores de ações ordinárias ou preferenciais. Segundo o art. 121 da LSA, a *assembleia-geral* tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento, observada a competência *privativa* do rol do **art. 122**.

A *assembleia-geral* **ordinária** deve ser realizada anualmente, nos quatro meses seguintes ao fim do exercício social (art. 132) e nessa ocasião é que serão tomadas as contas dos administradores; examinadas, discutidas e votadas as

demonstrações financeiras; as deliberações sobre a destinação do lucro líquido e a distribuição dos dividendos; a eleição dos administradores e fiscais; e a aprovação da correção monetária do capital social.

Temas diversos desses não são de apreciação da assembleia-geral *ordinária*, mas sim de uma assembleia **extraordinária** (art. 131). Atente-se que a assembleia-geral *ordinária* e a *extraordinária* poderão ser, cumulativamente, convocadas e realizadas no mesmo local, data e hora, instrumentadas em ata única.

Já o **conselho de administração** é um órgão colegiado *facultativo* (só é obrigatório nas sociedades anônimas abertas, para as companhias de capital autorizado e as sociedades de economia mista). Visa agilizar a tomada de decisões de interesse da sociedade anônima. O mínimo legal a ser observado é o de *3 conselheiros*, com mandato nunca superior a 3 anos. Somente os acionistas podem ser eleitos para integrar esse órgão social (art. 140). Portanto, todas as *companhias abertas* e as *de capital autorizado* (que são aquelas constituídas com capital subscrito inferior àquele autorizado pelos estatutos) terão obrigatoriamente conselho de administração (art. 138, § 2.°, da LSA).

A respectiva competência do conselho está disposta no **art. 142** da LSA.

A **diretoria** é o órgão que possui como função principal a *representação legal* da sociedade anônima, além de também executar as deliberações tomadas pela *assembleia-geral* e pelo *conselho de administração*. O estatuto deve especificar o número de membros da diretoria (nunca inferior a 2); duração do mandato dos membros da diretoria (não superior a 3 anos); o modo de substituição dos diretores e a atribuição e o poder de cada diretor (art. 143). Os **diretores** *não precisam*, necessariamente, *ser acionistas* da sociedade anônima e são eleitos pelo *conselho de administração*, caso este existir, ou pela *assembleia-geral* em caso de inexistência daquele. Até 1/3 do conselho de administração poderá integrar a diretoria. A representação legal cabe ao diretor especificado no estatuto.

Por fim, o **conselho fiscal** é órgão de *existência obrigatória* incumbido de controlar, fiscalizar os órgãos de administração, tutelando, assim, os interesses precípuos da companhia e de seus acionistas. Apesar de ser de existência obrigatória na sociedade anônima, seu *funcionamento é facultativo*. É composto por, no mínimo, 3 e, no máximo, 5 membros, acionistas ou não. A competência do conselho fiscal está detalhadamente exposta no **art. 163** da LSA.

3.3.2.4.5 O acionista da sociedade anônima

De acordo com o **art. 106** da LSA, o acionista é obrigado a pagar o preço de emissão das ações que subscrever. Esse é o *principal dever* do acionista, cabendo ao estatuto estipular o vencimento, ou melhor, a data para a integralização.

O acionista que deixar de pagar dentro do prazo estipulado para efetuar o pagamento estará constituído *em mora*, e, nesse caso, deverá pagar o principal de seu débito acrescido de juros de correção monetária, além da multa prevista no estatuto (*sócio remisso*) – art. 107.

São **direitos essenciais** do acionista, de acordo com o **art. 109** da LSA e lição de Fábio Ulhoa Coelho[20]:

a) *participação nos resultados sociais* – o acionista tem direito tanto de receber os dividendos que lhe cabe como participar do acervo da companhia em caso de liquidação;
b) *fiscalização da gestão dos negócios sociais* – por exemplo, a exibição de livros sociais aos acionistas que representem 5% ou mais do capital social e a participação do conselho fiscal;
c) *direito de preferência* – os acionistas têm direito de preferência para subscrição de ações e de valor mobiliário conversível em ações;
d) *direito de retirada* – o acionista dissidente tem o direito de se retirar da sociedade nos casos previstos nesta lei (o acionista dissidente de determinadas deliberações da assembleia-geral ou de companhia poderá retirar-se da sociedade, recebendo, dessa forma, o reembolso relativo à sua parte nas ações, que será calculado com base no valor patrimonial).

Portanto, o direito a voto não é **direito essencial**, já que existem ações que não trazem esta característica.

De acordo com o art. 116 da LSA, tem-se a figura do **acionista controlador** e que, segundo a lei, pode ser pessoa *natural* ou *jurídica* ou *grupo de pessoas*, devendo usar seu poder com o fim de fazer a companhia realizar seu objeto e cumprir, assim, sua função social. O acionista controlador é o responsável pelo desenvolvimento da sociedade anônima, sendo, geralmente o detentor da maior parte da participação acionária e que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia. O respeito e a lealdade para com os

demais acionistas e para com a sociedade são regras a serem observadas na conduta e atividade do acionista controlador. Dessa forma, ele tem deveres e responsabilidades para com o acionista minoritário, com a empresa, para com os que nela trabalham e com a comunidade em que atua.

O art. 117 da LSA enumera os atos praticados com abuso de poder por este acionista, sendo que tal prática determina a responsabilização do acionista controlador por perdas e danos causados aos acionistas, bem como perante terceiros.

Na transferência de controle da sociedade anônima, o comprador também é obrigado a comprar as ações ordinárias dos *acionistas minoritários*, pagando, no mínimo, 80% do valor pago pelas ações ordinárias do bloco controlador. Em se tratando de fechamento de capital de sociedade anônima aberta, os controladores são obrigados a fazer oferta pública de compra das ações dos acionistas minoritários com base em valor aferido de comum acordo, podendo estes pedirem nova avaliação do preço a ser pago, segundo critérios que são estabelecidos pela CVM.

Constituem *modalidades* de exercício de **abuso de poder**, em síntese (art. 117, § 1.°): orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional; favorecer outra sociedade em prejuízo da participação dos acionistas nos lucros ou acervo social, ou da economia nacional; promover a liquidação de companhia próspera, ou transformação, incorporação, fusão ou cisão, com o fim de obter vantagens indevidas para si ou para outrem; promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de política ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia, em prejuízo de acionistas; eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente, ou que devia saber pela notoriedade do fato; induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal, a praticar ato ilegal; contratar com a companhia, diretamente ou por meio de outrem, ou de sociedade na qual possui interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas; aprovar ou fazer aprovar as contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou deveria saber procedente ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.

3.3.2.4.6 Ações

Ações são as *frações* em que se subdivide o capital da sociedade anônima. Elas conferem ao acionista o *status* de sócio, além de direitos patrimoniais

(participar dos dividendos e do acervo) e políticos (votar e ser votado).

De acordo com a doutrina de Roberto Papini, **ação** é o "título representativo do valor da fração em que é dividido o capital social e do qual resulta, para o seu titular, o direito de participar da vida social da companhia. Tal participação processa-se patrimonialmente, mediante a percepção periódica de dividendos, e pessoalmente ou politicamente, através de fiscalização dos negócios e influência nas deliberações sociais através do voto"[21].

O valor da ação é diferenciado e é estabelecido de acordo com os objetivos da avaliação. Assim, as ações podem ter:

a) *valor nominal* – obtido da divisão do valor do capital social pelo número de ações. O estatuto social poderá estabelecer se as ações da sociedade terão ou não valor nominal;
b) *valor patrimonial* – obtido da divisão do patrimônio líquido pelo número de ações em que se divide o capital social. É o valor que serve de parâmetro para o reembolso. Esse valor é determinado por meio das demonstrações contábeis que a S/A é obrigada a levantar ao término do exercício social;
c) *valor de negociação* – é o valor que o titular consegue obter com a alienação das ações. É o valor de mercado, determinado por uma série de fatores como rentabilidade da sociedade, o desempenho do setor onde ela atua etc.;
d) *valor econômico* – calculado por avaliadores de ativos, por técnicas específicas, e representa o montante que é racional pagar por uma ação, tendo em vista as perspectivas de rentabilidade da companhia; e
e) *preço de emissão* – é o preço pago pelo sócio que subscreveu a ação, à vista ou parceladamente. Destina-se a mensurar a contribuição que o acionista dá para o capital social da companhia e, consequentemente, a limitar sua responsabilidade subsidiária. O preço de emissão é fixado pelos fundadores da sociedade anônima, quando da fundação desta ou pela assembleia-geral ou pelo conselho de administração, quando do aumento do capital social com emissão de novas ações.

No caso de ações emitidas por força de aumento do capital, devem ser observados alguns requisitos previstos no art. 170, § 1.°, da Lei 6.404/1976, dentre os quais se destaca o que determina que, 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. Mas se não existe tal necessidade ou se os recursos poderiam ser obtidos por outros meios, não se justifica a diluição. A fixação do preço de emissão de novas ações abaixo do valor nominal é proibida. Em conclusão, *a regra* é: o acionista não pode sofrer, injustificadamente, diluição do valor patrimonial de suas ações.

As ações, de acordo com os *direitos* que elas conferem aos acionistas, podem ser **classificadas** em:

a) ***ações ordinárias*** – são ações comuns que conferem direitos de caráter político (de votar e de ser votado) e patrimonial (de receber dividendos e de participar dos acertos finais no caso de liquidação da companhia). A sua emissão é obrigatória.
b) ***ações preferenciais*** – são aquelas que conferem vantagens especiais de caráter patrimonial para os acionistas, art. 17 da Lei das S/A, mas, em contrapartida, elas podem ter o direito de voto abolido ou sujeito a restrições. O número máximo de ações preferenciais sem direito a voto em uma companhia é de 50% das ações emitidas. As preferências previstas para este tipo de ações são as seguintes: I – elas conferem ao acionista o direito a dividendos pelo menos 10% maiores do que aqueles pagos aos titulares de ações ordinárias, no caso de dividendos fixos; II – elas permitem aos acionistas preferenciais com, no mínimo 10% do capital total, a participação no conselho de administração da sociedade; e III – as duas preferências concedidas cumulativamente. As ações preferenciais poderão passar a conferir também o direito a voto se a elas não forem distribuídos dividendos fixos ou mínimos, a que fizerem jus, durante 3 exercícios consecutivos.
c) ***ações de fruição –*** são aquelas que resultam da amortização integral das ações ordinárias **ou preferenciais**. O titular desse tipo de ação estará sujeito às mesmas restrições ou desfrutará das mesmas vantagens concedidas aos titulares de ações ordinárias ou preferenciais amortizadas. Amortizar, vale destacar, é a operação que objetiva recompensar a demora na restituição do capital aos acionistas e distribuição de lucros a serem partilhados na eventualidade de liquidação da sociedade.

Um outro critério de classificação leva em conta o ato jurídico que opera *a transferência de titularidade* da ação. De acordo com esse critério, cujos

conceitos foram elaborados pela doutrina de Amador Paes de Almeida[22], as ações podem ser:

a) ***nominativas*** – são "aquelas cuja propriedade se estabelece pela inscrição do nome do titular no livro de registro de ações nominativas";
b) ***escriturais*** – são aquelas que "não se cristalizam materialmente, não constituindo, a rigor, um título de crédito, já que se mantém em contas de depósitos em instituições financeiras, sem emissão de certificados". De acordo com o art. 34 da Lei 6.404/1976, é vedada e emissão de certificados de ações escriturais;
c) ***endossáveis*** – "são aquelas que, à semelhança das ações ao portador, fazem presumir proprietário o detentor, mas condicionam o exercício de direitos perante a companhia à averbação do nome do acionista no Livro de Registro de Ações Endossáveis";
d) ***ao portador*** – são aquelas que fazem presumir proprietário o detentor não trazendo no seu bojo o nome do titular sendo transmissíveis pela simples *traditio*, independentemente de maiores formalidades.

Em virtude da Lei 8.021/1990, que proibiu a emissão de títulos *ao portador* ou nominativo-endossáveis e o pagamento de títulos a beneficiário não identificado, as ações somente poderão ser *nominativas* ou *escriturais* (não se admitindo as ações endossáveis e as ações ao portador).

É importante observar que somente as **companhias fechadas** (que não negociam seus valores mobiliários na Bolsa ou no Mercado de Balcão) poderão estabelecer limitações à circulação de suas ações. As **companhias abertas** não poderão estabelecer qualquer restrição.

3.3.2.4.7 Partes beneficiárias

De acordo com a doutrina de Roberto Papini, as **partes beneficiárias** são "títulos negociáveis – sem valor nominal – estranhos ao capital social (porque não representam qualquer contribuição para este) que conferem aos seus titulares direito de crédito eventual contra a companhia, consistente na participação nos lucros anuais"[23]. Os titulares desse valor mobiliário (que será sempre nominativo) *não são sócios*, mas sim meros *participantes dos lucros*.

Assim, são títulos negociáveis, podendo ser criados a qualquer momento, por

deliberação da Assembleia-Geral, tendo seu prazo de duração determinado pelo estatuto, mas, em geral, não podem ultrapassar **dez anos**, salvo se forem emitidos em favor de sociedade ou fundação beneficente de empregados da companhia, caso em que não terão prazo máximo determinado (art. 48, Lei 6.404/1976). O art. 46, § 3.°, veda a concessão às partes beneficiárias de qualquer direito privativo de acionista, salvo o de fiscalizar, nos termos da Lei das S/A, os atos dos administradores. O § 4.°, do aludido dispositivo, proíbe a criação de mais de uma classe ou série de partes beneficiárias.

Têm ainda a vantagem de *poderem ser convertidas* em **ações**, mediante capitalização de reserva destinada a esse fim, devidamente prevista pelo estatuto.

3.3.2.4.8 Debêntures

As **debêntures** são títulos emitidos pela *sociedade anônima* e *sociedade em comandita por ações*, os quais provêm de um empréstimo contraído junto ao público pela sociedade emitente (*companhia emissora*), e que representam um direito de crédito do seu possuidor (*debenturista*) contra a sociedade. Esses títulos representam um contrato de mútuo, em que a companhia é a mutuária e o *debenturista* o mutuante. A deliberação sobre a emissão de debênture é da competência privativa da **Assembleia-Geral** (art. 59).

Podem esses valores ser *nominativos* ou *escriturais*. O art. 54, § 2.°, da LSA, dispõe que a escritura de debênture poderá assegurar ao debenturista as opções: "de escolher receber o pagamento do principal e acessórios, quando do vencimento, amortização ou resgate, em moeda ou em bens avaliados nos termos do art. 8.°".

É importante observar que "é vedado às instituições financeiras emitir debêntures a partes beneficiárias" (art. 35, I, da Lei 4.595/1964 – Conselho Monetário Nacional). As instituições financeiras que não recebem depósitos do público poderão emitir debêntures, desde que previamente autorizadas pelo BC, em cada caso (art. 35, parágrafo único, da Lei do CMN).

Sempre que as debêntures forem emitidas e distribuídas no mercado por uma **companhia aberta**, será obrigatória a nomeação de um agente fiduciário que representará a comunidade de interesses dos seus titulares.

De acordo com a garantia oferecida aos seus titulares (que poderão ser constituídas cumulativamente – art. 58, § 2.°, da LSA), as **debêntures** podem ser: com *garantia real, com garantia flutuante, sem garantia* (ou quirografárias)

e *subordinadas* (ou subquirografárias, que mantêm os debenturistas subordinados aos credores quirografários).

Vale ainda destacar as *principais diferenças* entre **debêntures** e **ações**:

a) enquanto as ações proporcionam um direito de participação na sociedade, as debêntures apenas asseguram um direito de crédito contra a sociedade emitente;

b) as ações são emitidas exclusivamente por sociedades anônimas, ao passo que as debêntures, além daquelas, podem ser emitidas por sociedades em comandita por ações;

c) as ações são de renda variável, pagando dividendos, ao passo que as debêntures geram uma renda fixa, pagando juros e correção monetária.

No entanto, destaca-se que ambos os valores mobiliários têm a força executiva do **art. 585** do CPC.

3.3.2.4.9 Bônus de subscrição

Amador Paes de Almeida destaca que sendo "privativo da S/A de capital autorizado, pode o bônus de subscrição ser conceituado como título ou valor mobiliário que confere ao seu titular o direito à subscrição de novas ações, na hipótese de aumento do capital, assumindo, pois, as feições de verdadeira opção de compra de ações"[24].

Esse valor mobiliário terá sempre a forma *nominativa* (art. 78 da Lei 6.404/1976) e a decisão sobre a sua emissão compete à Assembleia-Geral ou ao Conselho de Administração (caso haja previsão expressa no contrato social – art. 76 da LSA).

3.3.2.4.10 Notas promissórias (*commercial paper*)

A emissão de notas promissórias pela S/A não está prevista em lei. Entretanto, tendo em vista a facilidade de captação de recursos destinados à restituição a curto prazo (com o mínimo de 30 dias e o máximo de 180 dias), a CVM, por meio da **Instrução 134/1990**, disciplinou e autorizou a emissão desse título pela sociedade. Esse valor mobiliário, de acordo com as aludidas regras, só pode circular *mediante endosso em preto* (que identifica o endossatário) e com a *cláusula sem garantia* (não vincula o endossante ao pagamento do título).

3.3.2.4.11 Extinção e liquidação da companhia

De acordo com o disposto no art. 219 da Lei 6.404/1976, a sociedade anônima se **extingue** pelo *encerramento da liquidação* (inciso I) ou pela *incorporação ou fusão, e pela cisão* com versão de todo o patrimônio em outras sociedades (inciso II).

Com a **dissolução total** há a necessidade da realização da *liquidação* e da *partilha*. Nesse sentido, o art. 207 da LSA estabelece que "a companhia dissolvida conserva a personalidade jurídica, até a extinção, com o fim de proceder à liquidação". Na **dissolução parcial**, a sociedade somente se extingue em relação ao acionista dissidente, permanecendo existente em relação aos demais.

A dissolução da sociedade anônima pode operar-se:

I – **de pleno direito**, quando ocorrer:

a) o término do prazo de duração da sociedade;

b) alguma das hipóteses previstas com esse efeito pelo estatuto social;

c) por deliberação da Assembleia-Geral por acionistas detentores de, no mínimo, metade das ações com direito de voto;

d) pela extinção da autorização para funcionar; e

e) pela ocorrência da unipessoalidade incidente (após 180 dias);

II – **por decisão judicial** que reconheça ou declare:

a) a anulação da constituição da companhia;

b) a irrealizabilidade do objeto social;

c) a falência da sociedade; e

III – **por decisão da autoridade administrativa** competente nos casos previstos em lei especial.

É importante observar que, conforme estabelece o art. 213, § 1.°, da LSA, "nas Assembleias-Gerais da companhia em liquidação, todas as ações gozam de igual direito de voto, tornando-se ineficazes as restrições ou limitações porventura existentes em relação às ações ordinárias ou preferenciais; cessando o estado de liquidação, restaura-se a eficácia das restrições ou limitações relativas ao direito de voto".

Com a **liquidação** ocorre a *realização do ativo* e o *pagamento do passivo* da

sociedade. Essa fase poderá ocorrer tanto por meio da **via judicial** quanto da **extrajudicial**, caso os sócios não concordem com a causa que deu origem à dissolução. Nessa etapa, a sociedade sofre restrições em sua capacidade jurídica, estando apenas autorizada à prática de alguns atos relacionados com pendências obrigacionais.

Com a realização do ativo e o pagamento do passivo, o patrimônio líquido remanescente será partilhado entre os sócios, de maneira proporcional à participação de cada um no capital social. Após a partilha, encerra-se o processo de extinção da sociedade e esta perde sua personalidade jurídica.

3.3.2.5 Sociedade em comandita por ações (arts. 1.090 a 1.092, CC)

Segundo Amador Paes de Almeida, a **sociedade em comandita por ações** "é aquela em que o capital, tal como nas sociedades anônimas, se divide em ações, respondendo os acionistas apenas pelo preço das ações subscritas ou adquiridas, assumindo os diretores responsabilidade solidária e ilimitada pelas obrigações sociais"[25].

A sociedade em comandita por ações, nos moldes do CC, tem o capital social dividido em ações e rege-se pelas normas da Lei das S/A **(arts. 280** a **284**), com as *ressalvas* constantes nos **arts. 1.091** e **1.092** do CC e opera sob **firma** ou **denominação**. Com base nelas, tem-se que somente o acionista poderá administrar a sociedade e, como **diretor**, responderá *ilimitada* e *subsidiariamente* pelas obrigações sociais. Havendo mais de um diretor, todos responderão solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais depois de esgotados os bens da sociedade (art. 1.091, § 1.°). Além disso, a nomeação dos diretores será feita no ato constitutivo da sociedade, e será por tempo ilimitado, podendo ser destituídos somente por deliberação de, no mínimo, 2/3 do capital social (art. 1.091, § 2.°). Ainda que destituído ou exonerado, o diretor continuará respondendo por **até 2 anos**, pelas obrigações contraídas durante a sua administração (art. 1.091, § 3.°).

Se, por um lado, têm grande responsabilidade, os diretores gozam do direito de serem necessários à alteração do objeto social, à prorrogação do prazo de duração e ao aumento ou diminuição do capital social, além da criação de debêntures ou partes beneficiárias (art. 1.092 do CC e art. 283 da LSA).

Reitera-se que se a sociedade comerciar sob **firma** (*razão social*), só farão parte os nomes dos sócios-diretores ou gerentes, ficando *ilimitada* e

solidariamente responsáveis pelas obrigações sociais ao figurar no nome empresarial (art. 281 da LSA). Poderá, em lugar da *firma*, adotar *denominação* designativa do objeto social, aditada da expressão "comandita por ações" (art. 1.161 do CC).

Por fim, não se aplica à **sociedade em comandita por ações** o disposto na **Lei das S/A** sobre *conselho de administração, autorização de aumento de capital* e *emissão de bônus de subscrição*.

3.4 SOCIEDADE COOPERATIVA

3.4.1 Noções

A *sociedade cooperativa* **não é** uma *sociedade empresária* e sim uma *sociedade simples*, independentemente de seu objeto, por força do **art. 983** do CC, e justamente por isso não está sujeita à falência e não tem legitimidade ativa para requerer a recuperação judicial ou extrajudicial. É uma sociedade **institucional** *sui generis*[26]. O art. 1.093 do CC informa que a **sociedade cooperativa** reger-se-á pela lei substantiva civil, ressalvada a *legislação especial* e que seria a **Lei 5.764/1971**.

De acordo com a doutrina de Amador Paes de Almeida, a sociedade cooperativa "é uma sociedade de pessoas, com capital variável, que se propõe, mediante a cooperação de todos os sócios, em fim econômico"[27]. Apesar de a Lei 5.764/1971 tratar da sociedade cooperativa como sendo *contratual* (art. 3.°), as cooperativas são sociedades *institucionais* (como também são as S/A). Funcionará sob **denominação** integrada pelo vocábulo "cooperativa" (art. 5.°).

Nessa espécie de sociedade, a responsabilidade do sócio poderá ser *limitada* ou *ilimitada* dependendo da disposição "contratual" (art. 1.095), mas, observada a lei especial, as **sociedades cooperativas** serão:

a) *de responsabilidade* **limitada**, quando a responsabilidade do associado pelos compromissos da sociedade se limitar ao valor do capital por ele subscrito (art. 11);
b) *de responsabilidade* **ilimitada**, quando a responsabilidade do associado pelos compromissos da sociedade for *pessoal, solidária* e *não tiver limite* (art. 12).

Observa-se que a responsabilidade do associado para com *terceiros*, como membro da sociedade, somente poderá ser invocada depois de *judicialmente* exigida da cooperativa (art. 13).

3.4.2 Características

São **características** das sociedades cooperativas (art. 1.094 do CC):

I – variabilidade, ou dispensa do capital social;

II – concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo;

III – limitação do valor da soma de quotas do capital social que cada sócio poderá tomar;

IV – intransferibilidade das quotas do capital a terceiros estranhos à sociedade, ainda que por herança;

V – *quorum*, para a assembleia-geral funcionar e deliberar, fundado no mínimo de sócios presentes à reunião, e não no capital representado;

VI – direito de cada sócio a um só voto nas deliberações, tenha ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação;

VII – distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado;

VIII – indivisibilidade do fundo de reserva entre os sócios, ainda que em caso de dissolução da sociedade.

O **art. 4.°** da Lei 5.764/1971 também apresenta um rol de características das cooperativas (como, por exemplo, a *adesão voluntária* do *associado*) e deixa claro que se trata de "sociedade de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil", bem como **não há** "objetivo de lucro" (art. 3.°).

3.4.3 Tipos de cooperativas

Segundo o art. 6.° da lei, há **três tipos** de sociedades cooperativas, a saber:

- **Singulares**, são aquelas constituídas pelo número mínimo de 20 pessoas físicas, sendo excepcionalmente permitida a admissão de pessoas jurídicas,

e se caracterizam pela prestação direta de serviços aos associados;

- **Centrais** ou **federações de cooperativas**, quando constituídas de, no mínimo, 3 cooperativas *singulares*, podendo, excepcionalmente, admitir associados individuais, e objetivam organizar, em comum e em maior escala, os serviços econômicos e assistenciais de interesse das filiadas, integrando e orientando suas atividades, bem como facilitando a utilização recíproca dos serviços;
- **Confederações de cooperativas**, aquelas constituídas, pelo menos, de 3 *federações de cooperativas* ou *cooperativas centrais*, da mesma ou de diferentes modalidades, e têm por objetivo orientar e coordenar as atividades das filiadas, nos casos em que o vulto dos empreendimentos transcender o âmbito de capacidade ou conveniência de atuação das centrais e federações.

As cooperativas se classificam também de acordo com o *objeto* ou pela *natureza das atividades* desenvolvidas por elas ou por seus associados (por exemplo, as **cooperativas rurais**).

3.5 GRUPOS DE SOCIEDADES

3.5.1 Considerações preliminares

Segundo lição de Fábio Ulhoa Coelho, 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*"[28].

3.5.2 Sociedades coligadas

O primeiro grupo é representado pelas **sociedades coligadas** e que a lei substantiva civil conceitua como aquelas sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas, ou de simples participação (art. 1.097 do CC).

Sociedade controladora é aquela que, seja diretamente ou por intermédio de outras sociedades sob seu controle, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores (art. 1.098). *Controlada* é a

sociedade que se submete à controladora (art. 1.098, I e II). São **coligadas** as sociedades quando uma participa da outra como sócia, com **pelo menos 10%** do capital, sem, no entanto, controlá-la (art. 1.097). É de *simples participação* a sociedade de cujo capital outra sociedade possua menos de 10% do capital com direito de voto (art. 1.100).

A Lei das S/A (Lei 6.404/1976) também trata das sociedades coligadas, controladoras e controladas a partir do art. 243.

3.5.3 Grupo

O segundo grupo, o *de direito*, é o conjunto de sociedades cujo controle é exercido por uma sociedade brasileira (art. 265, § 1.°, da LSA) e que mediante convenção se obrigam a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

É importante destacar que as relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do *grupo* e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na *convenção* do grupo, mas cada sociedade conservará **personalidade** e **patrimônios distintos** (art. 266). O grupo de sociedades terá designação de que constarão as palavras "grupo de sociedades" ou apenas "grupo" (a título de exemplo, GEN – Grupo Editorial Nacional e que reúne diversas empresas editoriais, entre elas a Editora Método e a Editora Forense).

3.5.4 Consórcios

E, por fim, os **consórcios**, segundo o art. 278 da LSA, serão constituídos por companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, para executar determinado empreendimento. O consórcio **não tem** personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, *sem* presunção de solidariedade (§ 1.°).

Destaca-se, por fim, que a *falência* de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes.

3.6 TRANSFORMAÇÃO, INCORPORAÇÃO, FUSÃO E CISÃO DAS

SOCIEDADES (ARTS. 1.113 A 1.122, CC)

3.6.1 Considerações preliminares

A sociedade, independentemente de *liquidação* ou *dissolução*, poderá reorganizar-se passando por alterações em sua estrutura para se tornar mais eficiente tanto no âmbito das obrigações sociais como no das obrigações fiscais. Tendo em vista a grande importância que essas alterações podem acarretar em relação ao desempenho da sociedade, o procedimento, que não pode prejudicar a situação dos credores, dependerá do consentimento de todos os sócios, observados os direitos dos dissidentes.

As regras sobre transformação, incorporação, fusão e cisão das sociedades presentes no Código Civil aplicam-se a todas as sociedades, exceto às **sociedades anônimas**, pois são reguladas pela Lei 6.404/1976. Se o Código Civil for omisso, aplica-se a LSA subsidiariamente a todas as sociedades sobre este tema. É importante destacar que estas alterações societárias podem ocorrer entre todos os tipos de sociedades e não apenas a *tipos iguais*.

3.6.2 Transformação

A **transformação** é a operação pela qual uma sociedade empresária passa de uma espécie para outra, *sem que isso* signifique a *extinção* da sociedade anterior e a *criação* de uma nova (art. 1.113 do CC). Não há que se falar em transformação quando uma *sociedade simples* pretende assumir uma das formas de sociedade empresária. Quando isso ocorrer, a personalidade jurídica anterior deixa de existir para que uma nova seja criada. A operação deverá obedecer aos preceitos que regulam a constituição e o registro do tipo societário a ser adotado pela sociedade (art. 220, parágrafo único, Lei 6.404/1976).

Segundo lição de Bruno Mattos e Silva[29], a transformação é a "mudança do tipo societário", como, por exemplo, uma determinada *companhia* (S/A) é transformada em uma *sociedade limitada* (Ltda.), observado, no entanto, que ela não modificará nem prejudicará, em qualquer caso, os direitos dos credores (art. 1.115).

De acordo com o art. 1.114 do CC c/c o art. 221 da LSA, a transformação depende do **consentimento unânime** dos sócios e se não estiver prevista no contrato social essa possibilidade de alteração, o sócio dissidente poderá exercer

o direito de retirada, na forma do art. 1.031.

Como exemplo, podemos citar uma *sociedade em conta de participação* que se transforma em *sociedade em comandita simples*. Aqui, não há o surgimento de uma nova sociedade, mas apenas uma transformação societária.

3.6.3 Incorporação

A **incorporação** é a operação pela qual uma ou mais sociedades são *absorvidas* por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, de acordo com o art. 227 da Lei 6.404/1976 e o art. 1.116 do CC.

A incorporação **não dá** origem a uma *nova* sociedade, pois a incorporadora absorve e sucede uma ou mais sociedades. Por outro lado, não ocorre, na incorporação, uma compra e venda, mas a agregação do patrimônio da sociedade incorporada ao patrimônio da incorporadora, com sucessão em todos os direitos e obrigações. Tanto a sociedade *incorporadora* como a sociedade *incorporada* deverão deliberar para aprovar as bases dessa operação e o projeto de reforma do estatuto (art. 1.117 do CC).

Observa-se que, se aprovados os atos da incorporação, a *incorporadora* declarará **extinta** a *incorporada* e promoverá a respectiva averbação no registro próprio (art. 1.118).

3.6.4 Fusão

Fusão é a operação de *concentração* de empresas, pela qual se unem duas ou mais sociedades, resultando dessa união uma *nova sociedade* que, diante da *extinção de todas as demais envolvidas*, suceder-lhes-á em todos os direitos e obrigações (art. 1.119 do CC; art. 228 da Lei 6.404/1976). A assembleia-geral de cada companhia, caso aprove o protocolo de fusão, deverá nomear os *peritos* que avaliarão os patrimônios líquidos das demais sociedades (art. 228, § 1.°, da LSA), mas é vedado aos sócios votar o laudo de avaliação do patrimônio da sociedade de que façam parte (art. 1.120, § 3.° do CC).

Como também acontece na **incorporação** e **cisão**, na **fusão** podem ser operadas entre sociedades de tipos iguais ou diferentes (art. 223 da LSA).

3.6.5 Cisão

Cisão é a operação de *transferência* de parcela ou do capital social do patrimônio da companhia para uma ou mais sociedades já existentes ou constituídas para tal fim com ou sem extinção de sua personalidade jurídica (art. 229 da LSA). A cisão pode ser *total* ou *parcial* (caso em que acarretará em redução do capital social na proporção do patrimônio transferido). No caso de cisão total, todo o patrimônio da sociedade cindida será transferido para outras sociedades, acarretando a sua extinção, nos termos do art. 219, II, da Lei 6.404/1976. O *acionista dissidente* da deliberação que aprovar a cisão tem o direito de se *retirar* da companhia, mediante reembolso do valor de suas ações (art. 230 da LSA).

Por fim, observa Bruno Mattos e Silva que a **cisão** "não se confunde com simples transferência da propriedade de patrimônio entre sociedades. É preciso que exista um processo de cisão, no qual se inserem a realização de assembleias e emissão de ações para os sócios da sociedade cindida, isto é, da sociedade que transferir seu patrimônio, que será decorrente ou da constituição de sociedade nova, ou do aumento do capital de sociedade já existente que receber o patrimônio da sociedade cindida"[30].

3.7 SOCIEDADES DEPENDENTES DE AUTORIZAÇÃO (ARTS.1.123 A 1.141, CC)

Há determinadas espécies de sociedades que dependerão de **autorização** do *Poder Executivo federal* para funcionarem (art. 1.123 e parágrafo único do CC). Nestes casos, concedida a autorização e não entrando em funcionamento **até 12 meses** após a autorização, esta perderá o efeito e será considerada *caduca* nos moldes do art. 1.124 do CC. Por outro lado, o Poder Público que concedeu a autorização poderá cassá-la, desde que a sociedade infrinja disposições de ordem pública ou pratique atos contrários aos fins estatutários (art. 1.125).

Essas sociedades poderão ser **nacionais** ou **estrangeiras**, entendendo-se pelas primeiras aquelas que são organizadas de conformidade com a lei brasileira e que tenham no país a sede de sua administração e terão suas modificações do contrato ou estatuto dependentes de aprovação, exceto se decorrerem de aumento do capital social decorrentes de utilização de reservas ou reavaliação do ativo.

No que diz respeito ao funcionamento das sociedades estrangeiras, o Código

Civil de 2002 foi bastante rigoroso ao prever, em seu art. 1.134, que qualquer que seja seu objeto, a sociedade não poderá, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de S/A brasileira.

Visando a defesa dos interesses nacionais, estipulou o legislador uma série de **requisitos** para que a sociedade **estrangeira** seja reconhecida. São eles:

I – a prova de que tenha sido constituída em conformidade com as leis de seu país;

II – apresentação do inteiro teor do contrato ou estatuto;

III – a relação e qualificação dos membros, bem como sua participação na sociedade;

IV – cópia do ato que autorizou o funcionamento no Brasil e fixou o capital destinado as operações no território nacional;

V – prova de nomeação do representante no Brasil, com poderes expressos para aceitar as condições exigidas para a autorização;

VI – último balanço.

Preenchidos esses requisitos, será expedido *decreto de autorização* e a sociedade se responsabilizará por sua publicação, bem como pelo registro no órgão competente, sem o qual não poderá funcionar.

Passando a funcionar, deverá a sociedade estrangeira manter, em seus quadros, representante no Brasil com poderes para resolver questões e receber citações em nome da sociedade que ficará desde já sujeita às leis e aos tribunais brasileiros. Além disso, para que sofra qualquer tipo de alteração no contrato ou estatuto, ficará sujeita a prévia autorização do Poder Executivo; podendo, inclusive, *nacionalizar-se* transferindo sua sede para o Brasil (art. 1.141).

3.8 QUESTÕES

1. (OAB/Nacional 2009.III) A respeito da classificação das sociedades em simples e empresárias, bem como da relação prevista em lei entre os tipos societários pertencentes a cada um desses grupos, é correto afirmar que as regras legais relativas à sociedade simples

a) são subsidiárias às da sociedade cooperativa, e as regras relativas à sociedade limitada são subsidiárias às demais sociedades empresárias, especialmente a sociedade anônima.

b) são subsidiárias a todos os tipos societários.

c) aplicar-se-ão à sociedade limitada se o respectivo contrato social não estabelecer a regência supletiva das normas sobre sociedade anônima.

d) são subsidiárias apenas à sociedade em nome coletivo e à sociedade em comandita simples.

2. (OAB/Nacional 2010.I) De acordo com o que dispõe a Lei das Sociedades por Ações, as ações, conforme a natureza dos direitos ou vantagens que confiram a seus titulares, podem ser ordinárias, preferenciais ou de fruição. As ações de fruição

a) constituem títulos que podem ser atribuídos aos acionistas após suas ações serem integralmente amortizadas.

b) conferem aos titulares apenas os direitos comuns de acionista sem quaisquer privilégios ou vantagens.

c) conferem ao titular algum privilégio ou vantagem de ordem patrimonial, sem que, entretanto, o acionista tenha direito de participação nos lucros reais.

d) são tipicamente usadas por acionistas especuladores, ou por aqueles que não têm interesse na gestão da sociedade.

3. (X Exame de Ordem Unificado – FGV) A respeito das diferenças existentes entre as sociedades anônimas abertas e fechadas, assinale a afirmativa correta.

a) A companhia será aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão sejam admitidos ou não à negociação no mercado de bolsa ou de balcão.

b) As companhias abertas poderão emitir partes beneficiárias, opções de compra de ações e bônus de subscrição.

c) O estatuto social de uma companhia fechada nunca poderá impor limitações à circulação das ações ordinárias, mas poderá fazê-lo em relação às ações preferenciais.

d) As ações ordinárias e preferenciais de uma companhia aberta poderão ser de uma ou mais classes.

4. (XI Exame de Ordem Unificado – FGV) A respeito do capital autorizado, assinale a afirmativa correta.

a) O estatuto pode prever os casos ou as condições em que os acionistas não terão direito de preferência para subscrição.

b) A autorização para aumento do capital social pode ser conferida à diretoria da companhia, que pode ser competente para deliberar sobre as emissões.

c) O estatuto pode prever a emissão de partes beneficiárias ou bônus de subscrição, dentro do limite do capital autorizado.

d) Somente os estatutos de companhias fechadas podem conter autorização para aumento de capital social, independentemente de reforma estatutária.

5. (XI Exame de Ordem Unificado – FGV) Cinco pessoas naturais residentes no município X decidiram constituir uma sociedade cooperativa e procuraram uma advogada para a elaboração do estatuto social. Com base nas disposições para esta espécie societária previstas no Código Civil, é correto afirmar que

a) o estatuto deverá conter cláusula indicativa do valor do capital social, que será fixo durante toda a existência da sociedade.

b) aplicam-se às cooperativas as disposições do Código Civil referentes às sociedades anônimas, na omissão da legislação especial.

c) os sócios responderão sempre de forma solidária, ilimitada e subsidiária pelas obrigações sociais, por ser a cooperativa uma sociedade de pessoas.

d) se a cooperativa possuir capital social, as quotas serão intransferíveis a terceiros estranhos à sociedade, ainda que por direito hereditário.

6. (VIII Exame de Ordem Unificado – FGV) A Assembleia-Geral de S.A. Empreendimentos Turísticos, companhia aberta sediada em "X", delegou ao Conselho de Administração a deliberação sobre a oportunidade de emissão, época e condições de vencimento de debêntures conversíveis em ações. Petrossian Participações Ltda., acionista minoritário, consultou seu advogado sobre a legalidade da deliberação. Com relação ao fato acima, assinale a alternativa que apresenta a resposta correta à consulta.

a) A deliberação é válida, porque a deliberação sobre a oportunidade de emissão, a época e as condições de vencimento de debêntures conversíveis em ações pode ser delegada ao Conselho de Administração.

b) A deliberação é anulável, porque a deliberação sobre a oportunidade de emissão, a época e as condições de vencimento de debêntures conversíveis em ações é privativa da assembleia-geral nas companhias abertas.

c) A deliberação é nula, porque a emissão de debêntures conversíveis em ações depende da autorização prévia dos titulares de ações preferenciais reunidos em assembleia especial convocada para esse fim.

d) A deliberação é ineficaz em relação aos acionistas minoritários, pois a emissão de debêntures conversíveis em ações acarretará aumento de capital com diluição injustificada de participação desses acionistas.

7. (IX Exame de Ordem Unificado – FGV) A sociedade limitada encontra-se regulada nos artigos 1052 a 1087 do Código Civil. Para que ela possa atingir sua finalidade, necessita de patrimônio, já que sua personalidade é diversa da personalidade dos sócios. Em relação ao capital e ao patrimônio social desse tipo societário, assinale a afirmativa incorreta.

a) No momento em que a sociedade limitada é constituída e inicia a atividade que constitui o objeto social, o patrimônio é igual ao capital social.

b) Na constituição da sociedade há possibilidade do ingresso de sócio cuja contribuição consista exclusivamente em prestação de serviços.

c) A distribuição dolosa de lucros ilícitos acarreta a responsabilidade solidária dos administradores que a realizarem e dos sócios que os receberem.

d) O sócio remisso é aquele que não integraliza sua quota na forma e prazo previstos, podendo, por esse fato, ser excluído da sociedade.

8. (OAB/Nacional 2009.III) Afrânio, empresário individual, foi submetido a exame por junta médica que atestou ser ele portador de grave esquizofrenia, qualificando-o como permanentemente incapaz de gerir os próprios negócios. Por essa razão, o pai do empresário ajuizou pedido de interdição, com o pleito de ser nomeado seu curador e gerir seus negócios da vida civil. Considerando a situação hipotética apresentada,

assinale a opção correta.

a) O pai de Afrânio, se curador nomeado judicialmente, poderá exercer atividade empresária em nome do filho interditado.

b) Caso o pai de Afrânio, já como seu curador, esteja impedido, por lei, de exercer atividade empresarial, também não poderá proceder com a indicação de gerentes ao juízo para o exercício desse mister, com o que extinguirá a empresa.

c) A interdição de empresário individual determina necessariamente a extinção da empresa, sendo inviável a sua continuidade por qualquer meio, portanto o pai de Afrânio não poderá substituí-lo nos negócios.

d) Eventuais clientes que tenham comprado de Afrânio produtos mediante pagamento à vista, mas que ainda não tenham recebido as mercadorias, na hipótese de continuidade da atividade empresária, estarão impedidos de reclamar o prejuízo em razão da patologia do empresário individual.

9. (IX Exame de Ordem Unificado – FGV) Leia o trecho a seguir. Companhia cuja totalidade das ações em que se divide o capital pertence a uma sociedade brasileira. Essa definição refere-se à

a) subsidiária integral.

b) sociedade em conta de participação.

c) sociedade limitada.

d) sociedade de propósito específico.

10. (OAB/Nacional 2010.II-FGV) Antônio e Joana casaram-se pelo regime da comunhão parcial de bens. Após o casamento, Antônio tornou-se sócio de sociedade simples com 1.000 quotas representativas de 20% do capital da sociedade. Passados alguns anos, o casal veio a se separar judicialmente. Assinale a alternativa que indique o que Joana pode fazer em relação às quotas de seu ex-cônjuge.

a) Solicitar judicialmente a partilha das quotas de Antônio, ingressando na sociedade com 500 quotas ou 10% do capital social.

b) Requerer a dissolução parcial da sociedade de modo a receber o valor de metade das quotas de Antônio calculado com base em balanço especialmente levantado, tomando-se como base a data da separação.

c) Participar da divisão de lucros até que se liquide a sociedade, ainda que não possa nela ingressar.

d) Requerer a dissolução da sociedade e a liquidação dos bens sociais para que, apurados os haveres dos sócios, possa receber a parte que lhe pertence das quotas de seu ex-cônjuge.

11. (OAB/Nacional 2007.I) Acerca da sociedade em comum, assinale a opção correta.

a) Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem aquele que contratou pela sociedade.

b) O regime da sociedade em comum aplica-se também às sociedades por ações em organização.

c) A sociedade em comum é uma espécie societária personificada.

d) Os bens e as dívidas da sociedade em comum constituem patrimônio especial, administrado e titularizado pelo sócio administrador.

12. (OAB/Nacional 2007.II) Os irmãos João Silva e Carlos Silva constituíram sociedade limitada com Alberto Souza, sob a firma social Silva & Souza Comércio de Bebidas Limitada. Após algum tempo, Alberto resolveu alienar suas quotas a Carlos, e sair da sociedade. O contrato social é omisso sobre essa hipótese. Com relação a essa situação hipotética, assinale a opção correta.

a) A cessão das quotas de Alberto opera efeitos perante terceiros desde o momento em que for aperfeiçoada, independentemente de averbação no respectivo órgão de registro.

b) Caso Alberto tivesse optado por ceder suas quotas a terceiro estranho à sociedade, de acordo com o Código Civil, poderia fazê-lo, desde que não houvesse oposição de titulares de mais de um quarto do capital social.

c) Após a alienação das quotas de Alberto, a sociedade poderá continuar suas atividades sob sua firma original.

d) De acordo com o Código Civil, Alberto só poderá ceder suas quotas a Carlos se João não se opuser.

13. (VII Exame de Ordem Unificado – FGV) Em relação à Sociedade em Conta de Participação NÃO é correto afirmar que

a) é uma sociedade empresária personificada e de pessoas.

b) a atividade constitutiva do objeto social deve ser exercida unicamente pelo sócio ostensivo.

c) o contrato social produz efeito somente entre os sócios.

d) as contribuições dos sócios participantes e ostensivos constituem patrimônio especial.

14. (OAB/Nacional 2007.II) Relativamente às companhias, assinale a opção que não apresenta direito essencial do acionista.

a) participação nos lucros da sociedade

b) participação no acervo da companhia em caso de liquidação

c) direito de voto

d) direito de retirada

15. (OAB/Nacional 2007.III) Renato e Flávio eram sócios da pessoa jurídica X Comércio de Alimentos Ltda. Flávio era casado sob o regime de comunhão universal de bens e Renato era viúvo. Em julho de 2007, Renato faleceu em virtude de acidente automobilístico, deixando como único herdeiro seu filho de quatorze anos, o qual ficou sob a tutela de seu tio João. Com base nessa situação hipotética, assinale a opção correta.

a) O filho de Renato, representado por João, com a concordância do sócio remanescente, poderá continuar a empresa, sendo desnecessária autorização judicial se essa hipótese de sucessão estiver prevista no contrato social.

b) Os bens particulares, estranhos ao acervo da empresa, que o filho de Renato já possuía ao tempo da sucessão não responderão por dívidas da sociedade.

c) Se, durante a fase de liquidação, Flávio optar pela dissolução da sociedade, na alienação de bens imóveis integrantes do patrimônio da empresa, será necessária a outorga de sua esposa.

d) Se João não puder exercer atividade de empresário, para que o filho de Renato possa continuar a empresa, deve-se nomear, com a aprovação judicial, um ou mais gerentes,

ficando João isento da responsabilidade pelos atos do gerente nomeado.

16. (OAB/Nacional 2007.III) As sociedades anônimas

a) podem ser simples ou empresárias, conforme o objeto social.

b) estão proibidas por lei de receberem nome de pessoa física em sua denominação.

c) são sociedades de capitais, sendo irrelevantes as características pessoais de seus acionistas.

d) devem ser constituídas por, no mínimo, sete acionistas.

17. (OAB/Nacional 2008.I) Com base nas disposições do Código Civil relativas à sociedade em conta de participação, é correto afirmar que

a) somente sócios que sejam pessoas físicas podem constituí-la.

b) apenas os sócios ostensivos podem exercer a atividade constitutiva do objeto social.

c) o ato constitutivo da sociedade deve ser, obrigatoriamente, inscrito na junta comercial.

d) todos os sócios devem responder ilimitadamente pelas obrigações sociais devidas a terceiros.

18. (OAB/Nacional 2008.II) Acerca do exercício da empresa em sociedade, assinale a opção correta.

a) A constituição de sociedade para a realização de apenas um negócio determinado é incompatível com a atividade empresarial, pois impede a habitualidade de seu exercício.

b) O conceito de sociedade implica o exercício de atividade econômica, embora nem toda sociedade que realize atividade econômica seja necessariamente considerada empresarial.

c) A qualificação de uma sociedade como empresarial só ocorre quando ela exerce atividade própria de empresário sujeito a registro.

d) A sociedade que precipuamente exercer atividade de empresário rural só poderá adotar tipo reservado às sociedades empresárias.

19. (OAB/Nacional 2008.II) Com base na Lei n.° 6.406/1976, que dispõe sobre as sociedades por ações, assinale a opção correta acerca das características jurídicas desse tipo de sociedade empresarial.

a) As ações, quanto à forma, podem ser classificadas em ordinárias e preferenciais.

b) Nessas sociedades, apenas acionistas poderão ser simultaneamente titulares de ações e debêntures.

c) Os bônus de subscrição conferem direito de crédito contra a companhia, podendo conter garantia real ou flutuante.

d) As partes beneficiárias compõem o capital social desse tipo de sociedade, sendo permitida a participação nos lucros anuais.

20. (OAB/Nacional 2010.II-FGV) No que se refere à cessão de quotas de sociedade empresária limitada, assinale a alternativa correta.

a) O cedente responde solidariamente com o cessionário perante a sociedade e terceiros pelas obrigações que tinha como sócio até 3 anos após averbado no registro competente a modificação do contrato social.

b) Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem já

seja sócio, independentemente da audiência dos demais.

c) A cessão de quotas, consubstanciada na respectiva alteração contratual, terá eficácia entre cedente e cessionário somente após a sua averbação perante o órgão competente.

d) Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, para terceiro, estranho ao quadro de sócios, somente se houver a concordância da unanimidade dos demais sócios.

21. (OAB/Nacional 2008.III) A sociedade simples difere, essencialmente, da sociedade empresária porque

a) aquela não exerce atividade própria de empresário sujeito a registro, ao contrário do que ocorre nesta.

b) aquela não exerce atividade econômica nem visa ao lucro, ao contrário desta.

c) naquela, a responsabilidade dos sócios é sempre subsidiária, enquanto nesta, é sempre limitada.

d) aquela deve constituir-se apenas sob as normas que lhe são próprias, enquanto esta pode constituir-se utilizando-se de diversos tipos.

22. (OAB/Nacional 2008.III) Com relação às regras que disciplinam a situação do sócio-quotista da sociedade limitada, assinale a opção correta.

a) As quotas representam a necessária divisão do capital social em partes iguais, sendo as deliberações consideradas de acordo com o número de quotas de cada sócio.

b) As quotas podem ser integralizadas pelos sócios por valores representados em dinheiro, bens ou prestação de serviços, respondendo solidariamente todos os sócios pela exata estimação dessas contribuições.

c) As quotas são bens de livre disposição do sócio, que poderá vendê-las a outro sócio ou a terceiro, independentemente da anuência dos demais sócios.

d) A responsabilidade dos sócios é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem pela integralização do capital social.

23. (OAB/Nacional 2009.I) Com base na disciplina jurídica das sociedades anônimas, julgue os seguintes itens:

I – As sociedades por ações podem ser classificadas em abertas ou fechadas, considerando-se a participação do Estado em seu capital social.

II – A Comissão de Valores Mobiliários, entidade autárquica em regime especial vinculada ao Ministério da Fazenda, é responsável pela emissão de ações em mercado primário.

III – Ações preferenciais são aquelas que conferem ao seu titular uma vantagem na distribuição dos lucros sociais entre os acionistas e podem, exatamente por isso, ter limitado ou suprimido o direito de voto.

IV – As ações, as debêntures, os bônus de subscrição e as partes beneficiárias, entre outras, são espécies de valores mobiliários emitidos pelas companhias para a captação de recursos.

V – O valor nominal da ação é alcançado com a sua venda no ambiente de bolsa de valores.

Estão certos apenas os itens

a) I e V.

b) II e III.

c) III e IV.

d) I, II, IV e V.

24. (OAB/Nacional 2009.I) Considerando os vários tipos de sociedades descritos no Código Civil e com base na teoria geral do direito empresarial, assinale a opção correta:

a) As cooperativas, independentemente do objeto social, são sempre sociedades simples.

b) A sociedade anônima pode adotar a forma simples, desde que o seu objeto social compreenda atividades tipicamente civis.

c) A sociedade simples não possui personalidade jurídica, sendo desnecessária a inscrição de seu contrato social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede.

d) Na sociedade em comum, todos os sócios respondem limitadamente pelas obrigações da sociedade; assim, todos os sócios podem valer-se do benefício de ordem a que os sócios da sociedade simples fazem jus.

25. (OAB/Nacional 2009.I) Com base na disciplina jurídica das sociedades anônimas, julgue os seguintes itens.

I – As sociedades por ações podem ser classificadas em abertas ou fechadas, considerando-se a participação do Estado em seu capital social.

II – A Comissão de Valores Mobiliários, entidade autárquica em regime especial vinculada ao Ministério da Fazenda, é responsável pela emissão de ações em mercado primário.

III – Ações preferenciais são aquelas que conferem ao seu titular uma vantagem na distribuição dos lucros sociais entre os acionistas e podem, exatamente por isso, ter limitado ou suprimido o direito de voto.

IV – As ações, as debêntures, os bônus de subscrição e as partes beneficiárias, entre outras, são espécies de valores mobiliários emitidos pelas companhias para a captação de recursos.

V – O valor nominal da ação é alcançado com a sua venda no ambiente de bolsa de valores.

Estão certos apenas os itens

a) I e V.

b) II e III.

c) III e IV.

d) I, II, IV e V.

26. (OAB/Nacional 2009.II) Nas sociedades em nome coletivo,

a) os sócios podem ser pessoas físicas ou jurídicas.

b) o falecimento de sócio implica a liquidação das quotas do falecido, caso o contrato social seja omisso a tal respeito.

c) a administração pode competir a sócio ou a terceiro designado pelos sócios.

d) os sócios respondem, de forma subsidiária e limitada à integralização de suas quotas, pelas obrigações sociais.

27. (OAB/Nacional 2009.II) Os sócios da Frente e Verso Tecidos Ltda. praticaram atos desvirtuados da função da pessoa jurídica, constatando-se fraude relativa à sua autonomia patrimonial. Os cred ores propuseram a ação judicial competente e o juízo *a*

quo **decretou a desconsideração da personalidade jurídica da referida sociedade. Considerando a situação hipotética apresentada e a disciplina normativa da desconsideração da personalidade jurídica, assinale a opção correta:**

a) A decisão judicial importará na extinção da Frente e Verso Tecidos Ltda., com a posterior liquidação de seus bens materiais e imateriais.

b) A desconsideração da personalidade jurídica importará na retirada momentânea da autonomia patrimonial da Frente e Verso Tecidos Ltda., para estender os efeitos de suas obrigações aos bens particulares de seus sócios.

c) O juízo *a quo* não tem competência para decretar a desconsideração da personalidade jurídica da Frente e Verso Tecidos Ltda., mas apenas para decidir por sua dissolução, total ou parcial, nos casos de fraude relativa à autonomia patrimonial.

d) A decretação da desconsideração da personalidade jurídica da Frente e Verso Tecidos Ltda. acarreta sua liquidação.

28. (OAB/Nacional 2010.III) A Lei das Sociedades por Ações estabelece responsabilidades para os administradores, membros do Conselho Fiscal e para o acionista controlador. A violação a tais deveres pode causar responsabilidade civil, administrativa e penal. Em relação aos deveres e responsabilidades dos administradores, conselheiros e acionistas, assinale a alternativa correta.

a) O acionista controlador é sempre o acionista majoritário, ou seja, aquele com maior número de ações da companhia, devendo usar seu poder de controle para fazer, a qualquer custo, com que a companhia tenha uma maior margem de lucro.

b) Somente nas companhias fechadas é que todos os administradores são responsáveis pelos prejuízos que causarem pelo não cumprimento dos deveres impostos pela lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, de acordo com o estatuto, tais deveres não sejam de competência de todos eles.

c) A única obrigação do acionista é a integralização de suas ações, não tendo qualquer outra responsabilidade para com a companhia.

d) Para que os administradores sejam responsabilizados pela prática de seus atos, há necessidade de se causarem prejuízos efetivos à companhia, e apenas se seus atos forem comissivos.

29. (OAB/Nacional 2010.III) Com relação à exclusão do sócio da sociedade por justa causa, assinale a alternativa correta.

a) Como o sócio majoritário possui a maioria do capital social, ele não poderá ser expulso em razão da vontade dos demais sócios, ainda que haja justo motivo para tal expulsão.

b) A deliberação para exclusão do sócio majoritário não remisso deve ocorrer por assembleia convocada especificamente para tal fim, sendo a deliberação comunicada ao sócio que se visa excluir, e este deverá, em 48 horas, deixar a sociedade, podendo após esse prazo ser feita a devida alteração contratual.

c) Se for ajuizada ação para se efetivar a expulsão do sócio, o juiz somente poderá verificar os aspectos formais que levaram à exclusão, como, por exemplo, se se respeitou o *quorum* necessário, não podendo examinar o mérito do ato expulsório.

d) A justa causa é a violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais, sendo que o sócio excluído não perde o valor patrimonial de sua participação societária.

30. (OAB/Nacional 2010.III) As Sociedades Anônimas têm uma pesada estrutura,

necessitando, assim, de vários órgãos para atingir seu desiderato, cada um com sua função específica. Um desses órgãos é a Diretoria, sendo seus diretores efetivamente os administradores da companhia. Esses diretores possuem alguns deveres para com a sociedade empresarial e para com o mercado. Entre esses deveres encontra-se o desclosure, que é o dever

a) Que os diretores possuem de convocar os acionistas para deliberar sobre determinado assunto ou vários assuntos que devem constar de uma pauta previamente escolhida.

b) De fiscalizar os gastos da sociedade e se ela está cumprindo o que está disposto no estatuto social.

c) Que os administradores têm para com o mercado de informar todas as operações em que a companhia estiver envolvida e que possam influir na cotação das suas ações, das debêntures e dos valores mobiliários.

d) Que os administradores possuem de agir de forma diligente, respeitando o estatuto social, de forma a não causar prejuízos aos acionistas, podendo responder de forma pessoal com seu patrimônio caso violem esse dever.

31. (OAB/Nacional 2011.I) Em relação à modificação do capital social das sociedades limitadas, assinale a alternativa correta.

a) Há direito de preferência do sócio no caso de aumento do capital social, exercendo, primeiro, esse direito o sócio majoritário, que poderá adquirir todas as quotas ou quantas lhe interessarem. Após exercido esse direito, caso restem quotas a serem adquiridas, terá preferência sobre os demais quem tiver maior número de quotas, e assim sucessivamente.

b) Para que haja aumento do capital social, não há necessidade de os sócios terem integralizado totalmente suas quotas.

c) Uma das hipóteses para que haja diminuição do capital social é que a sociedade tenha tido prejuízos que não serão mais recuperados, devendo-se, nesse caso, haver diminuição proporcional do valor das quotas, tornando-se efetiva essa diminuição a partir do momento em que for feita a averbação no cartório competente da ata da assembleia que a aprovou.

d) A diminuição do valor do capital social é direito da sociedade, não podendo haver objeção por parte dos credores.

32. (OAB/Nacional 2011.II) A respeito da deliberação dos sócios na Sociedade Limitada, é correto afirmar que

a) a assembleia somente pode ser convocada pelos administradores eleitos no contrato social.

b) as formalidades legais de convocação são dispensadas quando todos os sócios se declararem, por escrito, cientes do local, data, hora e ordem do dia.

c) a deliberação em assembleia será obrigatória se o número dos sócios for superior a cinco.

d) as deliberações tomadas de conformidade com a lei e o contrato vinculam os sócios ausentes, mas não os dissidentes.

33. (OAB/Nacional 2011.II) Conforme art. 4.° da Lei 6404/76, as companhias podem ser classificadas em abertas ou fechadas, dependendo se seus valores mobiliários podem ou não ser negociados no Mercado de Valores Mobiliários. Em relação aos valores mobiliários das companhias abertas e fechadas, assinale a alternativa correta.

a) Valores mobiliários são títulos que concedem a seu titular certos direitos em relação à

companhia. São exemplos de valores mobiliários as ações, as debêntures, os bônus de subscrição e o certificado de valores mobiliários.

b) O Mercado de Valores Mobiliários (MVM) compreende as bolsas de valores, o mercado de balcão e o mercado de balcão organizado. Para a companhia poder negociar no MVM, deverá preencher certos requisitos e obter autorização da Comissão de Valores Mobiliários e da Junta Comercial.

c) As companhias abertas, caso queiram negociar suas ações, devem sempre fazê-lo por meio do mercado de valores mobiliários, ou seja, suas negociações serão sempre por oferta ao público em geral.

d) Partes beneficiárias são títulos emitidos tanto pela companhia aberta quanto pela fechada que dão a seu titular direito a percentual no lucro da companhia.

34. (OAB/Nacional 2011.II) A respeito da sociedade em comum, é correto afirmar que

a) os sócios respondem individual e ilimitadamente pelas obrigações sociais.

b) são regidas pelas disposições das sociedades simples.

c) na relação com terceiros, os sócios podem comprovar a existência da sociedade de qualquer modo.

d) os sócios são titulares em comum das dívidas sociais.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1] RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 21.
[2] Considerava “mercancia”: a compra e venda ou troca de móveis ou semoventes para vendê-los por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; as operações de câmbio, banco e corretagem; as empresas de fábricas, de comissões, de depósitos, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos; os seguros, fretamentos, risco, e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo; a armação e expedição de navios.
[3] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 133.
[4] Há vozes contrárias a esta posição, pois do projeto original fora retirado a palavra “natural” do *caput* do art. 980-A quando trata da “única pessoa titular”, e sendo assim, poderia ser tanto “natural” como “jurídica” quem pode constituir uma EIRELI. Se fossemos considerar esta hipótese, porque o legislador fixaria o limite do § 2.° para pessoa “natural” e para “jurídica” não haveria a mesma restrição?
[5] Neste sentido, a I Jornada de Direito Comercial, organizada pelo CJF, aprovou o Enunciado 3 com a seguinte redação: “A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária.”
[6] Art. 9.°, § 2.°.
[7] *Op. cit*., p. 113-114.
[8] *Curso completo de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 154.
[9] “Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.
[10] “Art. 4.° Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.
[11] BERTOLDI, Marcelo M. *Curso avançado de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 177.
[12] Vide item 3.3.1.1.5
[13] SILVA, Bruno Mattos e. *Direito de empresa*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 350.
[14] REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito Comercial*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 420.
[15] “As cotas sociais podem ser penhoradas, pouco importando a restrição contratual, considerando que não há vedação legal para tanto e que o contrato não pode impor vedação que a lei não criou” (AgRg no Ag 894.161/SC, Rel. Min. José Delgado, *DJ* 08.10.2007, p. 24).
[16] PAES DE ALMEIDA, Amador. *Manual das sociedades comerciais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 173.
[17] PAES DE ALMEIDA, Amador. *Op. cit*., p. 204.
[18] PAES DE ALMEIDA, Amador. *Op. cit*., p. 189.
[19] Idem, p. 194.
[20] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 208.
[21] PAPINI, Roberto. *Sociedade anônima e mercado de valores mobiliários*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 59.
[22] PAES DE ALMEIDA, Amador. *Op. cit*., p. 219.
[23] *Op. cit*., p.97.
[24] PAES DE ALMEIDA, Amador. *Op. cit*., p. 243.
[25] PAES DE ALMEIDA, Amador. *Op. cit*., p. 156.
[26] MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. Direito societário. São Paulo: Atlas, 2004. v. 2, p. 622.
[27] PAES DE ALMEIDA, Amador. *Op. cit*., p. 366.
[28] *Op. cit*., p. 224.
[29] SILVA, Bruno Mattos e. Op. cit., p. 504.
[30] Op. cit., p. 510.



TÍTULOS DE CRÉDITO

4.1 TEORIA GERAL DO DIREITO CAMBIÁRIO

4.1.1 Conceito de título de crédito

Segundo Vivante, título de crédito é o "documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado"[1]. Esse conceito foi adotado pelos nossos legisladores ao tempo do novo Código Civil, consolidando também a teoria geral dos títulos de crédito. O **art. 887** informa que o título de crédito, "documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei".

Os principais títulos continuam a ser regidos por suas leis próprias, a maioria decorrente das convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, nos termos do art. 903 do CC. Se as leis especiais contrariarem os dispositivos do Código Civil, elas deverão ser aplicadas.

Se o devedor e o credor estiverem de acordo quanto à existência da obrigação, essa poderá vir a ser representada por um título de crédito.

Os títulos de créditos ensejam duas vantagens principais:

a) *negociabilidade* – possibilita uma negociação mais fácil do crédito decorrente da obrigação representada; e
b) *executividade* – a cobrança judicial de um título de crédito é mais eficiente e rápida.

Os títulos de crédito estão previstos no **art. 585, I**, do CPC, sendo definidos como **títulos executivos extrajudiciais**, cuja cobrança judicial poderá ser pleiteada por meio de processo de execução.

4.1.2 Princípios dos títulos de créditos

Para que o título de crédito possa cumprir sua função de permitir a circulação de riquezas de forma eficaz, ele deve ser dotado de certos requisitos que o diferencia de outros documentos.

Os títulos de crédito são constitutivos de um direito distinto da causa que os originou. Por isso, as normas que os regem são chamadas, em seu conjunto, de **direito cambial ou cambiário**; são específicas, e, em alguns casos, derrogam o direito civil. Isso se deve ao fato de que existe a necessidade de segurança e certeza à circulação do título de crédito, que também deve ser ágil e fácil, o que não acontece com os direitos de créditos representados por documentos comuns.

No título de crédito, ao contrário do que acontece no documento comum, a obrigação criada pelas partes materializa-se em um documento, passando este a representar, assim, um direito (direito de crédito).

Os princípios que regem o regime jurídico-cambial podem ser considerados verdadeiros requisitos essenciais dos títulos de crédito, e podem ser extraídos de seu próprio conceito legal. São eles:

• *Cartularidade* – segundo esse princípio, o exercício dos direitos mencionados no título de crédito pressupõe a posse do documento (cártula).

Em termos mais concisos: ninguém pode exercer o direito mencionado no título de crédito se não estiver na posse da respectiva cártula. Assim, para que se promova uma ação de execução judicial, também denominada “ação cambial”, o credor deve apresentar, com a petição inicial, o título de crédito original conforme determina o parágrafo único do art. 223 do CC. Uma das poucas exceções a esse princípio existe em relação às duplicatas, pois o art. 13, § 1.°, da Lei 5.474/1968, permite seu protesto sem a apresentação do título quando este for retido pelo comprador (devedor). Nesse caso, o protesto será feito por meio da apresentação das “indicações do credor” no respectivo cartório de protesto.

Quando o **art. 893** do CC afirma que “a transferência do título de crédito implica a de todos os direitos que lhe são inerentes” significa dizer que quem possui a cártula *em mãos* detém todos os seus direitos literalmente descritos.

• *Literalidade* – segundo esse princípio, apenas os atos que constam do teor literal dos títulos de crédito produzem os almejados efeitos jurídico-cambiais.

Em suma: somente os atos praticados no próprio título, na própria cártula, são eficazes. Nesse sentido, o que não está literalmente expresso na cártula não pode ser pleiteado, e, consequentemente, não produz efeitos para o direito cambial. Assim, se a quitação pelo pagamento do título não constar do próprio título, esse ato não produzirá efeitos jurídicos. Importante salientar que a omissão de qualquer requisito legal, que tire ao escrito a sua validade como título de crédito, **não implica a invalidade** do negócio jurídico que lhe deu origem, é o que diz o **art. 888** do CC.

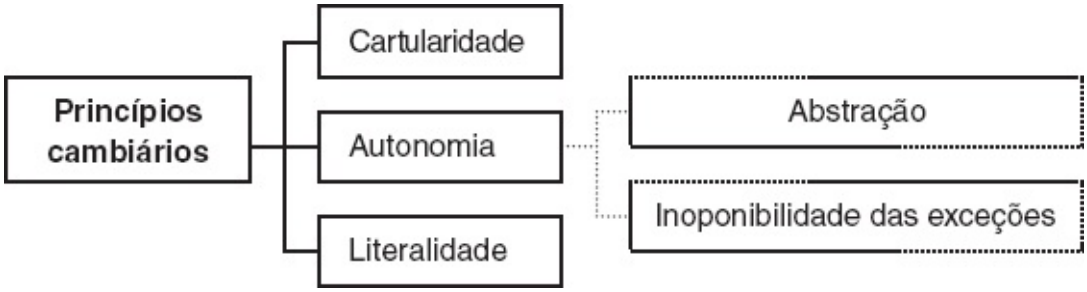
O título de crédito, incompleto ao tempo da emissão, deve ser preenchido de conformidade com os ajustes realizados (art. 891). A **Súmula 387** do STF é neste sentido, observada ainda a boa-fé do credor.

• *Autonomia* – de acordo com esse princípio, as obrigações representadas em um mesmo título de crédito são autônomas e independentes umas das outras.

Se qualquer delas estiver viciada (for nula, anulável ou inexigível), o vício não compromete a validade e eficácia das demais obrigações. Cada assinatura no título faz surgir uma obrigação autônoma. É o que afirma também Luiz Emygdio F. da Rosa Jr., pois quando o título de crédito circula, o "terceiro adquire *direito novo, autônomo, originário*, inteiramente desvinculado da relação causal que lhe deu origem, da qual é estranho. O endossatário (terceiro) adquire direito originário e não direito derivado, como ocorre na cessão de direito comum, porque o que circula é o título e não o direito que nele se contém. Assim, o direito de cada legítimo possuidor do título repousa inteiro no próprio título, que, ao ser negociado, se desprende da relação fundamental que originou a sua emissão"[2].

• *Inoponibilidade das exceções pessoais ao portador de boa-fé* – esse princípio decorre do **princípio da autonomia** e só tem reflexo no âmbito processual. Por meio dele, só será possível suscitar exceções (defesas) relativas às próprias partes. O art. 906 do CC é claro: "o devedor só poderá opor ao portador exceção fundada em direito pessoal, ou em nulidade de sua obrigação". Se o título de crédito *circular*, o terceiro de boa-fé que possuí-lo terá o direito de cobrar o devedor, e este não poderá opor exceção pessoal que tenha com o credor originário, apenas nas hipóteses do art. 906 supracitado.

• *Abstração* – esse princípio também decorre do **princípio da autonomia**. Pelo princípio da abstração, o título de crédito emitido em razão de uma relação jurídica, após ser negociado (transferido), liberta-se da causa que deu origem à sua emissão. Da mesma forma que o princípio anterior, somente terá efeito este princípio se o título *circular* ou for negociado com terceiros.



4.1.3 Classificação dos títulos de crédito

Os títulos de crédito podem ser classificados segundo os seguintes critérios:

a) *Quanto ao modelo* – 1. **títulos de crédito de modelo livre**: são aqueles cuja forma não precisa observar um padrão determinado como, por exemplo, a nota promissória e a letra de câmbio; 2. **títulos de crédito de modelo vinculado**: são aqueles para os quais a lei estabeleceu um padrão (modelo) para o preenchimento dos requisitos específicos de cada um como, por exemplo, o cheque, a duplicata mercantil.

b) *Quanto à estrutura* – 1. **ordem de pagamento**: são os títulos nos quais o saque cambial dá origem a três situações distintas: a) a de quem dá a ordem (sacador); b) a do destinatário da ordem (sacado); e c) a do beneficiário da ordem (tomador) como ocorre nas letras de câmbio, nas duplicatas e nos cheques; 2. **promessa de pagamento**: são os títulos nos quais o saque dá origem a apenas duas situações jurídicas: a) a de quem promete pagar (emitente ou sacador); e b) a do beneficiário da promessa (sacado ou beneficiário), como ocorre na nota promissória.

c) *Quanto à emissão* – 1. **títulos de crédito causais**: são aqueles emitidos somente quando ocorrer um fato que a lei determinou como causa para sua emissão, como é o caso da duplicata mercantil, que só pode ser emitida quando representar obrigação decorrente de compra e venda mercantil; 2. **títulos de crédito de natureza não causal**: são aqueles cuja emissão a lei não determina nenhuma causa específica, como o cheque, a nota

promissória e a letra de câmbio.

d) *Quanto à circulação* – 1. **ao portador**: são aqueles que não identificam o credor e, consequentemente, se transferem por mera tradição; na legislação brasileira não são admissíveis a nota promissória e a letra de câmbio ao portador (Lei 8.021/1990); 2. **nominativos**: são os títulos que identificam o credor e assim pressupõem, além da tradição, a prática de outro ato jurídico. Dividem-se em: 2.1. nominativos com cláusula "à ordem" (circulam mediante tradição juntamente com endosso); e 2.2. nominativos com cláusula "não à ordem" (circulam com a tradição acompanhada de cessão civil).

Os títulos de crédito cambiais genuínos ou básicos são a letra de câmbio e a nota promissória. Os demais títulos, tais como o cheque e a duplicata, são chamados muitas vezes pela doutrina de **cambiariformes**, por assemelharem-se aos cambiais.

Resumindo, a classificação dos títulos de crédito ficaria assim:

Quanto ao modelo:	1.de modelo livre: nota promissória e letra de câmbio; 2.de modelo vinculado: cheque, duplicata.
Quanto à estrutura:	1.ordem de pagamento: cheque, letra de câmbio e duplicata; 2.promessa de pagamento: nota promissória.
Quanto à emissão:	1.causais: duplicata; 2.não causais: cheque, nota promissória, letra de câmbio.
Quanto à circulação:	1.ao portador: cheque e duplicata (mas devem ser transformados em nominativos no momento em que forem apresentados para pagamento);

	2.nominativos: nota promissória letra de câmbio.

4.2 TÍTULOS DE CRÉDITO EM ESPÉCIE

Muitas das regras aplicáveis aos títulos de crédito em geral serão tratadas no estudo da Letra de Câmbio.

4.2.1 Letra de câmbio (Decretos 2.044/1908 e 57.663/1966)

4.2.1.1 Conceito

A letra de câmbio, de acordo com a doutrina de Amador Paes de Almeida, "É uma ordem de pagamento que o sacador dirige ao sacado para que este pague a importância consignada a um terceiro denominado tomador"[3].

A matéria relativa à letra de câmbio e à nota promissória encontra-se disciplinada nos **Decretos 2.044/1908 (Lei Saraiva)** e **57.663/1966**, tendo este último introduzido em nosso ordenamento a Lei Uniforme de Genebra ou tão somente Lei Uniforme das Letras e Promissórias (LUG ou apenas LU) que *derrogando* (revogação parcial) o primeiro decreto.

Possui uma forma rigorosamente definida, com *cláusula à ordem*, emitida em favor de alguém e transferível pela tradição com uma declaração ou a assinatura do transmitente lançada no verso. A exemplo do cheque, a letra de câmbio é uma **ordem de pagamento**, e não uma promessa de pagamento, como a nota promissória.

Sua prescrição opera-se em **3 anos** contra o devedor principal, prazo em que deve ser contado a partir do seu vencimento.

Os requisitos essenciais da letra de câmbio são:

a) a expressão *letra de câmbio* inserida no texto do título (art. 1.°, n.° 1, da LU);
b) o mandato puro e simples (art. 1.°, n.° 2, da LU);
c) o nome do sacado e sua identificação civil (art. 1.°, n.° 3, da LU), pois, segundo a jurisprudência, "não se considera cambial a letra da qual não

consta o nome do sacado, da pessoa que deverá pagá-la" (*RT* 232/344);

d) o lugar do pagamento (esse requisito já não é mais considerado como indispensável, pois o art. 889, § 1.°, do CC, estabelece que "Considera-se lugar de emissão e de pagamento, quando não indicado no título, o domicílio do emitente");

e) o nome do tomador, pois não se admite letra de câmbio sacada ao portador (art. 1.°, n.° 6, da LU);

f) o local e a data do saque (art. 1.°, n.° 7, da LU);

g) a assinatura do sacador, pois emitindo a letra de câmbio estará vinculado, já que é garante tanto do aceite quando do pagamento.

Se na letra de câmbio não constar a época do seu vencimento, será considerada *à vista* (art. 889, § 1.°, do CC).

4.2.1.2 Saque

Saque é o ato de criação, ou seja, de emissão da letra de câmbio. Após esse ato, o tomador ou beneficiário está autorizado a procurar o sacado para poder receber dele a quantia referida no título.

Por meio do saque são criadas três figuras diferentes: o **sacador** (aquele que dá a ordem de pagamento); o **sacado** (a quem a ordem é dirigida); e o **tomador** (beneficiário da ordem de pagamento).

O saque, que nada mais é do que uma ordem de pagamento, é o ato cambiário principal da letra de câmbio; é ele o responsável pela vinculação do sacador ao pagamento da letra de câmbio.

Amador Paes de Almeida ensina que "O sacador cria a letra. Conhecido também por *dador*, ele saca o título, dando ordem ao sacado, na qual se consigna o valor a pagar e o dia do vencimento. Este, o sacado, é o devedor, aquele que aceitando a letra virá a pagá-la na ocasião do vencimento. Conquanto imprescindível à existência da letra de câmbio a figura do sacado, o seu aceite é dispensável, pois, em face da autonomia da obrigação cambial, vinculado estará o sacador se o tomador, obviamente, for um terceiro, ensejando, outrossim, o protesto por falta de aceite, caso o sacado recuse sua assinatura. O tomador é o beneficiário, que poderá ser um terceiro ou confunde-se com o próprio sacador, o que não é raro acontecer"[4].

É importante salientar que a letra de câmbio se cria pelo **saque**, transfere-se pelo **endosso**, completa-se pelo **aceite** e garante-se pelo **aval**.

O sacado só se torna responsável pelo pagamento se aceitá-lo. O **aceite** na letra de câmbio é *facultativo* (nas duplicatas, o aceite é obrigatório). Todavia, o sacador fica vinculado ao pagamento após o saque; se o sacado se recusar a pagar devido à falta de alguma condição, o tomador poderá, em conformidade com o art. 9.° da LU, cobrar a letra de câmbio do próprio sacador.

Figuras da Letra de Câmbio: *sacador*: aquele que dá a ordem de pagamento; *sacado*: aquele a quem a ordem é dirigida; *tomador*: o beneficiário da ordem de pagamento (ou seja, o credor).

4.2.1.3 Ressaque

O ressaque praticamente encontra-se em desuso, embora esteja previsto nos arts. 37 e 38 do Decreto 2.044/1908 e no art. 52 da Lei Uniforme. Por meio desse instituto, pode o portador emitir, à vista, uma nova letra baseada naquela não paga, desde que esta esteja vencida, protestada e não paga, contra qualquer um dos coobrigados. Trata-se de um meio de cobrança, em que o portador se coloca como sacador e os coobrigados, como sacados.

4.2.1.4 Aceite (arts. 21 a 29, LU)

Aceite é o ato acessório por meio do qual o sacado se compromete a cumprir a ordem dada pelo sacador. O sacado literalmente *aceita* a ordem e a incorpora na letra de câmbio.

O sacado da letra de câmbio **não tem** nenhuma obrigação cambial pelo fato de o sacador ter-lhe dado a “ordem” de pagamento. O sacado somente se vinculará ao pagamento se *aceitar* tal ordem, sendo que a recusa é totalmente lícita e prevista em lei.

Nesse sentido, pode-se dizer que o aceite é um ato de livre vontade do sacado, e resulta da simples assinatura do sacado no *anverso* do título (na frente). Nada impede, porém, que o sacado firme o aceite no verso, mas, nesse caso, o aceite deverá necessariamente vir acompanhado da expressão “aceito”.

Amador Paes de Almeida destaca que “Não há aceite compulsório. Ele é, por natureza, facultativo. O sacado não pode, em hipótese alguma, ser compelido, contra sua vontade, a aceitar o título, ainda que na hipótese líquida e certa de

encontrar-se na posição de devedor”[5].

A finalidade do aceite é vincular o sacado à obrigação, tornando-o responsável principal pelo pagamento da importância consignada, no dia do vencimento respectivo. Assim, a partir do aceite, o sacado torna-se **aceitante**.

Sendo dois os sacados, o portador deve apresentar a letra ao primeiro nomeado. Na falta ou recusa do aceite, deverá apresentar ao segundo sacado, se estiver domiciliado na mesma praça (assim sucessivamente, sem embargo da forma da indicação na letra dos nomes dos sacados). A declaração que não traduzir inequivocamente a recusa, limitação ou modificação vale como aceite puro.

Para os efeitos cambiais, qualquer limitação ou modificação do aceite equivale à recusa, ficando, porém, o aceitante cambialmente vinculado, nos termos da limitação ou modificação. Uma vez firmado, o **aceite não pode ser cancelado nem retirado**, e sua falta ou recusa prova-se pelo protesto. Um terceiro interveniente pode evitar o protesto, honrando a firma do sacado ou de qualquer endossante. É imprescindível, entretanto, que o portador ou detentor do título consinta nesse aceite de honra, apondo sua assinatura no título.

Somente com a recusa de pagamento pelo sacado é que o credor poderá cobrar o título diretamente do sacador, pois com o saque, vale lembrar, tornou-se coobrigado do sacado. Mas a recusa do aceite acarreta uma consequência importante, que é o **vencimento antecipado do título**, de acordo com o art. 43 da LU. Nesse sentido, se o sacado não aceitar a ordem de pagamento que lhe foi dirigida, o tomador poderá cobrar o título de imediato do sacador.

A LU prevê que o **aceite pode ser parcial**, caso em que o sacador fica responsável pela diferença.

Já foi dito que o aceite numa letra de câmbio não é obrigatório. Entretanto, tal situação não deve ser confundida com a referente à apresentação do documento para aceite. Assim, se a letra de câmbio for “a termo certo de vista” (ou seja, naquelas cujo vencimento é contado a partir do esgotamento do prazo para apresentação para aceite) a apresentação para o aceite é obrigatória; se a letra de câmbio for do tipo “a certo termo da data” (ou seja, naquelas cujo vencimento se opera com o transcurso de lapso temporal em que a data do saque é o termo inicial) a apresentação é facultativa (art. 23, LU).

Uma letra de câmbio sacada com a cláusula “não aceitável”, prevista no art. 22 da LU, dispensa a apresentação para o aceite e evita, portanto, o vencimento antecipado do título. Nesse caso o credor somente poderá apresentar o título ao

sacado no seu vencimento e, portanto, para o pagamento. Essa cláusula não pode ser inserida nas letras de câmbio “a certo termo da vista” (justamente porque não existe a possibilidade de vista/aceite).

A única consequência prevista para o credor que não observa os prazos de apresentação para o aceite é a perda do direito de cobrança do título contra todos os coobrigados, conforme estabelece o art. 53 da LU.

Os prazos de apresentação da letra de câmbio para aceite variam de acordo com sua espécie (art. 33, LU):

- *Letra de câmbio à vista* – até 1 ano após o saque;
- *Letra de câmbio a certo termo de vista* – até 1 ano após o saque (essa letra de câmbio não admite a cláusula “não aceitável”);
- *Letra de câmbio a termo certo da data* – até o vencimento fixado para o título; e
- *Letra de câmbio em data certa* – também até o vencimento fixado para o título.

De acordo com o art. 24 da LU, o sacado (devedor) poderá pedir que a letra apresentada para pagamento lhe seja apresentada uma segunda vez no dia seguinte ao da primeira apresentação. Esse prazo foi denominado pela doutrina de *prazo de respiro*.

Recapitulando, o aceite:

- poderá ser *parcial;*
- não é obrigatório na *letra de câmbio*.

4.2.1.5 Endosso (arts. 11 a 20, LU e arts. 910 a 920, CC)

O endosso, de acordo com o conceito de Amador Paes de Almeida, “É o meio pelo qual se transfere a propriedade de um título, podendo constituir-se também em simples mandato (o endosso impróprio, também chamado de endosso-procuração)”[6]. Trata-se de ato unilateral, caracterizado pela forma escrita apresentada no verso ou anverso do título, que, em regra, tem por efeito transferir a propriedade do último, remanescendo o endossante como coobrigado solidário no cumprimento da obrigação.

Para que uma letra de câmbio possa ser transferida, é suficiente a simples

assinatura do endossante no verso do título (art. 910, § 1.°, do CC) e basta que não apresente em seu bojo a cláusula "não à ordem" (art. 11 da LU). Quando o sacador tiver inserido essa cláusula, a letra só será transmissível pela forma e com os efeitos de uma **cessão civil** ordinária.

A **diferença entre o endosso e a cessão civil** é que, naquele, o endossante responde pela existência do crédito e pela solvência do devedor, enquanto na cessão civil, o cedente responde somente pela existência do crédito (e não pela solvência do devedor). Outra situação em que o endosso gera efeitos de cessão civil ocorre quando for praticado após o protesto por falta de pagamento ou o transcurso do prazo legal para a extração desse protesto, conforme o art. 20 da LU. O endosso que não vincula o endossante ao pagamento é chamado de endosso "sem garantia" (art. 15 da LU), também gerando os mesmos efeitos da cessão civil.

O endosso pode ser dado *em branco* (quando não identifica o endossatário) ou *em preto* (quando o identifica), também chamado de pleno e **gera 2 efeitos**:

a) vincula o endossante ao pagamento do título, na qualidade de coobrigado e devedor solidário (art. 15 da LU); e
b) transfere a titularidade do crédito representado no título.

Aliás, 2 também são as partes no endosso: o *endossante*, aquele que transfere o título, tornando-se "garantidor" do pagamento; e o *endossatário*, aquele que recebe o título, passando a ser o novo credor.

Algumas espécies de endosso não produzem um ou outro efeito. São eles:

- endosso-mandato (art. 917 do CC);
- endosso "sem garantia" (art. 914, *caput*, do CC);
- endosso com cláusula "não à ordem";
- endosso-póstumo (art. 920 do CC); e
- endosso-caução ou endosso-garantia ou endosso-pignoratício (art. 918 do CC).

Não se admite o endosso parcial (art. 912, parágrafo único, do CC), tornando-o nulo em virtude da impossibilidade de fracionar o título em diversos diante da cartularidade única do documento. Também **não se admite o endosso condicional**, sendo essa cláusula considerada não escrita (art. 912 do CC).

A lei também admite uma outra modalidade de endosso, o *impróprio*, no qual o credor *não transfere a titularidade do título*, mas apenas sua posse a um terceiro, como no caso do procurador do credor que possui o chamado *endosso-mandato* (art. 18 da LU), e do *endosso-caução*, em que o título fica onerado por penhor em favor de um credor de outra obrigação como garantia de pagamento.

Figuras do endosso

– *Endossante:* aquele que transfere o título;

– *Endossatário:* aquele que recebe o título, passando a ser o novo credor.

4.2.1.6 Aval (arts. 30 a 32, LU e arts. 897 a 900, CC)

O aval, de acordo com a doutrina de Amador Paes de Almeida, "É obrigação cambial assumida diretamente pelo avalista, a este não sendo lícito opor ao credor que o acionar quaisquer exceções pessoais àquele, a favor de quem deu o aval, ou ainda a nulidade da obrigação avalizada"[7].

Trata-se de uma garantia prestada para o pagamento de um título de crédito, de natureza pessoal e dada por terceiro. O aval é um ato cambial de garantia, no qual 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 *avalizado*.

O aval não se confunde com o endosso, pois neste o *endossante* é parte do título, proprietário que transfere seu título a outrem ao contrário do aval, que não atribui a propriedade do título ao *avalista*. O **aval também não se confunde com a fiança** porque esta é uma obrigação subsidiária pela qual o fiador responde apenas na hipótese do afiançado não cumprir a obrigação. No aval, por sua vez, o *avalista* torna-se codevedor em obrigação solidária e o pagamento da obrigação pode ser imputado diretamente a ele sem a necessidade de prévia notificação ou citação do *avalizado* (no aval não se admite o *benefício de ordem* previsto para a fiança).

De acordo com o **art. 1.647, III**, do CC, nenhum dos cônjuges pode, sem o consentimento do outro, exceto no regime da separação absoluta, prestar fiança ou aval. Exige-se, com o Código vigente, a autorização do outro cônjuge para a fiança e para o aval. É importante observar, por fim, que na fiança, a obrigação do fiador é *acessória* em relação à obrigação do afiançado, enquanto no aval a obrigação do avalista é *autônoma* e *independente*.

Avalista e avalizado são igualmente responsáveis pelo pagamento do título, segundo o art. 32 da LU. É o que também aponta o *caput* do art. 899 do CC: "o avalista equipara-se àquele cujo nome indicar". Contudo, obedecendo ao **princípio da autonomia**, essa responsabilidade, ou melhor, essa obrigação, é autônoma. Assim, a nulidade em relação ao avalizado não dispensa o avalista do aval.

O avalista responde pelo pagamento do título perante todos os credores do avalizado. Uma vez efetuado o pagamento, poderá voltar-se contra todos os devedores do avalizado e até mesmo contra o próprio avalizado. Neste sentido, o § 1.° do art. 899 do CC: "pagando o título, tem o avalista ação de regresso contra o seu avalizado e demais coobrigados anteriores".

O aval também pode ser em *branco* (não identifica a pessoa do avalizado; na falta da indicação, entender-se-á pelo sacador) (art. 31 da LU) ou em *preto* (identifica). Pode ser, ainda, **total ou parcial** e poderá ser dado no anverso (basta a simples assinatura) ou no verso do título.

Figuras do aval

– *Avalista:* aquele que garante o pagamento do título.
– *Avalizado:* devedor em favor de quem foi garantido o pagamento.

4.2.1.7 Vencimento da letra de câmbio (arts. 33 a 37, LU)

Há duas espécies de vencimento:

a) ordinário; e
b) extraordinário.

O primeiro se dá pelo decurso do tempo ou pela apresentação ao sacado do título à vista; já o segundo ocorre com a recusa do aceite (ou pelo aceite parcial) ou pela falência do aceitante.

É importante observar os reflexos que a falência pode trazer em relação a cada situação gerada pelo saque de uma letra de câmbio:

a) a falência do aceitante de uma letra de câmbio produz o vencimento antecipado da obrigação;
b) a falência de um coobrigado da letra de câmbio produz somente o

vencimento antecipado de sua própria obrigação;

c) a falência do avalista do aceitante não antecipa o vencimento.

A letra de câmbio, quanto às **espécies de vencimento** (previstas pelo Decreto 2.044/1908), também pode ser:

a) *à vista* – é aquele que ocorre no ato da apresentação ao sacado;
b) *a tempo certo da vista* – o prazo só começa a correr a partir da data do aceite e, na falta deste, do protesto por falta de aceite;
c) *a tempo certo da data* – o prazo se inicia a partir da emissão do título (Ex.: pague em 30 dias); e
d) *a dia certo* – é o próprio sacador quem determina o prazo no momento do saque.

Pelo **vencimento**, o título de crédito torna-se exigível em face dos endossantes, sacador e outros coobrigados e perde seu poder de circulação.

Vale salientar que a falta de data no aceite emitido em letra de câmbio "a certo termo da vista" abre ao credor as seguintes opções:

a) o credor de boa-fé pode datar o aceite, indicando a data em que ele efetivamente ocorreu;
b) o credor pode protestar o título por falta de aceite considerando-se, caso o aceitante não compareça no cartório, a data do protesto; e
c) se preferir não protestar, o credor pode considerar o aceite como feito no último dia do prazo de apresentação, ou seja, até 1 ano após o saque.

Em relação à **contagem** dos prazos, a LU, em seu art. 36, dita as seguintes regras:

a) o vencimento de uma letra sacada a um ou mais meses de data ou de vista será na data correspondente do mês em que o pagamento deve ser efetuado; na falta dela o vencimento será no último dia desse 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, adicionarem-se os 15 dias; e

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.

4.2.1.8 Pagamento da letra de câmbio (arts. 38 a 42, LU)

O pagamento da letra de câmbio, que é considerado **dívida *quérable*** (ou seja, cabe ao credor buscar a satisfação da obrigação no domicílio do devedor), extingue uma ou todas as obrigações decorrentes do título.

Fábio Ulhoa Coelho observa: "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"[8].

De acordo com o art. 38 da LU, o portador de uma letra pagável no exterior, em dia fixo ou a certo termo de data ou de vista deve apresentá-la a pagamento no dia em que ela é pagável ou em um dos 2 dias úteis seguintes (dia em que houver expediente bancário). Se a letra de câmbio for pagável no Brasil, o portador deve apresentá-la para o pagamento no dia do vencimento ou no **1.° dia útil seguinte** (se cair em feriado). Se a letra de câmbio não for apresentada a pagamento dentro do prazo fixado no art. 38 da LU, qualquer devedor tem a faculdade de depositar sua importância perante a autoridade competente, à custa do portador e sob a responsabilidade deste.

Em relação ao credor, a inobservância dos prazos de apresentação da letra de câmbio acarretará sanções dependendo do tipo do título:

a) *na letra de câmbio comum* – o credor não perde o direito ao crédito cambiário, mas responde pelas despesas de eventual depósito judicial efetuado por um dos devedores; e
b) *na letra de câmbio com a cláusula "sem despesas"* – o credor perde o direito de crédito contra todos os coobrigados, de acordo com o art. 53 da LU.

Tem-se admitido o pagamento parcial da letra de câmbio, desde que observados alguns cuidados como:

a) somente o aceitante pode 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 avalistas do aceitante podem ser cobrados pelo valor não pago, mas é necessário o protesto para a responsabilização do sacador, endossante e avalista; e

d) o portador não pode recusar qualquer pagamento parcial.

Vale ressaltar que o portador também não pode ser obrigado a receber o pagamento da letra de câmbio antes do vencimento, uma vez que o sacado que paga antes do vencimento o faz sob sua responsabilidade.

4.2.1.9 Protesto (arts. 28 a 33, Decreto 2.044/1908)

O protesto é um ato solene, extrajudicial, pelo qual o portador de um título de crédito comprova que o devedor não cumpriu com sua obrigação. O protesto é a apresentação pública do título ao devedor para o aceite ou para o pagamento. Segundo o **art. 1.°** da Lei 9.492/1997, o protesto é o "ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida".

Nesse sentido, a letra que houver de ser protestada será por **falta de aceite** ou **de pagamento** segundo indica o art. 28 do Decreto 2.044/1908 e será no **1.° dia útil** que se seguir ao da recusa do aceite ou ao do vencimento.

Marcelo M. Bertoldi observa que o prazo disposto pelo **art. 44** (alínea 3.ª) da LU não se aplica ("2 dias úteis") ao **protesto por falta de pagamento**, pois "na medida em que o governo brasileiro, ao aderir à reserva do art. 9.° do Anexo II, ressalva a regra já existente no direito brasileiro"[9], ou seja, o prazo do art. 28 do Decreto 2.044/1908. Este é o mesmo entendimento de Rubens Requião, Amador Paes de Almeida e Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.

No caso de **protesto por falta ou recusa de aceite**, o mesmo deve ser realizado nos prazos fixados para a apresentação do título ao *aceite* do sacado, segundo Luiz Emygdio[10]. É o que também está disciplinado na LU, art. 44, alínea 2.ª. Por exemplo: letra de câmbio a *tempo certo de vista*, cujo prazo para apresentação do *aceite* é de um ano a contar da data do saque, portanto, o protesto deve ser tirado dentro desse prazo.

O protesto pode ser:

a) *facultativo* – se efetuado contra o devedor principal e seu avalista (que se tornam obrigados no momento do saque e da assinatura do aval); e
b) *necessário* – quando tiver que ser efetuado contra os coobrigados e os endossantes (sob pena de o credor perder o direito de crédito em relação a eles).

A lei, vale lembrar, estabelece prazos para o protesto que, se não observados, acarretam a perda do direito de crédito do portador do título em relação aos coobrigados. Portanto, o prazo é **decadencial**. A não apresentação de uma letra de câmbio com a cláusula "sem despesas" no prazo legal também acarreta a perda do direito de crédito contra os coobrigados.

O cancelamento do protesto pode ter por base o pagamento posterior do título, ocorrendo um processo administrativo perante o próprio cartório de protesto, ou mediante a entrega ao interessado do título protestado, o que presume o pagamento deste.

Para sintetizar o momento em que os títulos de crédito se tornam exigíveis, devemos observar a natureza dos devedores:

a) *em relação ao devedor principal* se o título estiver com aceite, basta, para sua exigibilidade, o vencimento do título; se faltar o aceite, será necessário o vencimento do título mais o protesto por recusa do aceite (ou por falta de data nas letras de câmbio a tempo certo da vista).
b) *em relação aos coobrigados* será necessário o vencimento do título mais o protesto dentro do prazo legal.

4.2.1.10 Ação cambial (arts. 43 a 54, LU)

Em conformidade com o art. 43 da LU, o portador de uma letra pode exercer seus direitos de ação contra os endossantes, sacador e outros coobrigados:

I – **no vencimento do título**, se o pagamento não foi efetuado; ou
II – **mesmo antes do vencimento**, se houver recusa total ou parcial do aceite, nos casos de falência do sacado e também nos casos de falência do sacador de uma letra não aceitável.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a ação cambial, também conhecida como execução cambiária ou cambial, é uma ação de natureza executória que objetiva

a cobrança de título de crédito. Tal matéria está disciplinada no CPC nos arts. 580 e seguintes.

O autor da ação é o credor, chamado tomador (ou ainda, beneficiário). Havendo vários credores, um deles poderá agir como representante dos demais. Se houver vários devedores, o credor poderá exigir o pagamento por parte de um ou de vários desses devedores, de forma total ou parcial.

O protesto do título, que apresenta, desde logo, a finalidade de marcar o termo inicial da mora, é obrigatório apenas na ação cambiária regressiva, a fim de descaracterizar a responsabilidade dos coobrigados. O título deverá instruir a petição inicial, sendo o foro competente o do domicílio do réu. Entende-se que a LU, por não tratar da ação de anulação da letra, não revogou o art. 36 do Decreto 2.044/1908, que autoriza o proprietário, no caso de extravio ou de destruição total ou parcial da letra, a requerer ao juiz competente a intimação do sacado (ou aceitante) e dos coobrigados para não pagarem e a citação do detentor para apresentá-la em juízo.

Amador Paes de Almeida destaca: “Em matéria cambial, a prescrição diz respeito unicamente à ação do credor e devedor, pois que, perdida a natureza cambial pelo transcurso de determinado espaço temporal, o título se torna uma obrigação de natureza civil, podendo ser cobrado judicialmente pela via ordinária”[11].

A letra de câmbio e a nota promissória, em conformidade com o art. 70 da LU, prescrevem em:

a) **3 anos**, a partir do vencimento do título em relação ao devedor principal (que na letra de câmbio é o aceitante e na nota promissória é o emitente) e seu avalista;
b) **1 ano** a contar do vencimento do título caso o título de crédito contenha a cláusula “sem despesas”, não havendo a necessidade do protesto do título. Em relação aos títulos de crédito que não apresentarem essa cláusula, o prazo é de 1 ano a contar do protesto para que a cobrança seja dirigida contra coobrigados (sacador, endossantes e avalistas destes). A perda do prazo para o protesto do título implica na perda do direito de regresso, isto é, não se pode mais executar o sacador e os endossantes. O protesto é necessário para os coobrigados. Para o aceitante na letra de câmbio e emitente da nota promissória não é necessário o protesto.
c) **6 meses** a contar do pagamento do título ou do ajuizamento da execução

cambial para um coobrigado executar os outros por meio da via regressiva.

A perda da executividade decorrente da **prescrição**, conforme mencionado anteriormente, não impede a cobrança do título por outras vias processuais. O título de crédito prescrito poderá ser cobrado por meio de ação monitória, em conformidade com os arts. 1.102a a 1.102c do CPC. Será cabível, ainda, a ação *in rem verso*, com fundamento no enriquecimento sem causa e baseada na relação causal do título de crédito. Nesse caso, o título de crédito servirá como início de prova da dívida.

Após a prescrição da ação de execução, ninguém poderá ser acionado em virtude da letra de câmbio. Mas se o crédito estiver representado por um título extracambial, seu devedor poderá ser demandado por meio de uma ação de conhecimento própria, e a letra de câmbio servirá apenas como meio de prova. Um coobrigado que tenha obrigação exclusivamente cambial, como é o caso do avalista, após o prazo prescricional da execução, jamais poderá ser responsabilizado pelo título.

4.3 NOTA PROMISSÓRIA (ARTS. 75 A 78, DECRETO 57.663/1966)

Segundo Rubens Requião, a nota promissória "É uma promessa direta de pagamento do devedor ao credor, constituindo um compromisso escrito e solene, pelo qual alguém se obriga a pagar a outrem certa soma em dinheiro em data e local determinados"[12].

Para o efeito da aplicação dos dispositivos referentes à letra de câmbio, o **emitente** da nota promissória é equiparado ao **aceitante** da letra de câmbio (art. 78). O art. 77 da LU dispõe sobre as regras relativas às letras de câmbio que são aplicáveis às notas promissórias. Assim, uma vez que a nota promissória é uma **promessa de pagamento**, não há falar em *aceite*, vencimento antecipado por recusa do aceite, cláusula não aceitável etc.

São características da nota promissória a *incorporação*, a *abstração* e a *literalidade*.

O subscritor (emitente) da nota promissória é o devedor principal e sua responsabilidade é idêntica à do *aceitante* da letra de câmbio. Prescreve, contra o devedor principal, em **três anos** da data do vencimento.

Amador Paes de Almeida destaca: “Além do vencimento regular, a nota promissória pode vencer-se também por antecipação chamado vencimento extraordinário, que ocorre com a declaração da falência do devedor ou da sua declaração como insolvente”[13].

Os requisitos legais da nota promissória são os seguintes (art. 75 da LU):

a) a expressão “nota promissória” inserta no próprio texto do título;

b) a promessa pura e simples de pagar a quantia determinada;

c) época do pagamento;

d) indicação do lugar em que se deve fazer o pagamento;

e) o nome do beneficiário, a quem deve ser pago (não se admite nota promissória ao portador);

f) indicação da data em que e do lugar onde a nota promissória é passada;

g) a assinatura do subscritor, ou seja, de quem passa a nota (sacador ou emitente).

No entanto, são **requisitos essenciais** apenas a expressão “nota promissória”, a promessa pura e simples de pagamento, o nome do beneficiário (credor) e a assinatura do subscritor (emitente), ciência do **art. 76** da LU.

Observa-se que há uma espécie de nota promissória denominada *commercial paper* instrumentalizada como tal e representativa no mercado de valores mobiliários. É como se fosse um empréstimo a curto prazo.

Figuras da nota promissória

– *Emitente:* devedor do crédito, equiparado ao aceitante na letra de câmbio.

– *Beneficiário:* a quem se deve o crédito (credor).

4.4 CHEQUE (ARTS. 1.° A 71, LEI 7.357/1985)

4.4.1 Considerações preliminares

O título em estudo é uma “ordem de pagamento destinada a ser satisfeita à vista porque o cheque não é um instrumento de crédito ou de desconto, mas simples retirada de dinheiro, à disposição do sacador”[14]. É um título de modelo

vinculado, isto é, padronizado, e só pode ser emitido de acordo com o modelo imposto pela legislação específica.

O cheque é um título de crédito *não causal, à vista*, e que pode ser endossado *em branco* ou *em preto* pelo titular do crédito, que passa a ser devedor solidário pelo endosso.

A grande utilidade do cheque é a de servir como instrumento de pagamento, permitindo a retirada dos fundos depositados em uma instituição financeira, pelo próprio depositante ou por terceiro. Esse título de crédito também permite o pagamento à distância e substitui a moeda por meio de ajustes feitos pela compensação entre os estabelecimentos bancários.

Em contrapartida, a grande desvantagem desse título é o sério risco que ele representa quando não há provisão de fundos em poder do sacado, razão pela qual a legislação procura cercar de cautelas sua emissão, cominando inclusive penas criminais (**art. 171, § 2.°, VI, do CP**) àqueles que emitirem cheques sem provisão de fundos.

O **sacado**, banco ou instituição financeira a ele assemelhada por lei, só terá responsabilidade civil em decorrência de ato ilícito por ele praticado como o caso de pagamento indevido de cheques, falta de reserva de dinheiro em cheque visado e pagamento de cheque cruzado ao portador não cliente. Fora dessas situações, o banco não responde pelos atos ilícitos praticados pela emissão do cheque pelo sacador (correntista).

Apesar de também ser uma **ordem de pagamento**, o cheque distingue-se da letra de câmbio, porque naquele o sacado deve ser sempre uma instituição financeira, requer provisão de fundos no momento da emissão, só pode ser emitido à vista e não comporta aceite. Sobre o *aceite*, o art. 6.° da Lei 7.357/1985 dispõe que “O cheque não admite aceite, considerando-se não escrita qualquer declaração com esse sentido”. O cheque não admite ainda o endosso-caução. O endosso (art. 29 da Lei 7.357/1985) e o aval (art. 18, § 1.°, da Lei 7.357/1985) pelo sacado é nulo; o endosso-póstumo (ou tardio, ou seja, aquele feito após o vencimento do cheque) gera apenas os efeitos da cessão civil (art. 27 da Lei 7.357/1985).

Os cheques de valor superior a R$ 100,00 devem adotar a forma nominativa (art. 69 da Lei 9.069/1995) e podem conter a cláusula “à ordem” ou “não à ordem”.

O cheque pagável à pessoa nomeada, com ou sem cláusula expressa “à ordem”, é transmissível por endosso em branco ou em preto; se com a cláusula

“não à ordem”, só é transmissível pela forma e com os efeitos de cessão civil. Esse endosso deve ser puro e simples, reputando-se não escrita qualquer condição a que esteja subordinado. O endosso transmite todos os direitos resultantes do cheque e, salvo disposição em contrário, o endossante garante o pagamento.

O devedor principal do cheque é o sacador (emitente).

Os **requisitos legais** estabelecidos para o cheque são (art. 1.° da Lei do Cheque)[15]:

a) a expressão “cheque” inscrita no contexto do título;

b) a ordem incondicional de pagar a quantia estipulada;

c) o nome do banco ou instituição financeira que deve pagar (sacado);

d) o lugar do pagamento;

e) a data e o lugar da emissão;

f) a assinatura do emitente (sacador) ou de seu mandatário.

Se faltar o lugar do pagamento, o cheque é pagável no lugar de sua emissão e se este não for indicado, considera-se emitido o cheque no lugar indicado junto ao nome do emitente (art. 2.° da LC). Na falta de qualquer outro requisito, o título não valerá como cheque.

Observa-se, ainda, que a existência de *fundos disponíveis* por parte do correntista. não é requisito para a validade do cheque no momento da sua *emissão*, mas é dever do emitente ter a quantia em poder do sacado (banco) no momento da *apresentação* do título para pagamento (*caput* do art. 4.° e seu § 1.° da LC).

Figuras do cheque

– *Sacador:* emitente do título
– *Sacado:* banco ou instituição financeira que deve pagar a quantia
– *Tomador* ou *beneficiário*: a favor de quem é sacado o cheque

4.4.2 Aval

O cheque, assim como a letra de câmbio, também é suscetível de ser garantido por **aval**. É o que dispõe o art. 29 da Lei 7.357/1985, ao estabelecer que o

pagamento do cheque pode ser garantido, no todo ou em parte, por aval prestado por terceiro, exceto o sacado (ou seja, pelo próprio banco), ou mesmo por signatário.

O aval será lançado no cheque ou na folha de alongamento. Exprime-se pelas palavras “por aval”, ou fórmula equivalente, com a assinatura do avalista, aposta no anverso do cheque, salvo quando se tratar de assinatura do emitente. O aval sempre deve indicar a pessoa a ser avalizada; na falta de tal indicação, considera-se avalizado o emitente.

O avalista, assim, obriga-se da mesma maneira que o avalizado. Uma vez pago o cheque pelo avalista, este adquire todos os direitos dele resultantes contra o avalizado e contra os obrigados para com este e em virtude do cheque.

É importante, novamente, observar que, de acordo com o **art. 1.647, III**, do CC, nenhum dos cônjuges pode, sem o consentimento do outro, exceto no regime da separação absoluta, prestar *fiança* ou *aval*. Exige-se, com o Código vigente, a autorização do outro cônjuge para a fiança e para o aval.

4.4.3 Cheque pós-datado

Também conhecido como *cheque pré-datado*, o cheque pós-datado é o cheque emitido com data posterior à da emissão, de modo a aguardar numerário do emitente em poder do sacado. Embora seja constantemente utilizado e aceito por todo o comércio, o **cheque pós-datado é vedado**, explicitamente, pela própria lei do cheque (*caput* do art. 32).

No entanto, apresentar o cheque pré-datado antes do dia ajustado pelas partes gera dano moral. Esta questão foi sumulada pelo STJ: **caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado** (Súmula 370, STJ).

4.4.4 Cheque cruzado

Dispõe o art. 44 da Lei 7.357/1985, que o emitente ou o portador pode cruzar o cheque, mediante a aposição de dois traços paralelos no anverso do cheque. A LU também estabeleceu, em seus arts. 37 e 38, a possibilidade de se cruzar o cheque.

O art. 38 do aludido diploma estabelece que o cheque com **cruzamento geral** só pode ser pago pelo sacado a um banqueiro ou a um cliente do sacado. Sendo emitido com **cruzamento especial**, o cheque só pode ser pago pelo sacado ao

banqueiro designado ou, se esse é o sacado, ao seu cliente, podendo, contudo, o banqueiro designado recorrer a outro banqueiro para liquidar seu cheque.

4.4.5 Cheque visado

A pedido do emitente ou do portador legitimado, o sacado pode lançar e assinar, no verso do cheque, visto ou declaração de suficiência de fundos, obrigando-se (o sacado) a reservar a quantia indicada em benefício do portador legitimado (art. 7.° da Lei 7.357/1985). Somente o cheque nominativo ainda não endossado comporta esse tipo de certificação pelo banco.

4.4.6 Cheque administrativo (bancário)

É o cheque emitido contra o próprio banco sacador, desde que não ao portador (art. 9.°, III, da Lei 7.357/1985), ou seja, é emitido pelo banco contra uma de suas filiais ou matriz. Também constitui espécie de cheque administrativo o chamado *traveller check*, muito utilizado em viagens internacionais com o intuito de trazer mais segurança ao seu portador em virtude da existência de seguro contra eventual extravio de suas cártulas (deve ser assinado no momento da aquisição e no da liquidação, isto é, no momento da compra).

4.4.7 Cheque para levar em conta

Esta espécie tem a mesma utilidade que o cheque cruzado, pois evita que o cheque seja pago em dinheiro ao seu portador (que deve ser identificado no momento em que se apresenta para receber o valor), devendo o sacado lançar o valor correspondente na conta do beneficiário.

4.4.8 Apresentação e pagamento do cheque (arts. 32 a 43, LC)

O cheque é sempre pagável à vista, mas o portador tem o **prazo de 30 dias** de sua emissão para apresentá-lo, *se for da mesma praça* (o local de emissão é o mesmo onde se encontra a agência pagadora), e em **60 dias** se *em praças diferentes* (o local da emissão é diferente do local da agência pagadora).

A apresentação tardia acarreta a perda da ação regressiva do portador contra os *endossantes*, *avalistas* e também contra o *emitente*. Quanto a este último, somente haverá a perda do direito de regresso se ao tempo da emissão do título

havia suficiente provisão de fundos e estes deixarem de existir no momento do pagamento, sem que tal fato lhe seja atribuído.

A apresentação do cheque à câmara de compensação equivale à apresentação para pagamento. A morte do emitente ou sua incapacidade superveniente à emissão não invalidam os efeitos do título.

4.4.9 Cheque sustado (arts. 35 e 36, LC)

O pagamento do cheque pode ser sustado, prevendo a lei duas modalidades de sustação:

a) *revogação* – tratando-se de ato exclusivo do emitente do cheque desde que exponha as razões motivadoras (art. 35); e
b) *oposição* – ato que pode ser praticado pelo emitente ou pelo portador legitimado do cheque, mediante aviso escrito, fundamentando as relevantes razões de direito (extravio ou roubo do título, falência do credor), produzindo efeitos a partir da ciência do banco sacado (art. 36).

Essas duas modalidades de sustação podem configurar crime de estelionato qualificado pela fraude no pagamento por cheque, nos termos do art. 171, § 2.°, VI do CP, se constatado o dolo.

4.4.10 Prescrição do cheque (art. 59, LC)

O cheque prescreve em **6 meses** contados da expiração do **prazo de apresentação** (30 ou 60 dias da emissão, dependendo se é da mesma praça ou diversa), expresso no art. 47 da Lei 7.357/1985.

A ação de regresso de um obrigado ao pagamento do cheque contra outro também prescreve em 6 meses, porém, contados do dia em que o obrigado pagou o cheque ou do dia em que foi demandado. Já a **ação de enriquecimento** contra o emitente ou outros obrigados (art. 61 da LC), que se locupletarem com o não pagamento do cheque, prescreve em **2 anos**, contados do dia em que se consumar a prescrição prevista no **art. 59** da Lei do Cheque.

4.4.11 Ação por falta de pagamento (arts. 47 a 55, LC)

A ação de execução do cheque pode ser promovida pelo portador *contra*:

a) o emitente e seu avalista; e

b) os endossantes e seus avalistas, se o cheque for apresentado em tempo hábil e a recusa do pagamento for comprovada **pelo protesto** ou **por declaração do sacado**, escrita e datada sobre o cheque, com a indicação do dia de apresentação, ou, ainda, por declaração escrita e datada por câmara de compensação.

Se o portador não apresentar o cheque em tempo hábil (30 ou 60 dias), ou não comprovar a recusa do pagamento, perderá o direito de execução contra o **emitente** se este tinha fundos disponíveis durante o prazo de apresentação e deixou de ter, em razão de fato que não lhe seja imputável (§ 3.° do art. 47 da LC). Mas se o **emitente** tinha fundos e deixou de tê-los por sua iniciativa, o portador manterá o seu direito ao crédito e poderá executá-lo dentro do período prescricional de 6 meses.

A **execução independe de protesto** se a apresentação ou o pagamento do cheque são obstados pelo fato de o sacado ter sido submetido à intervenção, liquidação extrajudicial ou falência. De qualquer sorte, ao portador do cheque (credor) é **dispensado o protesto** para promover a execução do título segundo o inciso II e o § 1.° do art. 47 da LC, desde que apresentado o cheque "em tempo hábil" e comprovado por "declaração do sacado" (banco), ou seja, os conhecidos *carimbos* bancários (por exemplo, os códigos 11 e 12 indicam *insuficiência de fundos*, 1.ª e 2.ª apresentação, respectivamente).

O prazo para a propositura da ação de execução do cheque é de **6 meses**, contados a partir da data de apresentação do cheque. Se não apresentar o cheque no prazo de 30 ou 60 dias, em relação aos *endossantes* e *avalistas*, o beneficiário não terá mais o direito de executá-lo.

4.5 DUPLICATA MERCANTIL (ARTS. 1.° A 28, LEI 5.474/1968)

4.5.1 Considerações preliminares

O termo "duplicata" tem o significado próprio de um documento emitido com base em uma fatura, de acordo com o art. 2.° da Lei 5.474/1968 (Lei das Duplicatas). É um título de crédito de origem brasileira.

De acordo com o art. 1.° da citada Lei, "Em todo o contrato de compra e

venda mercantil entre partes domiciliadas no território brasileiro, com prazo não inferior a 30 (trinta) dias, contado da data de entrega ou despacho das mercadorias, o vendedor extrairá a respectiva fatura para apresentação ao comprador".

A emissão da *fatura* é obrigatória para este tipo de operação comercial, no entanto, a *duplicata* não é. Mas se o comerciante deseja emitir um *título de crédito* a partir desta *fatura*, somente a **duplicata** é cabível, ciência do *caput* do **art. 2.°** da LD. A duplicata é um título de modelo *vinculado*, *causal*, circulável por meio de endosso e fundada em uma transação de compra e venda mercantil ou em um contrato de prestação de serviços. Ao contrário do que ocorre com outros títulos de crédito que são emitidos pelo comprador, a duplicata mercantil é emitida pelo vendedor nas transações em que o pagamento é parcelado em período **não inferior a 30 dias** (vendas a prazo).

Nesse sentido, são 2 os tipos de duplicatas previstas no direito brasileiro:

a) a mercantil; e
b) a de prestação de serviços.

Ela substitui a *letra de câmbio* e a *nota promissória* como documento representativo de saque aplicado exclusivamente à entrega efetiva de mercadorias ou prestação de serviços, daí ser a *duplicata* um título **causal**, pois só se admite sua extração quando decorrente da relação de compra e venda ou de prestação de serviços, cujo pagamento **não é inferior a 30 dias**.

Os **requisitos legais** previstos para a duplicata são os seguintes (§ 1.° do art. 2.°):

a) a expressão "duplicata" no bojo do documento, a data de sua emissão e o número de sua ordem;
b) o número da fatura da qual foi extraída;
c) a data certa do vencimento (não se admite a duplicata *a certo termo de vista* ou *da data*) ou a declaração de ser *à vista*;
d) a identificação completa do vendedor e do comprador (nomes e domicílios);
e) a importância a ser paga;
f) o local ou a praça de pagamento;

g) a cláusula “à ordem” (não se admite a cláusula “não à ordem”);

h) a assinatura do comprador como *aceite;*

i) a assinatura do emitente (vendedor).

Figuras da duplicata

– *Emitente*: o vendedor ou prestador de serviços.

– *Sacado*: o comprador e que deve pagar a quantia acertada.

4.5.2 Fatura

É o rol das mercadorias vendidas com discriminação da qualidade, quantidade, espécie, tipos e marcas. Deve ser extraída no **prazo não inferior a 30 dias** da data da entrega ou despacho das mercadorias. Vale ressaltar que a *emissão da fatura é sempre obrigatória*; a **emissão da duplicata é, por sua vez, facultativa**. Contudo, optando em emiti-la, o empresário, necessariamente, estará obrigado a escriturá-la em um livro específico denominado Livro de Registro das Duplicatas. Observa-se que *fatura* não é título de crédito.

Caso o empresário emita duplicata representativa do contrato de compra e venda, ela representará tão somente uma única fatura, ou seja, deve haver **uma duplicata para cada fatura** (art. 2.°, § 2.°, da LD).

4.5.3 Remessa e devolução da duplicata (arts. 6.° a 8.°, LD)

O vendedor deverá enviar a duplicata ao comprador dentro do prazo de **30 dias** após a sua emissão (art. 6.°, § 1.°, da LD). Uma vez recebida, o comprador pode proceder da seguinte maneira:

a) assinar o título e devolvê-lo ao vendedor dentro do prazo de 10 dias;

b) devolver o título ao vendedor sem assinatura (sem aceite);

c) devolver ao vendedor acompanhado de declaração que motive sua recusa em aceitá-la;

d) não devolver o título, mas, desde que autorizado por eventual instituição financeira cobradora, comunicar por escrito ao vendedor seu aceite; e

e) não devolver o título (para essa hipótese o comprador pode emitir uma **triplicata**, que, na verdade, é uma *duplicata* da verdadeira duplicata).

Qualquer que seja sua atitude, não altera a responsabilidade pela obrigação contida no título, uma vez que se trata de um título de **aceite obrigatório**, independente da vontade do sacado (comprador). Somente após o *aceite* a duplicata se reveste da liquidez e certeza, representando obrigação cambial abstrata. Antes do aceite, portanto, não há cogitar-se de efeitos cambiais. Entretanto, a nota de entrega da mercadoria supre o aceite, possibilitando a execução judicial e o pedido de falência.

A **recusa do aceite** só é permitida nos casos previstos no **art. 8.°** da Lei da Duplicata e que são três, a saber:

I – avaria ou não recebimento das mercadorias, quando não expedidas ou não entregues por sua conta e risco;

II – vícios, defeitos e diferenças na qualidade ou quantidade das mercadorias, devidamente comprovados;

III – divergência nos prazos ou nos preços ajustados.

Em virtude do seu caráter obrigatório, existem **três espécies de aceite**:

a) *aceite ordinário* – é aquele em que o sacado assina a duplicata, reconhecendo-lhe sua liquidez e certeza e se comprometendo a pagá-la no vencimento;
b) *aceite por comunicação* – decorre da retenção da duplicata pelo comprador em face da autorização da instituição financeira encarregada da cobrança, comunicando o sacado por escrito sobre a retenção e o aceite. A comunicação (boleto bancário), quando houver necessidade, substitui a duplicata para o protesto ou para a execução, o que caracteriza uma exceção ao princípio da cartularidade; e
c) *aceite por presunção* – decorre do recebimento da mercadoria sem qualquer reclamação em relação a ela ou ao valor e sem que haja recusa expressa do aceite com base nas causas legais.

4.5.4 Protesto da duplicata (arts. 13 e 14, LD)

A duplicata é protestável por **falta de aceite, por falta de devolução** (*protesto por indicações*) e **por falta de pagamento**. O protesto deve ser efetuado na praça do pagamento constante no título de crédito e no **prazo de 30 dias** a contar

de seu vencimento, prazo que se não respeitado implica na perda do direito creditício contra os *coobrigados* (avalista e endossantes); porém, contra o *devedor principal* a perda desse prazo não acarreta a perda do direito creditício (art. 13, §§ 3.° e 4.°, da Lei das Duplicatas).

A lei e a doutrina cada vez mais têm preferido o *protesto por indicação*, por meio do uso da **triplicata**, que nada mais é do que a cópia da duplicata (art. 23 da LD).

Essa triplicata é geralmente emitida na hipótese em que a duplicata é indevidamente retida pelo comprador (praxe empresarial). A rigor, sua emissão não está apenas ligada à perda ou extravio, mas, desde que não haja prejuízo para as partes, nada impede que se proceda dessa maneira (as hipóteses do art. 23 são exemplificativas).

4.5.5 Processo para a execução da duplicata (arts. 15 a 17, LD)

Pode-se executar ou pedir a falência do devedor empresário com base em duplicata mercantil, regularmente *aceita*. No entanto, para a falência é necessário o **protesto** de tal duplicata.

Caso o aceite tenha sido do tipo ordinário, para o ajuizamento do processo executivo bastará apenas a apresentação do próprio título de crédito. Se o aceite foi feito por comunicação, o título será a própria carta em que se informa o aceite e a retenção da duplicata. Se o aceite for feito por presunção, a formação do título executivo dependerá da prova do protesto cambial e da apresentação do comprovante de entrega da mercadoria.

O STJ tem aceitado a execução de duplicata sem aceite e desprovida de prova de entrega da mercadoria ou prestação do serviço contratado, senão vejamos:

> Duplicata – Ausência de aceite e de prova da operação comercial – Execução contra endossante e avalistas – Possibilidade. – A duplicata, mesmo sem aceite e desprovida de prova da entrega da mercadoria ou da prestação do serviço, pode ser executada contra o sacador-endossante e seus garantes. É que o endosso apaga o vínculo causal da duplicata entre endossatário, endossante e avalistas, garantindo a aceitação e o pagamento do título (LUG, art. 15 c/c arts. 15, § 1.°, e 25 da Lei 5.474/1968)[16].

4.5.6 Execução e falência em razão de duplicata não aceita

É possível executar ou requerer a falência em razão de duplicata não aceita pelo sacado, caso o devedor seja empresário e desde que preenchidos os seguintes requisitos, de acordo com o art. 15, II, Lei das Duplicatas:

a) que tenha sido protestada;
b) que seja juntado no pedido o comprovante de remessa da mercadoria; e
c) que tenha sido juntado também o comprovante do recebimento da mercadoria.

A competência para o processamento da execução é do juízo da praça de pagamento ou do domicílio do devedor.

4.5.7 Prescrição da duplicata (art. 18, LD)

A pretensão à ação de execução da duplicata prescreve:

a) em **3 anos** para o sacado e avalistas, contados a partir do vencimento do título;
b) em **1 ano** contra o endossante e seus avalistas, contado da data do protesto; e
c) em **1 ano** em relação a qualquer dos coobrigados contra os demais, contado da data em que haja sido efetuado o pagamento do título (na *letra de câmbio* e *nota promissória*, o prazo é de **6 meses**).

4.5.8 Duplicata de prestação de serviços e por conta de serviços (arts. 20 a 22, LD)

O pressuposto para a emissão da *duplicata de prestação de serviços* é o desempenho de uma atividade econômica dessa natureza: a prestação de serviços. Ela pode ser emitida tanto por pessoa física quanto jurídica e, via de regra, possui as mesmas características da **duplicata mercantil**.

Todavia, possui algumas peculiaridades que a diferem do regime jurídico da duplicata mercantil:

a) a causa que autoriza sua emissão é a prestação de serviços, e não a compra e venda, como acontece com a mercantil; e

b) o protesto por indicação depende da existência do vínculo contratual e da efetiva prestação de serviços.

Há, também, a obrigação de escrituração no Livro de Registro de Duplicatas, sendo que o empresário deve emitir a fatura discriminatória dos serviços prestados.

É um título de **aceite obrigatório** que o sacador somente deixará de aceitar, segundo o art. 21 da LD, se:

a) não houver correspondência com os serviços efetivamente prestados;
b) houver vícios ou defeitos comprovados na qualidade dos serviços prestados; e
c) houver divergências nos prazos ou nos preços ajustados.

A *duplicata de conta de serviços* é uma outra espécie de duplicata, que pode ser emitida pelo profissional liberal e pelo prestador de serviços. Nesse caso, é desnecessária a escrituração no Livro de Registro de Duplicatas.

O credor desse título de crédito deverá proceder da seguinte maneira: elaborará uma conta discriminando os serviços prestados por sua natureza e o devido valor, mencionando também a data e o local do pagamento, bem como o vínculo contratual que originou sua emissão. Deverá efetuar o registro da conta no Cartório de Registro de Títulos e Documentos e enviá-la ao comprador dos serviços. Essa conta também pode ser protestada e executada, sendo que o protesto é obrigatório para que se promova uma ação de execução.

Pode-se dizer que a duplicata de conta de serviços é um título impróprio, não suscetível de circulação cambial.

4.5.9 Duplicata virtual (art. 8.°, Lei 9.492/1997)

Segundo o parágrafo único do art. 8.° da lei que regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos, “poderão ser recepcionadas as indicações a protestos das Duplicatas Mercantis e de Prestação de Serviços, por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados, sendo de inteira responsabilidade do apresentante os dados fornecidos, ficando a cargo dos Tabelionatos a mera instrumentalização das mesmas”.

Exemplifica Luiz Emygdio: “o vendedor, via computador, saca a duplicata e a

envia pelo mesmo processo ao banco, que, igualmente, por meio magnético, realiza a operação de desconto, creditando o valor correspondente ao sacador, expedindo, em seguida, guia de compensação bancária, que, por correio, é enviada ao devedor da duplicata virtual, para que o sacado, de posse do boleto, proceda ao pagamento em qualquer agência bancária”[17].

Assim, mesmo sem estar materializada no papel (exceção ao **princípio da cartularidade**), a *duplicata virtual* poderá ser protestada por indicações. O Código Civil tratou do título de crédito *virtual* no **§ 3.° do art. 889**.

4.6 CÉDULA HIPOTECÁRIA

Visando propiciar e facilitar a aquisição da casa própria, além de captar, incentivar e disseminar a poupança, o **Decreto-lei 70/1966** criou mais esse título de crédito: a cédula hipotecária. As principais peculiaridades desse título de crédito, com natureza de título de financiamento, referem-se à excepcional possibilidade de endosso parcial e à existência do **princípio da cedularidade**, pelo qual a constituição do direito real sobre o imóvel se opera no próprio título.

Os requisitos da cédula estão descriminados no **art. 15** do decreto em comento. Ela deverá ser sempre nominativa e é circulável mediante endosso, sendo dispensável a **outorga uxória** (autorização de um cônjuge a outro) tanto no endosso como na emissão do título.

4.7 CERTIFICADO DE DEPÓSITO BANCÁRIO – CDB

Introduzido em nosso direito pela **Lei de Mercado de Capitais** (Lei 4.728/1965) com algumas alterações feitas pelo Decreto-lei 14/1966, os **certificados de depósito bancário – CDBs** são organizados como títulos de investimento por seguirem a disciplina das notas promissórias. Representam nada mais do que uma promessa de pagamento à ordem da importância do depósito, acrescida de correção e juros convencionados (assemelha-se, a grosso modo, a um contrato de mútuo).

Sendo emitido por qualquer instituição financeira, só pode ser transferido mediante endosso em preto, sendo que o endossante responde somente pela existência do crédito, mas não por seu pagamento.

Segundo Eduardo Fortuna, o CDB é um título de crédito escritural e um dos mais antigos e utilizados como título de captação de recursos, junto às pessoas físicas e jurídicas, pelos bancos comerciais, de investimento, de desenvolvimento e bancos múltiplos. A sua emissão gera a obrigação de as instituições emissoras pagarem ao aplicador, ao final do prazo contratado, a remuneração prevista. Os recursos captados por meio desse instrumento, junto com o RDB – Recibo de Depósito Bancário –, são normalmente repassados aos clientes na forma de empréstimos. Por fim, esses papéis podem ser *prefixados*, com a remuneração total definida na aplicação, ou *pós-fixados*, corrigidos por um índice de preços mais juros[18].

4.8 CONHECIMENTO DE TRANSPORTE, *WARRANT* E CONHECIMENTO DE FRETE

Para representar a titularidade de mercadorias custodiadas por terceiro não proprietário, o ordenamento criou três importantes *títulos representativos*: o **conhecimento de transporte**, o ***warrant*** e o **conhecimento de frete**. Esses títulos possibilitam a negociação dos valores neles representados pelo seu proprietário.

O conhecimento de depósito e o *warrant* são títulos que representam a custódia de mercadorias pelos armazéns-gerais (guarda e conservação de mercadorias) e estão disciplinados pelo Decreto 1.102/1903. Após a solicitação do proprietário, o armazém-geral emite o título possibilitando, assim, algumas transações com as mercadorias. O **conhecimento de depósito** representa a propriedade limitada das mercadorias e o ***warrant*** representa apenas o direito real de garantia que onera as mercadorias custodiadas. Quando ambos os títulos forem detidos pela mesma pessoa, esta terá, então, a propriedade plena. Tais títulos podem circular separadamente.

O **conhecimento de frete** é o título representativo de mercadorias transportadas e tem por finalidade provar o recebimento da mercadoria e a obrigação assumida pelo transportador em entregá-las em determinado local. O titular desse documento pode negociar com o valor dela por meio do endosso do título, conferindo propriedade plena ao seu novo titular. Este título de crédito encontra-se disciplinado pelo Decreto 19.473/1930, ainda em vigor, garantido pelo art. 732 do CC.[19]

Estendendo esses instrumentos de circulação de mercadorias ao setor rural, a Lei 11.076/2004 criou novos títulos de crédito para o incentivo e apoio ao agronegócio, funcionando como instrumentos de captação de recursos no mercado de capitais para o financiamento da atividade agrícola. Os novos títulos são:

– Certificado de Depósito Agropecuário – CDA;
– *Warrant* Agropecuário – WA;
– Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio – CDCA;
– Letra de Crédito do Agronegócio – LCA;e
– Certificado de Recebíveis do Agronegócio – CRA.

O CDA é título de crédito representativo de promessa de entrega de produtos agropecuários, seus derivados, subprodutos e resíduos de valor econômico, depositados em conformidade com a Lei 9.973/2000, que dispõe sobre o sistema de armazenagem dos produtos agropecuários. O WA é título de crédito que confere direito de penhor sobre o produto descrito no CDA correspondente.

Apesar de serem *emitidos* simultaneamente pelo depositário (devem ser *emitidos* juntos), a pedido do depositante, o CDA e o WA (títulos executivos extrajudiciais) podem ser *transmitidos* unidos ou separadamente, mediante endosso, sendo negociados nos mercados de bolsa e de balcão como ativos financeiros. As negociações do CDA e do WA são isentas do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF.

O CDCA, a LCA e o CRA são títulos de crédito vinculados a direitos creditórios originários de negócios realizados entre produtores rurais, ou suas cooperativas, e terceiros, inclusive financiamentos ou empréstimos, relacionados com a produção, comercialização, beneficiamento ou industrialização de produtos ou insumos agropecuários ou de máquinas e implementos utilizados na

atividade agropecuária. Esses títulos de crédito são nominativos, de livre negociação, representativos de promessa de pagamento em dinheiro. São títulos executivos extrajudiciais, e a emissão de cada um deles é atribuída de modo exclusivo às seguintes pessoas jurídicas:

CDCA	cooperativas de produtores rurais e de outras pessoas jurídicas que exerçam a atividade de comercialização, beneficiamento ou industrialização de produtos e insumos agropecuários ou de máquinas e implementos utilizados na produção agropecuária
LCA	instituições financeiras públicas ou privadas
CRA	companhias securitizadoras de direitos creditórios do agronegócio

Esses novos instrumentos constituem um importante avanço para o financiamento do agronegócio.

4.9 QUESTÕES

1. (OAB/Nacional 2010.I) Acerca da disciplina normativa do cheque, assinale a opção correta.

a) A lei admite a emissão de cheque contra banco, instituição financeira ou cooperativa de crédito.

b) Assim como os demais títulos de crédito, o cheque deve ser apresentado para aceite.

c) A lei veda ao banco sacado a prestação de aval para garantir o pagamento do cheque.

d) Admite-se, excepcionalmente, a estipulação de cláusula de juros inserida no cheque.

2. (IX Exame de Ordem Unificado – FGV) Com relação aos títulos de crédito, assinale a afirmativa correta.

a) No endosso de letra de câmbio após o protesto por falta de pagamento, o portador tem ação cambiária contra o seu endossante.

b) A cláusula não à ordem inserida no cheque impede sua circulação tanto por endosso quanto por cessão de crédito.

c) O endosso de cheque poderá ser realizado pelo sacado ou por mandatário deste com poderes especiais.

d) A duplicata pode ser apresentada para aceite do sacado pelo próprio sacador ou por

instituição financeira.

3. (VII Exame de Ordem Unificado – FGV) Com relação ao instituto do aval, é correto afirmar que

a) é necessário o protesto para a cobrança dos avalistas do emitente e dos endossantes de notas promissórias.

b) o avalista, quando executado, pode exigir que o credor execute primeiro o avalizado.

c) o aval pode ser lançado em documento separado do título de crédito.

d) a obrigação do avalista se mantém, mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu ser nula, exceto se essa nulidade for decorrente de vício de forma.

4. (VIII Exame de Ordem Unificado – FGV) Com relação ao instituto do cheque, assinale a afirmativa correta.

a) O cheque pode ser sacado contra pessoa jurídica, instituições financeiras e instituições equiparadas.

b) O portador não pode recusar o pagamento parcial do cheque.

c) O cheque pode consubstanciar ordem de pagamento à vista ou a prazo.

d) A ação de execução do cheque contra o sacador prescreve em 1(um) ano contado do prazo final para sua apresentação.

TEXTO PARA AS QUESTÕES 5 E 6

Marcos, empresário individual, emitiu uma duplicata contra Lucas, no valor de R$ 5.000,00, com praça de pagamento em Brasília – DF. Após isso, Marcos colocou o título em circulação, endossando-o a Mateus, que, por sua vez, também por endosso, transferiu-o a João. A par do endosso, Mateus fez vir à duplicata, em seu favor, aval de Josué, cônjuge de Maria.

5. (OAB/Nacional 2007.I) Acerca do protesto da duplicata mencionada na situação hipotética acima, assinale a opção incorreta.

a) Para que João possa cobrar de Mateus, é imprescindível o protesto do título.

b) O protesto deve ser tirado na praça de pagamento constante da duplicata, ou seja, em Brasília – DF.

c) Caso não seja exercida a faculdade de protestar o título por falta de aceite, não se elide a possibilidade de protesto por falta de pagamento.

d) De acordo com a legislação em vigor, a duplicata só pode ser protestada por falta de aceite ou de pagamento.

6. (OAB/Nacional 2007.I) Com relação à duplicata descrita no texto, assinale a opção correta.

a) A denominação duplicata não precisa estar expressa no título para que este valha como tal.

b) Para que o aval de Josué seja eficaz, não é necessária autorização de Maria.

c) Conforme a jurisprudência do STJ, mesmo sem aceite e desprovida de prova de entrega da

mercadoria ou da prestação do serviço, a duplicata pode ser executada contra o sacador-endossante e seus garantes.

d) A validade da obrigação de Josué, como avalista, depende da existência e da validade das obrigações de Mateus, Marcos e Lucas.

7. OAB/Nacional 2007.III) Considerando-se que Paula tenha endossado a Luana um cheque de terceiro no valor de R$ 500,00, é correto afirmar que

a) Paula, por ter endossado o cheque, responde pela solvência do devedor principal, no valor de R$ 500,00.

b) o endosso produz os mesmos efeitos jurídicos de uma cessão civil de créditos.

c) o endosso transfere a Luana a posse, não a propriedade do título de crédito.

d) o endosso de Paula será nulo de pleno direito se a obrigação consubstanciada no cheque já estiver vencida.

8. (OAB/Nacional 2008.I) De acordo com a legislação em vigor relativa a títulos de crédito, não é passível de aceite a

a) duplicata.

b) duplicata rural.

c) letra de câmbio.

d) nota promissória.

9. (OAB/Nacional 2008.II) Os títulos de crédito são tradicionalmente concebidos como documentos que apresentam requisitos formais de existência e validade, de acordo com o regulado para cada espécie. Quanto aos seus requisitos essenciais, a nota promissória

a) poderá ser firmada por assinatura a rogo, se o sacador não puder ou não souber assiná-la.

b) conterá mandato puro e simples de pagar quantia determinada.

c) poderá não indicar o nome do sacado, permitindo-se, nesse caso, saque ao portador.

d) precisa ser denominada, com sua espécie identificada no texto do título.

10. (X Exame de Ordem Unificado – FGV) Laurentino recebeu um cheque nominal sacado na praça de "Z" no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) e pagável na praça de "A". Vinte dias após a emissão e antes da apresentação ao sacado foram furtados vários documentos da residência do tomador, dentre eles o referido cheque. Com base nestas informações, assinale a afirmativa correta.

a) A medida judicial cabível para impedir o pagamento do cheque pelo sacado é a contraordem ou oposição, que produz efeito durante o prazo de apresentação.

b) A medida extrajudicial cabível para impedir o pagamento do cheque pelo sacado é a sustação ou oposição, que depende da prova da existência de fundos disponíveis.

c) A medida judicial cabível para impedir o pagamento do cheque pelo sacado é a sustação ou oposição, que produz efeito apenas após o prazo de apresentação.

d) A medida extrajudicial cabível para impedir o pagamento do cheque pelo sacado é a sustação ou oposição, que está fundada em relevante razão de direito.

11. (XI Exame de Ordem Unificado – FGV) Um cheque no valor de R$ 3.000,00 (três mil

reais) foi sacado em 15 de agosto de 2012, na praça de Santana, Estado do Amapá, para pagamento no mesmo local de emissão. Dez dias após o saque, o beneficiário endossou o título para Ferreira Gomes. Este, no mesmo dia, apresentou o cheque ao sacado para pagamento, mas houve devolução ao apresentante por insuficiência de fundos, mediante declaração do sacado no verso do cheque. Com base nas informações contidas no enunciado e nas disposições da Lei n. 7.357/85 (Lei do Cheque), assinale a afirmativa incorreta.

a) O apresentante, diante da devolução do cheque, deverá levar o título a protesto por falta de pagamento, requisito essencial à propositura da ação executiva em face do endossante.

b) O emitente do cheque, durante ou após o prazo de apresentação, poderá fazer sustar seu pagamento mediante aviso escrito dirigido ao sacado, fundado em relevante razão de direito.

c) O prazo de apresentação do cheque ao sacado para pagamento é de 30 (trinta) dias, contados da data de emissão, quando o lugar de emissão for o mesmo do de pagamento.

d) O portador, apresentado o cheque e não realizado seu pagamento, deverá promover a ação executiva em face do emitente em até 6 (seis) meses após a expiração do prazo de apresentação.

12. (OAB/Nacional 2009.I) Uma letra de câmbio foi sacada por Z contra X para um beneficiário Y e foi aceita. Posteriormente, foi endossada sucessivamente para A, B, C e D. Nessa situação hipotética,

I – Z é o sacado, X é o endossante, Y é o tomador.

II – aposto o aceite na letra, X torna-se o obrigado principal.

III – se, na data do vencimento, o aceitante se recusar a pagar a letra, o portador não precisará encaminhar o título ao protesto para garantir o seu direito de ação cambial ou de execução contra os coobrigados indiretos.

IV – se A promover o pagamento ao portador D, os endossantes B e C estarão desonerados da obrigação.

Estão certos apenas os itens

a) I e III.

b) I e IV.

c) II e III.

d) II e IV.

13. (OAB/Nacional 2010.III) Em relação aos Títulos de Crédito, é correto afirmar que, quando

a) Presente na letra de câmbio, a cláusula “não à ordem” impede a circulação do crédito.

b) Insuficientes os fundos disponíveis, o portador de um cheque pode requerer a responsabilidade cambiária do banco sacado pelo seu não pagamento.

c) Firmado em branco, o aval na nota promissória é entendido como dado em favor do sacador.

d) Não aceita a duplicata, o protesto do título é a providência suficiente para o ajuizamento da ação de execução contra o sacado.

14. (OAB/Nacional 2011.I) Em relação ao Direito Cambiário, é correto afirmar que

a) o aceite no cheque é dado pelo banco ou instituição financeira a ele equivalente, devendo ser firmado no verso do título.

b) a duplicata, quando de prestação de serviços, pode ser emitida com vencimento a tempo certo da vista.

c) o protesto é necessário para garantir o direito de regresso contra o(s) endossante(s) e o(s) avalista(s) do aceitante de uma letra de câmbio.

d) o aval dado em uma nota promissória pode ser parcial, ainda que sucessivo.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 233.
[2] *Títulos de crédito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 69.
[3] PAES DE ALMEIDA, Amador. *Teoria e prática dos títulos de crédito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 23.
[4] PAES DE ALMEIDA, Amador. *Op. cit*., p. 23.
[5] PAES DE ALMEIDA, Amador. *Op. cit*., p. 39.
[6] PAES DE ALMEIDA, Amador. *Op. cit*., p. 40.
[7] PAES DE ALMEIDA, Amador. *Op. cit*., p. 48.
[8] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*, cit., p. 262.
[9] *Curso avançado de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 409.
[10] ROSA JR., Luiz Emygdio da. *Op. cit*., p. 398.
[11] PAES DE ALMEIDA, Amador. *Op. cit*., p. 66.
[12] REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2, p. 401.
[13] PAES DE ALMEIDA, Amador. *Op. cit*., p. 105.
[14] PAES DE ALMEIDA, Amador. *Op. cit*., p. 166.
[15] A Resolução 3.972/2011 do Banco Central prevê no seu art. 3.º outras exigências que devem estar impressas nas folhas de cheque, como, por exemplo, a data de confecção da folha de cheque, no formato “Confecção: mês/ano”.
[16] REsp 823.151/GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 27.11.2006, p. 285.
[17] ROSA JR., Luiz Emygdio. *Op. cit*., p. 755.
[18] FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro*. 17. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008. p. 175.
[19] O *site* do Planalto informa que este decreto está revogado por outro. No entanto, a doutrina ainda o considera em vigor, uma vez que tem *força* de lei.



DIREITO FALIMENTAR

5.1 A LEI DE FALÊNCIAS

5.1.1 Considerações preliminares

A nova Lei de Falências (Lei 11.101/2005) – LF, sancionada em 9 de fevereiro de 2005, trouxe como *principal objetivo* a viabilização da **recuperação de empresas** em dificuldade financeira, com a manutenção de empregos, redução dos juros bancários e concessão de maiores garantias aos credores, substituindo, para isso, a figura da **concordata** e criando, em substituição, as figuras da *recuperação extrajudicial* e da *recuperação judicial*.

Ambas as figuras têm como objetivo facilitar a continuidade de atuação das empresas operacionalmente viáveis traduzido pelo **princípio da preservação da empresa**, sustentado justamente pelos credores das empresas em estado falimentar, pois muitas responsabilidades estão em jogo, como *trabalhista, tributária, previdenciária* etc., e decretar a *falência* não será a solução na maioria destes casos comprometidos em saldar suas dívidas.

No processo de **recuperação extrajudicial**, os credores são chamados a *renegociar* seus créditos, de forma a permitir que a empresa se reestruture sem comprometimento das características, prazos e valores dos créditos pertencentes aos demais credores.

A **recuperação judicial**, por sua vez, é tida, por alguns doutrinadores, como a principal alteração proposta pela nova lei em substituição da *concordata suspensiva*, espécie de moratória solicitada pela empresa à Justiça até que seja

regularizado o pagamento das dívidas. Isso porque, por intermédio deste processo, seria possível evitar a quebra de empresas consideradas viáveis, por meio de acordo entre estas e uma comissão formada pelos credores. A **recuperação extrajudicial**, por seu turno, substituiu a *concordata preventiva*.

Como dito, o **objetivo maior** da nova lei, não obstante tenha sido mantida a possibilidade da *quebra*, passa a ser o **saneamento da empresa**, buscando a continuidade de suas atividades para preservar sua capacidade produtiva e a geração de riquezas e empregos para a sociedade.

Entre as inovações da Lei 11.101/2005, encontra-se a criação de disposições comuns à *recuperação judicial* e à *falência*, evidenciando o caráter de objetividade que baliza o novo diploma legal, bem como a **extinção do inquérito judicial**, destinado à apuração de eventuais crimes falimentares cometidos; o *síndico* passa a ser chamado de *administrador judicial* e altera-se a **ordem de classificação dos créditos**.

Por fim, em 2009, encerrou-se o processo da primeira empresa a pedir **recuperação judicial**, a Varig. Segundo o juiz que comandou o processo, a empresa cumpriu as obrigações do plano de recuperação durante os dois anos exigidos pela nova lei.

5.1.2 A falência

O **art. 1.°** da LF estabelece os limites de sua aplicação, qual seja o de disciplinar a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do **empresário individual** e da **sociedade empresária** "devedoras".

De acordo com o art. 75 da LF, a *falência*, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, "visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa". O seu processo atenderá aos **princípios da celeridade** e da **economia processual** (parágrafo único).

Para finalidade didática, apesar das disposições comuns estabelecidas pela lei para a recuperação e a falência, trataremos de cada uma em separado, iniciando pela falência.

Segundo Ecio Perin Junior, "a falência é situação legal derivada de decisão judicial (Sentença Declaratória da Falência) em que o comerciante insolvente submete-se a um complexo de normas que objetivam a execução concursal de seu patrimônio, por meio da realização de seu ativo e pagamento em favor dos

credores, dentro dos limites patrimoniais disponíveis". Já o procedimento falimentar, segundo o aludido autor, "é simplesmente um processo de execução concursal, estabelecido com regras especiais, tendentes a facilitar o pagamento dos credores, e que consequentemente a massa falida não é uma pessoa jurídica, ainda que com esta ofereça várias analogias"[1].

A falência, também conhecida por *quebra*, é um *processo de execução coletiva*, promovida contra o devedor, empresário ou sociedade empresária, no qual devem concorrer *todos os seus credores*, sejam eles civis, ou comerciais, em igualdade de condições (*par conditio creditorum*).

Os pressupostos do **estado de falência** constituem elementos de direito positivo e variam conforme o sistema legislativo adotado. No Brasil, os **pressupostos** do estado de falência são:

a) que o devedor seja empresário ou sociedade empresária;
b) a insolvência do devedor; e
c) a declaração judicial da falência.

5.1.3 Devedores sujeitos à falência

O primeiro *pressuposto* do **estado de falência** é que o devedor seja *empresário individual* ou *sociedade empresária*. No início desta obra afirmamos, segundo o **art. 966** do CC, que *empresário* é a pessoa que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços e, para que tal atividade seja exercida regularmente, todo empresário está sujeito a um conjunto de regras específicas, denominadas *regime jurídico-empresarial*.

Este regime é o responsável por regulamentar a prática da atividade mercantil e torná-la legal, permitindo sua inserção, caso o empresário atue de acordo com seus preceitos, em um tratamento diferenciado quanto à responsabilidade pelas obrigações assumidas. Dessa forma, somente os empresários regularmente inscritos podem se submeter ao **regime jurídico-falimentar**, previsto pela Lei 11.101/2005. Nenhum *devedor civil* está sujeito ao regime falimentar.

De acordo com o **art. 2.°**, o regime falimentar **não se aplica** às seguintes pessoas jurídicas:

– empresas públicas;
– sociedades de economia mista;
– instituições financeiras públicas ou privadas;
– cooperativas de crédito;
– consórcios;
– entidades de previdência complementar;
– sociedades operadoras de planos de assistência à saúde;
– sociedades seguradoras;
– sociedades de capitalização;
– outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

5.1.4 Insolvência

A insolvência, segundo *pressuposto* do **estado de falência**, é, de acordo com a doutrina de Rubens Requião, "um fato que geralmente se infere da insuficiência do patrimônio do devedor para o pagamento de suas dívidas. O devedor que usou do crédito e está em condições de solver as obrigações contraídas dele se diz *solvente*; ao revés, o que se encontra na impossibilidade de fazê-lo se chama *insolvente*"[2].

A insolvência é, assim, um *estado econômico* caracterizado pelo fato de o *ativo* do empresário não ser suficiente para o pagamento do seu *passivo*. Mas a doutrina costuma indicar vários sistemas legais que determinam o estado de

insolvência.

No Brasil, a demonstração patrimonial de inferioridade do ativo em relação ao passivo pelo credor é absolutamente *desnecessária*, pois, diante da nossa legislação, a **insolvência** do devedor empresário será presumida em apenas **três situações** (art. 94):

a) *a impontualidade injustificada de obrigação líquida* materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a **40 salários mínimos** na data do pedido de falência (art. 94, I, da LF). A lei permite, ainda, que um credor de título de valor inferior a 40 salários mínimos se reúna com outros em litisconsórcio, somando seus valores, a fim de alcançar o aludido limite (art. 94, § 1.°, da LF);
b) *execução frustrada* – configura-se quando o executado por qualquer quantia líquida não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal (art. 94, II, da LF);
c) *a prática de atos de falência* – são os seguintes atos: liquidação precipitada, negócio simulado, alienação irregular do estabelecimento, simulação de transferência de estabelecimento, concessão ou reforço de garantia a credor por dívidas anteriormente contraídas, sem ficar com bens para saldar seu passivo; abandono do estabelecimento comercial, descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação judicial (art. 94, III, da LF).

5.1.4.1 Impontualidade injustificada

No que se refere à impontualidade injustificada, para que se prove sua ocorrência, é necessário que o título que represente a obrigação seja *protestado* ainda que ele, por sua natureza, não o exija, conforme determina o § 3.° do art. 94 da LF. Como exemplo de títulos, cuja natureza dispensa o protesto, mas que, para fins de pedido de falência, precisam sê-los, temos as *debêntures*, a *sentença judicial*, a *certidão da dívida ativa* etc.

Assim, segundo lição de Fábio Ulhoa Coelho, "qualquer dos títulos que legitimem a execução individual, de acordo com a legislação processual civil (CPC, arts. 584 e 585), pode servir de base à obrigação a que se refere a impontualidade caracterizadora da falência"[3]. A *sentença trabalhista* também serve para o requerimento da falência. Idêntica condição contempla os *títulos da*

dívida ativa, em que deve ser protestada a certidão da dívida ativa para exercer o direito de pedir a falência de determinado devedor.

Atente-se que a prova da impontualidade é sempre o *protesto* do título executivo judicial ou extrajudicial por falta de pagamento. Além disso, como novidade nesta lei, o devedor só poderá ser inquirido a um processo falimentar se a soma do título ou dos títulos ultrapassar o "equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos na data do pedido de falência" (art. 94, I).

Entretanto, nem todas as obrigações *líquidas* podem autorizar o pedido de falência com base na impontualidade injustificada. Assim, estão **excluídas** do regime falimentar as seguintes obrigações (art. 5.° da LF):

a) a título gratuito;
b) as despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial ou na falência, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor.

Por fim, a falência **não será decretada** se o *requerido* (devedor) conseguir provar, entre outras situações, a falsidade do título, prescrição, nulidade de obrigação ou de título, pagamento da dívida, vício em protesto, conforme o *rol* previsto no **art. 96** da LF.

5.1.4.2 Execução frustrada

O pressuposto da execução frustrada estará configurado na hipótese em que o executado, por qualquer quantia líquida, **não paga, não deposita** e **não nomeia à penhora bens suficientes** dentro do prazo legal. Nesse caso, o pedido de falência será instruído com certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução. *Não se exige*, portanto, que o título seja levado a *protesto* e que tenha *valor superior a 40 salários mínimos*.

5.1.4.3 Atos de falência

O inciso III do art. 94 da LF trata dos *comportamentos* que pressupõem a insolvência do empresário, e que, segundo Fábio Ulhoa Coelho, trata-se de *presunção absoluta* assim como o devedor empresário *impontual*, pois "não interessa se o empresário ou sociedade empresária tem ou não ativo superior ao

passivo; se seu representante legal, em nome da pessoa jurídica, praticou ato de falência, cabe a instauração da execução concursal”[4].

Assim, será decretada a falência do devedor que pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

a) *liquidação precipitada* – ocorre na hipótese em que o empresário promove a liquidação de negócio de forma abrupta ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;
b) *negócio simulado* – surge quando o devedor realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;
c) *alienação irregular de estabelecimento* – ocorre na hipótese em que o empresário aliena seu estabelecimento sem o consentimento dos credores, salvo se conservar em seu patrimônio bens suficientes para saldar seu passivo;
d) *transferência simulada* – verifica-se quando o empresário simula a transferência de seu principal estabelecimento para burlar a legislação ou a fiscalização, ou para prejudicar credor;
e) *garantia real a credor* – refere-se à concessão ou reforço de garantia pelo devedor, em favor de um credor, sem ficar com bens suficientes para pagar o passivo;
f) *abandono do estabelecimento empresarial* – ocorre na hipótese em que o devedor se ausenta sem deixar representante habilitado e, com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;
g) *descumprimento do plano de recuperação judicial* – ocorre quando o devedor deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação.

Nessas situações, conforme pondera Rubens Requião, “Não corre, evidentemente, a impontualidade do devedor, mas o seu estado de insolvência se exterioriza pela prática desses atos. É a aparência de insolvabilidade. A presunção desse estado, todavia, pode ser elidida pelo devedor, ao se defender quando citado. Ao credor, para pedir a declaração judicial da falência do

devedor, basta provar sua qualidade de credor, não sendo necessário que seu crédito esteja vencido pois, nesse caso, o pedido seria fundamentado na impontualidade".[5]

Uma vez reconhecida a *situação de insolvência* do devedor os seguintes **efeitos** são produzidos:

a) o vencimento antecipado das dívidas do devedor e dos sócios ilimitada e solidariamente responsáveis, com o abatimento proporcional dos juros, e conversão de todos os créditos em moeda estrangeira para a moeda do País, pelo câmbio do dia da decisão judicial, para todos os efeitos legais (art. 77 da LF);
b) a arrecadação de todos os seus bens suscetíveis de penhora, quer os atuais, quer os adquiridos no curso do processo (art. 108 da LF).

5.1.5 Processo falimentar

Segundo a doutrina, o processo falimentar pode ser dividido em **três etapas**:

1.ª) *pedido de falência ou fase pré-falencial* – inicia-se com a petição inicial e conclui-se com a sentença declaratória da falência;
2.ª) *fase falencial* – inicia-se depois da sentença declaratória e conclui-se com o encerramento da falência. Nessa fase realiza-se o levantamento do ativo (por meio do procedimento de arrecadação de bens e pedidos de restituição) e do passivo (por meio das habilitações e impugnações de crédito) do devedor, bem como a sua liquidação, em que os bens serão vendidos e os credores, pagos;
3.ª) *reabilitação* – na qual há a declaração da extinção da responsabilidade civil do devedor falido.

A competência para apreciação do processo de falência, bem como de seus incidentes, é a do juízo do *principal estabelecimento* empresarial do devedor, de acordo com o art. 3.° da LF, entendido como aquele que envolve o maior volume de negócios sob o ponto de vista *econômico*, como também da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

O juízo da falência é **universal**, ou seja, *todas* as ações referentes aos bens, interesses e negócios da massa falida serão processadas e julgadas pelo juízo em

que tramita o processo falimentar pela força atrativa (vis *attractiva*) que detém (art. 76). Porém, à *regra da universalidade* existem algumas **exceções**, quais sejam:

a) ações não reguladas pela lei falimentar em que a *massa falida* seja autora ou litisconsorte;
b) reclamações trabalhistas, que são de competência da Justiça do Trabalho (art. 114 da CF);
c) execuções tributárias, que, de acordo com o art. 187 do CTN e o art. 29, *caput*, da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal), não se sujeitam ao juízo falimentar;
d) ações de conhecimento nas quais é parte interessada a União, em que a competência é da Justiça Federal (art. 109, I, da CF);
e) as ações que demandarem quantia ilíquida, caso em que prosseguirão no juízo em que estão sendo processadas (art. 6.°, § 1.°, da LF).

É importante salientar que todas as ações, inclusive as hipóteses excepcionais mencionadas, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo.

Em suma, podemos sintetizar as **principais características** do processo falimentar da seguinte forma:

- sistema recursal fechado (só admite os recursos previstos na LF, não se aplicando, em caso de omissão, o regime recursal do CPC);
- aplicação supletiva do CPC (para os demais institutos do processo, exceto para os recursos);
- o processo desenvolve-se por impulso oficial;
- a competência para o processamento do pedido de falência é do juízo do principal estabelecimento do devedor (juízo universal).
- a publicação de editais, avisos, anúncios e do quadro geral de credores será feita por duas vezes no órgão oficial, mas o prazo começará, sempre, a fluir da data da primeira publicação.

5.1.5.1 Pedido de falência (arts. 97 e 105, LF)

A lei *obriga* o próprio devedor – em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial – a requerer a **autofalência** (art. 105).

São também **legitimados** para o requerimento da falência: o cônjuge sobrevivente do devedor, qualquer de seus herdeiros e o inventariante (art. 97, II, da LF), o cotista ou acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade (art. 97, III, da LF) e qualquer de seus credores (art. 97, IV, da LF).

Porém, o mais comum é que o pedido de falência seja feito pelo credor, uma vez que o processo falimentar é um instrumento eficaz de execução coletiva.

O credor, contudo, tem seu direito de ação condicionado ao atendimento de *certos requisitos* a serem atendidos de acordo com sua condição, tais como: o *credor empresário* deve provar sua regularidade no exercício do comércio, exibindo a inscrição individual ou o registro dos atos constitutivos da sociedade (art. 97, § 1.°); o *credor não domiciliado no País* deve prestar caução destinada a cobrir as custas do processo e eventual indenização ao requerido, caso venha a ser denegada a falência (art. 97, § 2.°).

Conclui-se, então, que se o credor não for empresário e estiver domiciliado no Brasil, não se aplicam quaisquer requisitos específicos. Por exemplo, o *credor civil* não necessita demonstrar a regularidade no exercício de sua atividade econômica.

A Lei de Falências não exige que o credor com garantia real renuncie a ela ou demonstre sua insuficiência.

Em suma, podemos afirmar que a falência do devedor *pode ser requerida*:

a) **pelo credor** munido de título de crédito desde que: 1) se comerciante, prove a regularidade de sua atividade; 2) se estrangeiro, preste caução para garantir o pagamento das despesas processuais caso seja derrotado na sua pretensão;
b) por **qualquer outro credor;**
c) pelo **próprio devedor** empresário (autofalência);
d) pelo **sócio**, ainda que comanditário, exibindo o contrato social, e pelo **acionista**, exibindo suas ações;
e) pelo **cônjuge sobrevivente**, pelos **herdeiros** do devedor ou pelo **inventariante**.

O pedido de falência segue *rito diferente*, de acordo com seu autor: se requerido pelo credor ou pelo sócio minoritário, segue os preceitos dos arts. 94 a 96 e 98; em caso de autofalência, por sua vez, seguirá o procedimento dos arts. 105 a 107 da Lei.

Existem ainda alguns requisitos diferenciados para a petição inicial, conforme o fundamento do pedido. Se fundamentado na impontualidade injustificada, deve ser instruída com o título acompanhado do instrumento de protesto; sendo, porém, o fundamento na tríplice omissão, a lei exige a certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução frustrada; finalmente, sendo fundado em ato de falência, o pedido deverá conter a descrição dos fatos que o caracterizam, juntando-se as provas que houver, e especificando-se aquelas que serão produzidas no decorrer do processo.

5.1.5.2 A resposta do réu

Segundo o art. 98 da Lei, o prazo para a defesa do réu é de **10 dias**. Esclarece o mesmo dispositivo, em seu parágrafo único, que nos pedidos baseados em *impontualidade* ou *execução frustrada*, o devedor poderá, no prazo da contestação, depositar o valor correspondente ao *total do crédito*, mais *correção monetária*, *juros* e *honorários advocatícios*, hipótese em que a **falência não será decretada**. É o chamado *depósito elisivo*, que tem justamente a finalidade de impedir a decretação da falência. Se o pedido de falência for julgado procedente, o juiz ordenará o levantamento do valor pelo autor.

Fábio Ulhoa Coelho opina no sentido de que, "embora a lei não o preveja expressamente, deve ser admitido o depósito elisivo também nos pedidos de credor fundados em ato de falência, já que ele afasta a legitimidade do requerente. Assegurado, pelo depósito, o pagamento do crédito por ele titularizado, não tem interesse legítimo na instauração do concurso falimentar"[6].

Em seguida, o juiz decidirá, decretando ou não a falência.

É importante destacar que no pedido de falência fundamentado na impontualidade injustificada, a dilação probatória será inexistente para o requerente (já que todas as provas necessárias para a propositura da ação, como o protesto do título, por exemplo, foram juntadas na inicial) e limitada para o requerido (que poderá demonstrar a ocorrência de justa causa para o não pagamento da obrigação líquida).

O recurso cabível contra a decisão do juiz *que decretou* a falência será o

agravo de instrumento, e da sentença que julga a *improcedência do pedido* cabe **apelação** (art. 100 da LF).

Sintetizando, no **prazo de defesa (10 dias)**, o devedor poderá:

- **contestar** o pedido de falência;
- **contestar** o pedido de falência e **depositar** o valor *total* do crédito + correção monetária + juros + honorários advocatícios;
- **depositar** *apenas*, reconhecendo a procedência do pedido; ou,
- *não* **contestar** *nem* **depositar**, em que o juiz proferirá a procedência do pedido.

5.1.5.3 Procedimento da autofalência (arts. 105 a 107, LF)

Na autofalência, ou falência requerida pelo próprio empresário, o pedido deve vir instruído com uma longa lista de documentos, previstos no **art. 105**. São eles:

a) demonstrações contábeis dos últimos três exercícios, e especialmente levantadas para o pedido;
b) relação dos credores;
c) inventário dos bens e direitos do ativo acompanhados dos documentos comprobatórios de propriedade;
d) registro na junta comercial (em sendo irregular o exercício da atividade empresarial pela sociedade requerente, por falta de hábil registro, a indicação e qualificação de todos os sócios, acompanhada da relação de seus bens);
e) livros obrigatórios e documentos contábeis legalmente exigidos;
f) relação dos administradores, diretores e representantes legais dos últimos cinco anos.

Se apresentado o pedido devidamente instruído, o juiz decretará a quebra do requerente. Se não estiver devidamente instruído o pedido, determinará sua *emenda* (art. 106). Não emendado o pedido no prazo, o juiz decretará a quebra assim mesmo.

Quando o próprio devedor requer a quebra, o juiz somente não irá decretá-la em caso de desistência apresentada *antes* da sentença.

Depois de decretada a falência, aplicam-se as mesmas regras da falência requerida pelos credores.

5.1.6 A sentença declaratória da falência

A sentença declaratória da falência tem **caráter constitutivo** (apesar da denominação legal *declaratória*). Após ter sido proferida, a pessoa, os bens, os atos jurídicos e os credores do empresário falido ficam sujeitos a um regime jurídico específico, que é o falimentar.

Pontes de Miranda explica que: "A sentença de forte carga declarativa abre as portas à execução forçada coletiva. A força da decisão é constitutiva. Compreende-se, facilmente, que assim seja, porque, entre outros efeitos, tem a decisão de admissão do concurso de credores o efeito de suspender as ações executivas singulares. Ficam absorvidas na execução coletiva e, exercendo-se essa sobre todo o patrimônio do falido, cairia no vácuo a execução singular, ou os dois procedimentos se chocariam".[7]

Uma vez declarado procedente o pedido de falência, o juiz deverá atentar-se tanto ao disposto no **art. 458** do CPC (que contém os requisitos gerais da sentença) quanto ao **art. 99** da LF (que se refere às medidas a serem tomadas imediatamente após o proferimento da sentença declaratória da falência).

De acordo com o art. 99 da LF, a sentença que decretar a falência, dentre outras determinações:

I – conterá a síntese do pedido, a identificação do falido e os nomes dos que forem a esse tempo seus administradores;

II – fixará o **termo legal** da falência (que não poderá retroagir mais do que **90 dias** contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou da data do primeiro protesto por falta de pagamento, excluindo-se os protestos que tenham sido cancelados);

III – ordenará ao falido que apresente, no prazo máximo de **cinco dias**, relação nominal dos credores, se esta já não se encontrar nos autos;

IV – explicitará prazo para a habilitação dos créditos;

V – ordenará a **suspensão** de todas as ações ou execuções contra o falido (ressalvadas as hipóteses dos §§ 1.° e 2.° do art. 6.° da LF);

VI – proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do

falido;

VII – determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do falido;

VIII – ordenará ao Registro Público de Empresas que proceda à anotação da falência no registro do devedor, para que conste a expressão “Falido”, a data da decretação da falência e a inabilitação para exercer qualquer atividade empresarial;

IX – nomeará o **administrador judicial**;

X – determinará a expedição de ofícios a órgãos e repartições públicas ou entidades que, de acordo com o perfil do falido, possam oferecer informações sobre os seus bens e direitos;

XI – pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos do falido, se houver risco à execução da arrecadação ou preservação dos bens da massa ou interesse dos credores;

XII – se for o caso, convocará a assembleia-geral de credores para a constituição do Comitê;

XIII – determinará a intimação do Ministério Público e a expedição de cartas às Fazendas Públicas Federal, Estaduais e Municipais dos locais onde o devedor for estabelecido, para o conhecimento da falência.

Atente-se que o juiz pode determinar **medidas cautelares** de interesse à massa, como o sequestro de bens, assim como ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando houver provas da prática de crimes falimentares.

Em relação ao **termo legal** da falência, importante observar que o objetivo da sua fixação é servir de referência temporal para investigar os atos do falido às vésperas da declaração falimentar. Se a falência for decretada por *impontualidade injustificada* ou *execução frustrada*, o termo legal não pode retroagir por mais de **90 dias** do primeiro protesto por falta de pagamento; se for decretada por *ato de falência* (ou de autofalência), o termo legal não pode retrotrair por mais de **90 dias** da petição inicial.

A sentença declaratória de falência deverá ser *publicada* por **edital**, ou seja, não apenas o seu dispositivo, mas seu *inteiro teor* deve ser publicado no *Diário Oficial*. Além disso, se a massa falida comportar, deverá ser publicada em jornal

ou revista de circulação regional ou nacional. Proceder-se-á, ainda, à intimação do Ministério Público e das Fazendas respectivas, e finalmente a falência deverá ser comunicada à Junta Comercial em que o falido tem seus atos arquivados.

Contra a sentença que *decreta a falência* cabe **agravo de instrumento**, com base no art. 100 da LF; e contra a sentença que julga pela *improcedência do pedido*, cabe **apelação**. Essa sentença (que não decreta a falência) *não faz* coisa julgada material (só faz coisa julgada formal ou preclusão) e, consequentemente, autoriza a propositura de nova ação. De acordo com a LF, **os prazos** de apelação e de agravo **são os mesmos do CPC** (15 e 10 dias, respectivamente).

5.1.7 Efeitos da sentença declaratória de falência

A sentença declaratória de falência produz **efeitos** em relação à pessoa do falido, seus bens, obrigações e credores.

São **efeitos da sentença declaratória** de falência em relação à pessoa do falido:

a) o falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações (a inabilitação deverá ser declarada expressamente pelo juiz na sentença e perdurará até cinco anos após a extinção da punibilidade em relação aos crimes falimentares);
b) o falido perde a administração e a disponibilidade de seu patrimônio (mas poderá fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis);
c) suspende-se a proteção do sigilo à correspondência em relação à atividade empresarial;
d) o falido só pode praticar, sem a autorização do juiz, os atos não patrimoniais da vida civil;
e) o falido não pode se ausentar do lugar da falência sem a autorização do juiz; e
f) o falido submete-se a uma série de restrições, previstas no art. 104 da LF, colaborando com a administração da falência.

Os efeitos da decretação de falência sobre os bens do falido são profundos. Nesse sentido, decretada a falência, todos os seus bens existentes na época de sua decretação ou adquiridos no curso do processo ficam sujeitos à **massa falida**. Se o falido for o espólio, fica suspenso o processo de inventário.

Assim, todos os bens de que o falido for proprietário (mesmo que estejam em poder de terceiros) ou possuidor serão arrecadados e depositados judicialmente por pessoa indicada pelo administrador judicial. Se a arrecadação atingir bens de terceiros, estes poderão formular pedido de restituição (art. 85 do LF).

Também se admite *pedido de restituição* em relação às mercadorias vendidas a prazo para o falido e entregues até 15 dias antes do requerimento da falência, se ainda não alienadas pela massa. Também cabem **embargos de terceiros** (art. 93 da LF) quando não for possível liberar os bens indevidamente arrecadados pelo administrador judicial por meio de pedido de restituição.

Em relação às **obrigações do falido**, a sentença declaratória produzirá os seguintes efeitos:

a) sujeita todos os credores aos efeitos da sentença, que somente poderão exercer os seus direitos sobre os bens do falido e do sócio ilimitadamente responsável na forma prevista pela LF;
b) suspensão do exercício do direito de retenção sobre os bens sujeitos à arrecadação, os quais deverão ser entregues ao administrador judicial; e do exercício do direito de retirada ou de recebimento do valor de suas quotas ou ações, por parte dos sócios da sociedade falida;
c) continuidade dos contratos bilaterais, que não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê;
d) possibilidade de o administrador judicial, mediante autorização do Comitê, dar cumprimento a contrato unilateral se esse fato reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, realizando o pagamento da prestação pela qual está obrigada;
e) o mandato conferido pelo devedor, antes da falência, para a realização de negócios, cessará seus efeitos com a decretação da falência, cabendo ao mandatário prestar contas de sua gestão;

f) as contas correntes com o devedor consideram-se encerradas no momento de decretação da falência, verificando-se o respectivo saldo.

Em **relação aos credores**, a falência acarreta os seguintes efeitos: suspensão da fluência dos juros, vencimento antecipado dos créditos, suspensão das ações individuais contra o falido e formação da massa falida subjetiva.

5.1.8 A massa falida objetiva e subjetiva

Acentuando ainda mais o *caráter constitutivo* da sentença declaratória da falência, a doutrina demonstra que essa decisão cria a massa falida **objetiva** e a massa falida **subjetiva**. A massa falida objetiva é constituída pelo *patrimônio* do falido (conjunto de bens). A massa falida subjetiva é constituída pelos *credores*.

A massa falida *objetiva*, uma vez formada, passa a ser administrada pelo **administrador judicial**. Tem ela a capacidade de estar em juízo, como autora ou como ré, mas sempre representada pelo administrador. Sua formação ocorre no momento em que é decretada a falência.



5.1.9 Administração da falência

A falência é administrada de uma maneira geral pelo **juiz**, pelo **representante do Ministério Público**, pelo **administrador judicial** (antes denominado *síndico*), pela **Assembleia-geral de Credores** e pelo **Comitê de Credores**, cada qual possuindo uma função específica.

A administração da falência será *presidida* pelo juiz, a ele cabendo analisar e autorizar diversos atos a serem praticados pelo administrador judicial, tais como a autorização para a venda antecipada dos bens, o pagamento da remuneração dos auxiliares e do administrador, a rubrica de cheques de pagamento dos credores, a aprovação da prestação de contas do administrador, além de outros atos definidos em lei.

Quanto ao Ministério Público, a sua participação na falência sofreu grandes

alterações com o advento da nova lei. O promotor de justiça não tem mais, na falência, as excessivas incumbências atribuídas pela lei anterior. Tal se deve, em especial, ao veto presidencial efetuado ao art. 4.° da nova Lei.

Com a *eliminação* do inquérito judicial e a supressão de dispositivos que previam a constante manifestação do **Ministério Público**, reduziu-se a participação deste órgão às hipóteses expressamente previstas na Lei, a saber:

a) tem legitimidade para impugnar a relação de credores (art. 8.°), a venda de bens do falido (art. 143), pedir a substituição do administrador judicial ou de membro do Comitê (art. 30) e propor a ação de rescisão de crédito (art. 9.°) e a revocatória (art. 132);
b) deve ser intimado da sentença que decretar a falência (art. 99, XIII), do relatório do administrador judicial que apontar a responsabilidade penal de qualquer dos envolvidos no processo (art. 22, § 4.°) e da designação da hasta para a venda ordinária dos bens do falido (art. 142), bem como ser informado pelo juiz de qualquer indício da prática de crime falimentar (art. 187, § 2.°);
c) pode pedir explicações ao falido (art. 104, VI) e deve manifestar-se na prestação de contas do administrador judicial (art. 154);
d) ao ser intimado da sentença declaratória da falência, deve propor a ação penal ou requisitar a instauração do **inquérito policial**, sempre que houver indícios de crime falimentar (art. 187).

5.1.9.1 Administrador judicial

5.1.9.1.1 Noções

O **administrador judicial** é o profissional, de confiança do juiz, que representa a massa falida, auxilia e executa certos atos na administração da falência. Algumas alterações importantes foram realizadas em relação à função de *síndico* da falência e a nova função de *administrador judicial*.

Em primeiro lugar, o administrador judicial, ao contrário da antiga figura do "síndico", deverá ser profissional de confiança do juiz, habituado à administração de empresas, *preferencialmente* **advogado, economista, administrador de empresas** ou **contador**, ou ainda **pessoa jurídica especializada** (art. 21).

Trata-se de um *auxiliar* do juízo, que fica sujeito à sua supervisão, bem como à fiscalização pelo Comitê de Credores (art. 27, I, *a*, da LF). O administrador judicial é quem representa a *massa falida*, que é um **ente despersonalizado** (não tem personalidade jurídica), mas que apresenta capacidade judiciária (ela é similar ao espólio e ao condomínio, podendo, assim, estar no polo ativo ou passivo das ações de interesse da massa falida).

Assim como ocorria em relação à figura do "síndico", o administrador judicial está sujeito à substituição e à destituição, lembrando que a *destituição é uma penalidade*, enquanto a substituição, não.

A destituição do administrador judicial ou de quaisquer dos membros do Comitê de Credores poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento fundamentado de qualquer interessado quando se verificar a desobediência aos preceitos legais, descumprimento de deveres, omissão, negligência ou prática de ato lesivo às atividades do devedor ou a terceiros. No mesmo ato de destituição, o juiz nomeará novo administrador judicial ou convocará os suplentes para recompor o Comitê.

O administrador judicial e os membros do Comitê responderão pelos prejuízos causados à massa falida, ao devedor ou aos credores por dolo ou culpa, devendo o dissidente em deliberação do Comitê consignar sua discordância em ata para eximir-se da responsabilidade.

5.1.9.1.2 Deveres e atribuições do administrador judicial (art. 22, LF)

A lei estabelece vários deveres do administrador judicial. Uma vez nomeado, será intimado para, dentro de 48 horas, assinar o termo de compromisso para desempenhar seu cargo de maneira fiel, assumindo todas as responsabilidades cabíveis a ele como administrador. Caso o termo não seja assinado neste prazo, o juiz nomeará outro administrador.

O **art. 22** da LF relaciona vários **deveres** que o administrador deve cumprir, sob a fiscalização do Comitê, após prestar o compromisso. Entre eles, podemos destacar:

	a) enviar correspondência aos credores comunicando o datado pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito;

I – na recuperação judicial e na falência	b) fornecer as informações pedidas pelos credores; c) dar extratos dos livros do devedor, que merecerão fé de ofício a fim de servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos; d) exigir dos credores, do devedor ou de seus administradores quaisquer informações; e) elaborar a relação dos credores; f) consolidar o quadro-geral dos credores; g) requerer ao juiz convocação da assembléia-geral de credores nos casos da Lei, ou quando julgar necessária sua ouvida para a tomada de decisões; h) contratar, mediante autorização judicial, profissionais ou empresas especializadas para, quando necessário, no exercício de suas funções; i) manifestar-se nos casos previstos na Lei.
II – na recuperação judicial	a) fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial; b) requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação judicial; c) apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor; d) apresentar o relatório sobre a execução do plano de recuperação, de que trata o inciso III do art. 63 da Lei (encerramento da recuperação após o cumprimento das obrigações).
	a) avisar, pelo órgão oficial, o lugar e hora em que, diariamente, os credores terão à sua disposição os livros e documentos do falido;

	b) examinar a escrituração do devedor; c) relacionar os processos e assumir a representação judicial da massa falida; d) receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando a ele o que não for assunto de interesse da massa; e) apresentar, no prazo de 40 dias, contado da assinatura do termo de compromisso, prorrogável por igual período, relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de falência, no qual apontará a responsabilidade civil e penal dos envolvidos; f) arrecadar os bens e documentos do devedor e elaborar o auto de arrecadação; g) avaliar os bens arrecadados; h) contratar avaliadores, de preferência oficiais, mediante autorização judicial, para a avaliação dos bens caso entenda não ter condições técnicas para a tarefa; i) praticar os atos necessários à realização do ativo e ao pagamento dos credores;
III – na falência	j) requerer ao juiz a venda antecipada de bens perecíveis, deterioráveis, ou sujeitos a considerável desvalorização ou de conservação arriscada ou dispendiosa; l) praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações, diligenciar a cobrança de dívidas e dar a respectiva quitação; m) remir, em benefício da massa e mediante autorização judicial, bens apenhados, penhorados ou legalmente retidos; n) representar a massa falida em juízo, contratando, se necessário, advogado cujos honorários serão previamente ajustados e aprovados pelo Comitê de Credores;

	o) requerer todas as medidas e diligências que forem necessárias para o cumprimento da Lei, a proteção da massa ou a eficiência da administração; p) apresentar ao juiz para juntada aos autos, até o 10° dia do mês seguinte ao vencido, conta demonstrativa da administração, que especifique com clareza a receita e a despesa; q) entregar ao seu substituto todos os bens e documentos da massa em seu poder, sob pena de responsabilidade; r) prestar contas ao final do processo, quando for substituído, destituído ou renunciar ao cargo.

5.1.9.2 Assembleia-geral de credores

A **Assembleia-Geral** é um órgão colegiado e deliberativo que representa todos os credores admitidos na falência. É composta por *diversas classes de credores* e presidida pelo **administrador judicial**, salvo na hipótese em que as deliberações versarem sobre o afastamento ou incompatibilidades do administrador judicial, caso em que será presidida pelo credor presente que seja titular do maior crédito.

Prevê a lei que, além de poderem deliberar sobre esse assunto (ou seja, realização do ativo, que dependerá do voto favorável de credores que representem **2/3** dos créditos presentes à assembleia), os credores podem deliberar sobre diversos outros que possam afetar os seus interesses (art. 35 da LF), podendo, inclusive, requerer ao juiz convocação de assembleia-geral desde que o pedido seja feito por credores que representem no mínimo **25%** do valor total dos créditos de uma determinada classe.

As despesas com a convocação e a sua realização correm por conta do devedor ou da massa falida, salvo se convocada em virtude de requerimento do Comitê de Credores ou pelos aludidos credores titulares de **25%** do crédito de sua classe.

A assembleia instalar-se-á, em 1.ª convocação (feita por edital a ser publicado com antecedência mínima de 15 dias), com a presença de credores titulares de *mais da metade* dos créditos de cada classe, computados pelo valor, e, em 2.ª

convocação (feita por edital a ser publicado com antecedência mínima de cinco dias), com qualquer número.

O voto de cada credor será *proporcional* ao valor de seu crédito, ressalvado, nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, o disposto no § 2.° do art. 45 desta Lei.

Terão direito a voto as pessoas arroladas no quadro-geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial (art. 7.°, § 2.°, da LF), ou, ainda, na falta desta, na relação apresentada pelo próprio devedor (arts. 51, III e IV; 99, III; ou 105, II da LF).

Os sócios do devedor, bem como as sociedades coligadas, controladoras, controladas ou as que tenham sócio ou acionista com participação superior a 10% do capital social do devedor ou em que o devedor ou algum de seus sócios detenham participação superior a 10% do capital social, poderão participar da assembleia-geral de credores, sem ter direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do *quorum* de instalação e de deliberação (art. 43 da LF).

Em regra, considerar-se-á aprovada a proposta que obtiver votos favoráveis de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia-geral. Excepcionalmente, nas deliberações sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial, composição do Comitê de Credores ou forma alternativa de realização do ativo, todas as classes de credores referidas no art. 41 da LF deverão aprovar a proposta, cujo *quorum* variará de acordo com a natureza de seus créditos, conforme o quadro abaixo:

<table>
<tr><th>Art. 41 da LF</th><th>Quorum de aprovação</th></tr>
<tr><td>I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho</td><td rowspan="2">– a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.</td></tr>
<tr><td>II – titulares de créditos com garantia real</td></tr>
<tr><td>III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio</td><td>– a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes,</td></tr>
</table>

geral ou subordinados	independentemente do valor de seu crédito.

O credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de *quorum* de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito.

5.1.9.3 Comitê de credores

O **Comitê de Credores** é um *órgão colegiado*, de caráter *facultativo*, que representa os interesses dos credores em algumas situações específicas conferindo a lei, para tanto, algumas atribuições específicas. Sua constituição dependerá da aprovação dos credores, que levarão em conta a complexidade do processo falimentar em relação ao porte da empresa. É composto por *três membros*, sendo um representante da classe trabalhista, outro da classe de credores com direitos reais de garantia e outro da classe de credores quirografários e com privilégios especiais, cada um com dois suplentes. Caberá aos próprios membros do Comitê indicar, entre eles, quem irá presidi-lo. A falta de indicação de representante por quaisquer das classes não prejudicará a constituição do Comitê, que poderá funcionar com número inferior a três membros.

As suas atribuições são as seguintes, além de outras previstas nesta Lei:

I – na recuperação judicial e na falência	a) fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial; b) zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei; c) comunicar ao juiz, caso detecte violação dos direitos ou prejuízo aos interesses dos credores; d) apurar e emitir parecer sobre quaisquer reclamações dos interessados; e) requerer ao juiz a convocação da assembléia-

	geral de credores; f) manifestar-se nas hipóteses previstas nesta Lei;
II – na recuperação judicial	a) fiscalizar a administração das atividades do devedor, apresentando, a cada 30 dias, relatório de sua situação; b) fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial; c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial.

As decisões do comitê serão tomadas pela maioria de seus membros, sendo em seguida consignadas em livro de atas, rubricado pelo juízo, que ficará à disposição do administrador judicial, dos credores e do devedor. Não sendo possível a obtenção da maioria, o impasse será resolvido pelo administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, pelo juiz.

Na hipótese de o comitê não existir ou de ainda não estar constituído, caberá ao administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, ao juiz exercer suas atribuições.

Apesar de não ter sua remuneração custeada pelo devedor ou pela massa falida, as despesas realizadas por cada membro para a realização de atos previstos na lei, se devidamente comprovadas e com a autorização do juiz, serão ressarcidas atendendo às disponibilidades de caixa.

Aquele que nos últimos cinco anos foi destituído, deixou de prestar contas dentro dos prazos legais ou teve a prestação de contas desaprovada em relação ao exercício da função de administrador judicial ou na de membro do Comitê,

em falência ou recuperação judicial anterior, não poderá ser nomeado.

5.1.10 Quadro geral dos credores

Com a declaração da falência e o início, propriamente dito, do processo falimentar, a próxima etapa do processo será a *cognitiva*, na qual serão definidos o ativo e o passivo, por meio do procedimento de arrecadação de bens e da verificação de créditos, e, em seguida, a *fase satisfativa*, que se inicia com a publicação do quadro geral de credores seguindo-se até a extinção da falência.

Rubens Requião destaca que: "A finalidade do processo de verificação dos créditos é apurar, de forma exata, o passivo do falido, ou seja, a massa falida subjetiva. Julgadas as declarações de crédito, quanto à sua existência, valor e natureza, está o síndico apto a apresentar num quadro o elenco dos credores, o *quantum* de seus créditos e a classificação, quanto aos privilégios, que lhes cabem. Com a publicação desse quadro encerra-se, no processo falimentar, a fase da *informação*, dando azo a que se inicie a liquidação falimentar. O acertamento do passivo, de certo modo, está consumado".[8]

Caberá, portanto, ao **administrador judicial**, além das atribuições já citadas, **organizar** o *quadro geral dos credores* admitidos à falência, mencionando as importâncias dos créditos habilitados e sua classificação. O ponto de partida da organização do quadro geral é a publicação da relação dos credores.

No caso de *autofalência* é **obrigação do devedor** apresentar 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, o falido será intimado a apresentar, no prazo de 5 dias, a relação dos credores. Portanto, seja de uma ou outra forma, já deverá constar dos autos da falência a relação dos credores. Se, porém, o falido deixar de apresentá-la, cabe ao administrador judicial providenciá-la. Uma vez apresentada, deve o administrador judicial providenciar sua publicação no *Diário Oficial*.

Nos 15 dias seguintes à publicação os credores devem conferir a relação, devendo os que não se encontram relacionados providenciar a sua **habilitação**. Aqueles que se encontram na relação, mas eventualmente não concordarem com o valor do crédito ou da sua classificação, devem suscitar a **divergência** perante o administrador judicial.

Habilitados os créditos, ou apresentadas as divergências, o administrador deve

providenciar nova publicação da lista de credores, atendendo ou não, conforme seu particular entendimento, às manifestações apresentadas. Esta nova publicação deve ser feita em até **45 dias** após o prazo para apresentação das habilitações ou divergências, ou seja, 60 dias após a primeira publicação.

Nos **10 dias** posteriores à *republicação*, qualquer credor, o falido, o Comitê, sócio ou acionista da sociedade falida ou o Ministério Público poderão apresentar impugnação à relação publicada. Aquele credor que apresentou divergência, a qual não foi acolhida pelo administrador judicial, deve apresentar a impugnação para submeter a questão ao juiz.

Também o credor que não concorda com a classificação dada a crédito alheio pode apresentar a impugnação.

Enquanto a *divergência* pode ser apresentada diretamente pelo credor interessado, dispensada a participação de advogado, a *impugnação*, por ser ato de postulação judicial, é ato privativo de advogado, devendo ser realizado por um profissional que representará o credor ou outro interessado.

A habilitação de créditos se processa perante o administrador judicial, não como um incidente no processo a ser solucionado pelo juiz, o que permite ser apresentada pelo próprio credor, sem a necessidade de representação por advogado.

Os credores têm um prazo estabelecido para se habilitarem na falência, previsto no art. 7.°, § 1.°. Se, contudo, aparecerem posteriormente novos credores, suas habilitações serão consideradas *retardatárias*. Se apresentadas antes da homologação do quadro geral de credores, seu procedimento é idêntico ao das impugnações. Se apresentadas após essa homologação, dependem de ação judicial própria, pelo procedimento ordinário do Código de Processo Civil.

Recapitulando a sequência de atos da publicação do **quadro de credores**, segue esta ordem:

- Publicação do *quadro geral* dos credores;
- **15 dias** para os credores se *habilitarem* ou *divergirem* do quadro;
- Republicação do *quadro geral* (45 dias após o prazo anterior);
- **10 dias** para *impugnação* (judicial);
- **5 dias** para os credores impugnados *contestarem* a impugnação;
- **5 dias** para o falido ou representante legal ou comitê se manifestarem sobre as matérias impugnadas;

- **5 dias** para o administrador judicial exarar parecer;
- Vencido o prazo, os autos serão promovidos à conclusão judicial;
- **10 dias** para *agravo* da sentença proferida na impugnação de crédito.

5.1.11 Responsabilidade dos sócios na falência

Os sócios *solidária* e *ilimitadamente* responsáveis pelas obrigações sociais são atingidos pela falência da sociedade, ficando sujeitos aos demais efeitos que a sentença declaratória produzir em relação à sociedade falida. Esses efeitos aplicam-se ao sócio que tenha *se retirado voluntariamente* ou que tenha *sido excluído da sociedade*, há **menos de dois anos**, quanto às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido solvidas até a data da decretação da falência.

Qualquer que seja o tipo societário, ainda que estejamos tratando de sociedade limitada ou anônima, os representantes legais da sociedade estarão sujeitos às mesmas obrigações do falido.

5.1.12 Atos ineficazes do falido

Às vezes, um empresário, ao pressentir que sua situação financeira está ficando cada vez mais difícil, que sua empresa aproxima-se de uma quebra, começa a praticar *atos ilícitos*, com o intuito de se livrar dos ônus da falência, prejudicando, assim, os credores ou a finalidade da execução coletiva. Isso ocorre quando o empresário, por exemplo, começa a alienar de forma simulada seus bens ou a instituir em favor de um único credor quirografário uma garantia real em troca de alguma vantagem.

Para impedir a prática de tais atos, a Lei de Falências, em seu **art. 129**, considera-os ineficazes perante a massa falida. Essa ineficácia abrange os *atos ineficazes em sentido estrito* e os *atos revogáveis*, ambos com a *mesma sanção*.

Os atos ineficazes **em sentido estrito**, previstos no **art. 129** da LF, são aqueles praticados pelo falido em um determinado *lapso temporal (ineficácia objetiva)*, independentemente da existência do intuito fraudulento. Os **atos revogáveis**, previstos no **art. 130** da LF, estão condicionados à demonstração do *intuito fraudulento* por parte do falido (*ineficácia subjetiva*) e independem do lapso temporal em que foram praticados.

De acordo com o art. 129 da LF, são ineficazes em relação à massa falida,

tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:

I – o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título;
II – o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato;
III – a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada;
IV – aprática de atos a título gratuito, desde dois anos antes da decretação da falência;
V – a renúncia à herança ou a legado, até dois anos antes da decretação da falência;
VI – a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de 30 dias, não houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos;
VII – os registros de direitos reais e de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis realizados após a decretação da falência, salvo se tiver havido prenotação anterior.

É importante ressaltar que o **art. 131** determina que os atos referidos nos incisos I a III e VI deste dispositivo que tenham sido previstos e realizados na

forma definida no plano de *recuperação judicial* não serão declarados ineficazes ou revogados.

O reconhecimento da prática desses atos se dá pela ação revocatória, *obrigatória* apenas para os atos eivados de *ineficácia subjetiva*. A ineficácia objetiva pode ser declarada, em primeiro lugar, de ofício pelo juiz, nos autos principais da falência. Além disso, pode ser decretada também em sentença terminativa de qualquer ação de conhecimento, seja a massa falida autora ou ré, desde que seja suscitada a matéria respectivamente na petição inicial ou na defesa.

5.1.13 Ação revocatória

A ação revocatória tem por *finalidade* pronunciar, em relação à massa, a **ineficácia** ou a **revogabilidade** de um ato jurídico praticado pelo devedor antes da falência de modo a permitir o retorno dos bens indevidamente retirados da massa.

Rubens Requião adverte que a expressão revocatória deriva de revocar, isto é, chamar para trás, convocar novamente, mandar voltar, e não simplesmente de revogar, tornar nulo. A **ação revocatória falimentar**, portanto, *não visa* o efeito de anular ou desfazer os atos praticados pelo devedor em determinada época e em dadas circunstâncias, mas sim eliminar o efeito de certos atos praticados pelo devedor, destituindo-os de eficácia perante a massa falida, sem anulá-los ou desconstituí-los integralmente.

A ação revocatória falimentar deverá ser proposta pelo **administrador judicial**, por **qualquer credor** ou pelo **Ministério Público** no prazo de **3 anos** contado da decretação de falência.

O art. 133 da LF discrimina aqueles contra quem pode ser proposta, assim:

I – contra todos os que figuraram no ato, ou que, por efeito dele, foram pagos, garantidos ou beneficiados;

II – contra os terceiros adquirentes se tiverem conhecimento, ao se criar o direito, da intenção do devedor de prejudicar os credores;

III – contra os herdeiros ou legatários das pessoas indicadas nos incisos I e II deste artigo.

A ação revocatória correrá perante o *juiz da falência*, seguirá rito ordinário e

terá como fundamento a **ineficácia subjetiva** dos atos praticados pelo falido com intenção de lesar credores. Importante modificação diz respeito ao tempo dos *atos praticados de forma ineficaz*. Não se levará mais em conta para a revocatória terem sido os atos praticados no termo legal da falência ou no período suspeito, podendo referir-se ela a atos *praticados a qualquer tempo*.

Da decisão que julga a revocatória o recurso cabível é a **apelação**.

5.1.14 Classificação geral de créditos

O **art. 83** da LF relaciona a *classificação* dos créditos e sua *ordem de preferência*:

<table>
<tr><td colspan="2">1.°) Créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 salários mínimos por credor; e os decorrentes de acidente de trabalho;</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.°) Créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;</td></tr>
<tr><td colspan="2">3.°) Créditos tributários, independentemente de sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;</td></tr>
<tr><td>4.°) Créditos com privilégio especial, a saber:</td><td>a) os previstos no art. 964 do Código Civil;
b) os definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária da própria LF;
c) Aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre coisa dada em garantia.</td></tr>
<tr><td></td><td>a) os previstos no art. 965 do Código Civil;
b) os previstos no parágrafo único do art. 67 da LF;</td></tr>
</table>

5.°) Créditos com privilégio geral, a saber:	c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária da própria LF.
6.°) Créditos quirografários, a saber:	a) aqueles não previstos nos outros incisos do artigo; b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do artigo.
7.°) As multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;	
8.°) Créditos subordinados, a saber:	a) os assim previstos em lei ou em contrato; b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

É importante salientar que os créditos *derivados da legislação do trabalho* **não se confundem** com os *decorrentes de acidente do trabalho* da Previdência Social. Aqui o réu é o INSS – Varas do Trabalho. O acidente do trabalho na falência se refere ao **art. 7.°, XXVIII, da CF**, que dispõe sobre o acidente do trabalho fundado na culpa ou dolo do empregador. Trata-se de ação de responsabilidade civil, decorrente da prática de ato ilícito. Dessa forma, um mesmo acidente pode gerar duas indenizações: 1.ª) pelo INSS (responsabilidade objetiva) e 2.ª) pelo empregador (responsabilidade subjetiva). Os créditos

trabalhistas se referem aos saldos de salários e indenizações, neles incluídas as indenizações dos representantes comerciais, que são autônomos mas gozam do benefício por disposição de lei especial.

5.1.15 Extinção da falência e reabilitação do falido

Conforme já foi referido antes, a **fase falimentar** é dividida em **duas**:

a) *fase cognitiva* – na qual é feita a arrecadação de bens, a verificação das dívidas e a apuração de eventual prática de crime falimentar; e
b) *fase satisfativa* – na qual o ativo será liquidado e o passivo, pago. É na fase satisfativa que os bens do falido serão liquidados e vendidos, e o montante entregue aos credores na ordem estabelecida de acordo com a natureza de seus créditos.

A **venda dos bens** poderá ser feita de forma englobada ou separada por meio de *leilão*, de *propostas fechadas* ou de *pregão*, cabendo ao juiz, ouvindo o administrador judicial e atendendo à orientação do Comitê, se houver, decidir qual a forma que será adotada (art. 142).

Uma vez *realizado o ativo* por meio da venda dos bens e da cobrança de créditos do falido, o montante apurado será entregue aos credores e o processo falimentar estará terminado (art. 149). Pagos todos os credores, o saldo, se houver, será entregue ao falido (art. 153). Entretanto, mesmo com o encerramento da falência, o *falido ainda está proibido* de exercer a atividade empresarial, devendo requerer sua **reabilitação**, em que serão extintas as responsabilidades civil e penal, como condição para o retorno do exercício regular do comércio.

De acordo com o **art. 158** da LF, as hipóteses em que o falido poderá requerer a **extinção** das suas obrigações são as seguintes:

a) pagamento de todos os créditos;
b) pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir-se essa percentagem;
c) decurso do prazo de cinco anos após o encerramento da falência, se o falido ou o representante legal da sociedade falida não incorreu em crime

falimentar;

d) decurso do prazo de 10 anos após o encerramento da falência, se houve condenação por crime falimentar.

5.2 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

5.2.1 Considerações preliminares

A Lei de Falências de 2005 inovou ao extinguir o antigo instituto da *concordata* criando, em substituição, a medida de *recuperação da empresa* em dificuldades.

O objetivo da recuperação é sempre o de *sanear* a empresa em situação de crise econômico-financeira, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (art. 47 da LF).

São duas as **espécies** de recuperação:

a) recuperação judicial (art. 47 e ss. da LF);

b) recuperação extrajudicial (art. 161 e ss. da LF).

5.2.2 A recuperação judicial

5.2.2.1 Condições gerais para requerer a recuperação judicial (art. 48, LF)

Poderá requerer a recuperação judicial o devedor que atender **cumulativamente** os seguintes requisitos:

a) no momento do pedido exerça há mais de dois anos suas atividades;
b) não for falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

c) não ter, há menos de cinco anos, obtido concessão de recuperação judicial;

d) não ter, há menos de oito anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial para microempresas e empresas de pequeno porte;

e) não ter sido condenado, ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por crime falimentar.

São legitimados para o pedido de recuperação judicial a **sociedade empresária** e o **empresário individual**. A lei permite, ainda, que a recuperação judicial seja requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente. Sempre lembrando que as mencionadas sociedades que não podem ter sua falência decretada não podem também ser favorecidas pela recuperação judicial.

Ressalte-se que *nem toda* empresa merece ser recuperada. Somente aquelas consideradas *viáveis*. Assim, deve haver um *exame da viabilidade* da empresa, realizado pelo Judiciário, para que seja concedida a recuperação.

Nesse **exame de viabilidade**, feito pelo Judiciário, devem ser considerados os seguintes fatores:

a) importância social da empresa;
b) mão de obra e tecnologia empregadas;
c) volume do ativo e do passivo;
d) tempo da empresa;
e) porte econômico.

Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos do devedor existentes *na data do pedido*, mesmo aqueles ainda não vencidos (art. 49). Aqueles créditos *não existentes* à época do pedido ou constituídos depois de o devedor ter ingressado em juízo com o pedido de recuperação judicial estão absolutamente excluídos dos efeitos deste.

Também *estão excluídos* dos efeitos da recuperação judicial o fiduciário, o

arrendador mercantil, o negociante de imóvel (como vendedor, compromitente comprador ou titular de reserva de domínio), se houver cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade no contrato (art. 49, § 3.°).

O **art. 50** da Lei de Falências estabelece os seguintes **meios** de recuperação judicial:

I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;
II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;
III – alteração do controle societário;
IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;
V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;
VI – aumento de capital social;
VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;
VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;
IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;

X – constituição de sociedade de credores;
XI – venda parcial dos bens;
XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;
XIII – usufruto da empresa;
XIV – administração compartilhada;
XV – emissão de valores mobiliários;
XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

5.2.2.2 Pedido e processamento da recuperação judicial

Estabelece a Lei de Falências que o processo de recuperação judicial se divide em **três fases**:

a) *fase postulatória*, na qual o empresário apresenta o seu requerimento de concessão do benefício, estendendo-se até o despacho que determina o processamento do pedido;
b) *fase deliberativa*, em que é discutido e aprovado um plano de recuperação;
c) *fase de execução*, em que efetivamente passa-se à aplicação do plano aprovado.

Ao apresentar seu pedido de recuperação, o devedor deve cumprir alguns

requisitos, como, por exemplo, tornar acessíveis aos credores certas demonstrações contábeis, além de ter um plano viável de recuperação. Assim sendo, deverá o empresário, ao apresentar seu pedido de recuperação, apresentar uma *extensa lista* de requisitos, previstos no **art. 51**, os quais não poderão, em hipótese alguma, ser dispensados pelo juiz. Tais documentos permitirão ao juiz e aos demais órgãos da administração da falência verificar a real situação patrimonial e financeira do devedor.

É importante salientar, conforme dispõe o **§ 2.° do art. 51** da LF, que as **microempresas** e **empresas de pequeno porte** poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da **Lei Complementar 123/2006** e que o seu plano de recuperação, denominado *plano especial*, abrangerá somente os *créditos quirografários*, com possibilidade de parcelamento em **até 36 parcelas mensais**, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente e acrescidas de **juros de 12% a.a**. (art. 71 da LF). Ao contrário do que ocorre em relação aos demais devedores, o pedido de recuperação judicial com base em *plano especial* não acarreta a suspensão do curso da prescrição nem das ações e execuções por créditos não abrangidos pelo plano.

Se considerar que estão em ordem os documentos apresentados, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial, nomeando-se imediatamente o **administrador judicial**. Também determinará a dispensa de apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades (exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios), ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais, sob pena de destituição de seus administradores, ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

Em seguida, determinará a apresentação em juízo do **plano de recuperação** pelo devedor no *prazo improrrogável* de **60 dias** contados da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de *convolação* em falência. Esse plano deverá conter (art. 53):

I – a discriminação detalhada dos meios de recuperação a serem empregados (conforme o art. 50 da LF);

II – a demonstração da viabilidade econômica; e

III – um laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor.

O plano de recuperação *não poderá* prever prazo *maior* do que **um ano** para o pagamento dos créditos derivados da legislação trabalhista ou de acidentes de trabalho, vencidos até a data do pedido de recuperação. *Não poderá*, ainda, prever prazo *superior* a **30 dias** para o pagamento dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores ao pedido, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador (art. 54 e parágrafo único).

Havendo objeção de qualquer credor ao plano apresentado, este poderá manifestá-la ao juiz no prazo de **30 dias** a contar da publicação da relação de credores (realizada na mesma forma da falência, conforme previsão do art. 7.°), ciência do art. 55. Se for manifestada objeção, o juiz convocará a assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação, a ser realizada em, no máximo, **150 dias** contados do deferimento do processamento da recuperação judicial.

Aprovado o plano pelos credores reunidos em assembleia, o juiz será informado, concedendo então a **recuperação judicial**. Se *nenhum plano for aprovado,* no entanto, a rejeição é informada ao juiz para que ele decrete a **falência** (art. 56, § 4.°). O *plano de recuperação judicial* tem como *consequência* a novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, inclusive aqueles que se manifestaram contra o plano em assembleia.

Proferida a decisão que **concede** a recuperação judicial (*título executivo judicial*), o devedor permanecerá nessa condição até que sejam cumpridas todas as obrigações previstas no plano que se vencerem **até dois anos** depois da concessão (art. 61). Durante esse período, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a *convolação* da recuperação em falência. **Após esse prazo**, se houver descumprimento, qualquer credor pode requerer a execução específica ou a falência (art. 62).

Contra a decisão que **concede** a recuperação caberá **agravo** (art. 59, § 2.°).

Se cumpridas as obrigações previstas, segundo o **art. 63**, o *juiz decretará o encerramento da recuperação judicial*, determinando o pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial, a apuração do saldo das custas judiciais a serem recolhidas, a apresentação de relatório circunstanciado do administrador judicial sobre a execução do plano de recuperação, a dissolução do Comitê de

credores, a exoneração do administrador judicial e, ainda, a comunicação ao Registro Público de Empresas para as devidas providências.

De acordo com o art. 69 da LF, em todos os atos, contratos e documentos firmados pelo devedor sujeito ao procedimento de recuperação judicial deverá ser acrescida, após o nome empresarial, a expressão "em Recuperação Judicial". O juiz determinará ao Registro Público de Empresas a anotação da recuperação judicial no registro correspondente.

5.2.2.3 Administração dos bens

Durante o processo de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial (salvo nas hipóteses do art. 64), sob a fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial. Não poderá, contudo, o devedor, alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial.

5.2.2.4 Da convolação da recuperação judicial em falência

Durante o processo de recuperação judicial, o juiz poderá decretar a **falência** diante das seguintes situações:

I – por deliberação da assembléia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei;
II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei;
III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4.° do art. 56 desta Lei;
IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1.° do art. 61 desta Lei.

Permite-se, ainda, a decretação da falência nas hipóteses de *impontualidade injustificada* e *execução frustrada* ou na de *prática de atos de falência* (previstos no art. 94, III, da LF).

Na **convolação** (mudança de estado jurídico) da *recuperação* em *falência*, os atos de administração, endividamento, oneração ou alienação praticados durante a recuperação judicial presumem-se válidos, desde que realizados na forma da lei (art. 74).

5.2.3 A recuperação extrajudicial (arts. 161 a 167, LF)

Até o advento da Lei 11.101/2005, o direito pátrio jamais incentivou a busca de soluções de mercado para a recuperação das empresas. Era inclusive considerado *ato de falência* a tentativa do devedor de reunir seus credores para a renegociação das dívidas.

A partir de 2005, altera-se, assim, visivelmente a situação, passando a ser previsto o procedimento da recuperação extrajudicial, que nada mais é do que a *convocação dos credores* pelo devedor para tentar encontrar uma saída negociada para a crise.

No entanto, para que possa propor essa solução aos credores, e se pretender oportunamente o devedor levar o eventual acordo a **homologação judicial**, é necessário que ele atenda a certos requisitos, quais sejam:

– ***requisitos subjetivos*** (são os que se referem à pessoa do devedor)	a) atender às mesmas condições exigidas para a recuperação judicial; b) não se encontrar nenhum pedido de recuperação judicial dele; c) não lhe ter sido concedida há menos de dois anos recuperação judicial ou extrajudicial.
	a) não pode ser previsto o pagamento antecipado de nenhuma dívida; b) todos os credores sujeitos ao plano devem receber; tratamento paritário, vedado o

– ***requisitos objetivos*** (dizem respeito ao conteúdo do plano de recuperação)	favorecimento de alguns, ou o desfavorecimento de apenas parte deles; c) não pode abranger senão os créditos constituídos até a data do pedido de homologação; d) só pode contemplar a alienação de bem gravado ou a supressão ou substituição de garantia real se com a medida concordar expressamente o credor garantido; e) não pode estabelecer o afastamento da variação cambial nos créditos em moeda estrangeira sem contar com a anuência expressa do respectivo credor.

Se desejar, o credor poderá requerer a **homologação judicial** do plano de *recuperação extrajudicial*, juntando a sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram. Fábio Ulhoa Coelho, no entanto, ressalta que é *irrelevante* o preenchimento ou não das *condições* legalmente referidas se não for *necessária*, porque todos os credores aderiram ao plano de recuperação, nem *conveniente*, já que há custos para arcar com as despesas processuais. Mas se o empresário ou sociedade empresária pretende requerer a **homologação** da recuperação extrajudicial, deverá preencher os requisitos anteriormente citados na tabela[9].

Importante observar ainda que o credor que aderiu ao plano de recuperação *não poderá* dele *desistir* após a distribuição do pedido de homologação, a menos que os demais signatários concordem.

Além disso, poderá ainda o credor requerer a homologação do plano, ainda que uma parcela dos credores resista a com ele concordar. Nesse caso não seria justo impedir a oportunidade de recuperação da empresa apenas em razão da recusa de adesão de uma pequena parcela dos credores.

De qualquer forma, para ser homologado o plano, é necessário que conte com a *concordância* de **pelo menos 3/5 de todos os créditos** de cada espécie por ele abrangidos (art. 83).

Recebido o pedido de homologação, o juiz ordenará a publicação de edital

convocando todos os credores para apresentação de suas *impugnações* ao plano de recuperação, no prazo de **30 dias.**

Apresentada a impugnação, o devedor será chamado a manifestar-se em **cinco dias**, sendo em seguida os autos conclusos ao juiz para homologar o plano ou indeferir a recuperação. Na hipótese de *indeferimento* da homologação, **não há** impedimento para que se *reapresente* o pedido, desde que sanado o vício que levou ao indeferimento.

Importante mencionar que não é proibida a busca de outras modalidades de acordo privado entre o devedor e seus credores (art. 167).

5.3 QUESTÕES

1. (VII Exame de Ordem Unificado – FGV) Dentre as alternativas abaixo, indique aquela que corresponde a um crédito que deve ser classificado como extraconcursal:

a) Multas por infração do Código de Postura Municipal.

b) Custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa tenha sido vencida.

c) Créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuaram a provê-lo normalmente após o pedido de recuperação judicial.

d) Os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento.

2. (OAB/Nacional 2010.I) Suponha que Maria tenha ajuizado ação de cobrança contra a pessoa jurídica Y, a qual, no curso da referida ação de conhecimento, teve sua falência decretada pelo juízo competente. Considerando essa situação hipotética, assinale a opção correta com base na legislação de regência.

a) A decretação da falência de Y não pode suspender o curso da ação proposta por Maria.

b) Caso a sede de Y esteja localizada fora do país, o juízo competente para a decretação da falência será o do local de sua filial no Brasil.

c) O juízo competente para processar a ação proposta por Maria, poderá determinar, de imediato, a reserva da importância que estimar devida na falência.

d) Se a habilitação do crédito de Maria ocorrer após a homologação do quadro geral de credores e for recebida como retardatária, Maria perderá o direito aos rateios eventualmente realizados, mas o valor de seu crédito será acrescido de juros e atualizado monetariamente até a data de sua integral satisfação.

3. (X Exame de Ordem Unificado – FGV) Com relação às atribuições do Comitê de Credores, quando constituído no âmbito da recuperação judicial, assinale a afirmativa correta.

a) Fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial.

b) Fornecer, com presteza, todas as informações exigidas pelos credores interessados.

c) Consolidar o quadro geral de credores e providenciar sua publicação.

d) Apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor.

4. **XI Exame de Ordem Unificado – FGV) Uma sociedade empresária atuante no mercado imobiliário, com sede e principal estabelecimento na cidade de Pedro Afonso, obteve concessão de sua recuperação judicial. Diante da necessidade de alienação de bens do ativo permanente, não relacionados previamente no plano de recuperação, foi convocada assembleia geral de credores. A proposta de alienação foi aprovada em razão do voto decisivo da credora Tuntum Imperatriz Representações Ltda., cujo sócio majoritário tem participação de 25% no capital da sociedade recuperanda. Com base nas disposições da Lei 11.101/2005 (Lei de Falências e Recuperação Judicial de Empresas), assinale a afirmativa correta.**

a) A decisão é nula de pleno direito, pois a pretensão de alienação de bens do ativo permanente, não relacionados no plano, enseja a convolação da recuperação judicial em falência.

b) A autorização para a alienação de bens do ativo permanente, não relacionados no plano de recuperação judicial, é uma prerrogativa exclusiva do administrador judicial.

c) O voto de Tuntum Imperatriz Representações Ltda. não poderia ter sido considerado para fins de verificação do quorum de instalação e de deliberação da assembleia geral.

d) A decisão assemblear é anulável, pois a sociedade Tuntum Imperatriz Representações Ltda. como credora, não poderia ter participado da assembleia geral.

5. **(OAB/Nacional 2007.I) O plano de recuperação judicial para microempresas e para empresas de pequeno porte**

a) prevê parcelamento das dívidas em até 72 parcelas mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 6% a.a.

b) abrange toda e qualquer sorte de crédito.

c) estabelece a necessidade de autorização do juiz, após ouvidos o administrador judicial e o comitê de credores, para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados.

d) prevê o pagamento da primeira parcela das dívidas no prazo máximo de 30 dias, contados da distribuição do pedido de recuperação judicial.

6. **(OAB/Nacional 2007.II) Com respeito à ação revocatória prevista na legislação falimentar, assinale a opção incorreta.**

a) Entre os legitimados ao ajuizamento da ação revocatória, encontra-se o Ministério Público.

b) Na sistemática da revocatória, consideram-se inexistentes os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, desde que se prove o conluio fraudulento entre o devedor (falido) e o terceiro que com ele contratar.

c) A ação revocatória correrá perante o juízo da falência e obedecerá ao rito ordinário previsto no Código de Processo Civil.

d) A ação revocatória pode ser promovida contra todos os que figuraram no ato ou que por efeito dele foram garantidos ou beneficiados.

7. **(IX Exame de Ordem Unificado – FGV) A respeito do processo de falência, assinale a afirmativa correta.**

a) As restituições em dinheiro determinadas por sentença judicial poderão ser realizadas antes

do pagamento de qualquer crédito.

b) Os créditos ao serem classificados, os créditos com garantia real terão preferência sobre os créditos tributários, independentemente do valor do bem dado em garantia.

c) Os créditos decorrentes das remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares serão pagos com preferência em relação aos credores concursais.

d) Os credores remanescentes da recuperação deverão habilitar seus créditos na falência, em qualquer hipótese, quando da convolação da recuperação judicial em falência.

8. (OAB/Nacional 2007.III) Os sócios da MN Serviços Ltda., pessoa jurídica que atua no ramo de prestação de serviços de limpeza e conservação, visando superar situação de crise econômico-financeira, deliberaram pela recuperação judicial da referida pessoa jurídica. Considerando a situação apresentada e as normas relativas à recuperação judicial das sociedades empresárias, assinale a opção correta.

a) Para que a MN Serviços Ltda. possa requerer a recuperação judicial, é necessário que ela, no momento do pedido, esteja exercendo regularmente suas atividades há mais de cinco anos.

b) Apenas os créditos vencidos do devedor, existentes na data do pedido, estarão sujeitos à recuperação judicial.

c) A petição inicial da MN Serviços Ltda. deve ser instruída com as demonstrações contábeis relativas aos cinco últimos exercícios sociais.

d) No ato em que for deferido o processamento da recuperação judicial da MN Serviços Ltda., deve ser nomeado administrador judicial, que pode ser pessoa física ou jurídica.

9. (OAB/Nacional 2008.I) Consoante a regulamentação processual da falência, prevista na Lei n.° 11.101/2005, compete necessariamente ao juízo falimentar

a) a ação em que o falido figurar como autor e que seja oferecida após a decretação da falência.

b) o pedido de restituição de bem alheio sob posse do devedor quando da decretação da falência.

c) a reclamação trabalhista oferecida contra o falido após a decretação da falência.

d) a execução fiscal em curso contra o devedor falido quando da decretação da falência.

10. (OAB/Nacional 2008.II) A Lei n.° 11.101/2005 prevê a possibilidade de o empresário renegociar seus débitos mediante os institutos da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial. Acerca das semelhanças e diferenças entre ambos os institutos, assinale a opção correta.

a) Diferentemente do previsto para a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial limita-se a procedimento negocial entre o devedor e os respectivos credores, excluída a participação do Poder Judiciário em qualquer uma de suas fases.

b) Ambos os procedimentos envolvem a negociação de todos os créditos oponíveis ao devedor, sendo a recuperação extrajudicial reservada apenas às microempresas e empresas de pequeno porte.

c) Ambos os procedimentos exigem que o devedor apresente plano de recuperação, o qual somente vinculará os envolvidos se devidamente aprovado em assembleia-geral de credores.

d) Diferentemente do previsto para a recuperação extrajudicial, o pedido de recuperação

judicial poderá acarretar a suspensão de ações e execuções contra o devedor antes que o plano de recuperação do empresário seja apresentado aos credores.

11. (OAB/Nacional 2010.III) A sociedade empresária denominada KLM Fábrica de Móveis Ltda. teve a sua falência decretada. No curso do processo, restou apurado que a sociedade, pouco antes do ajuizamento do requerimento que resultou na decretação de sua quebra, havia promovido a venda de seu estabelecimento, independentemente do pagamento de todos os credores ao tempo existentes, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, e sem que lhe restassem bens suficientes para solver o seu passivo. Diante desse quadro, é correto afirmar que a alienação é

a) Revogável por iniciativa do administrador judicial.

b) Ineficaz em relação à massa falida.

c) Nula de pleno direito.

d) Anulável por iniciativa do administrador judicial.

12. (OAB/Nacional 2011.I) A sociedade empresária XYZ Computação Gráfica S.A. teve sua falência decretada. Na correspondente sentença, foi autorizada a continuação provisória das atividades da falida com o administrador judicial, fato esse que perdurou por um período de 10 (dez) meses. Como são juridicamente qualificados os titulares dos créditos trabalhistas relativos a serviços prestados durante esse interregno posterior à decretação da falência?

a) Credores concursais.

b) Credores concorrentes prioritários.

c) Credores reivindicantes.

d) Credores extraconcursais.

13. (OAB/Nacional 2011.II) A respeito do Administrador Judicial, no âmbito da recuperação judicial, é correto afirmar que

a) somente pode ser destituído pelo Juízo da Falência na hipótese de, após intimado, não apresentar, no prazo de 5 (cinco) dias, suas contas ou os relatórios previstos na Lei 11.101/2005.

b) o Administrador Judicial, pessoa física, pode ser formado em Engenharia.

c) será escolhido pela Assembleia-Geral de Credores.

d) perceberá remuneração fixada pelo Comitê de Credores.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1] *Curso de direito falimentar*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004. p. 34.
[2] *Curso de direito falimentar*, cit., p. 57.
[3] *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 255.
[4] *Op. cit*., p. 258.
[5] *Curso de direito falimentar*, cit., p. 72.
[6] *Op. cit*., p. 270.
[7] Pontes de Miranda citado por Rubens Requião. *Curso de direito falimentar*, cit., p. 108.
[8] *Curso de direito falimentar*, cit., p. 276.
[9] *Op. cit*., p. 394.



CONTRATOS MERCANTIS

6.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

6.1.1 Dos contratos mercantis como fontes de obrigações

Os contratos são uma das fontes das obrigações, onde existe um vínculo entre as pessoas, em virtude do qual são exigíveis prestações e contraprestações. Pode-se situar o contrato no conjunto das obrigações em que a existência e a extensão do dever, que as partes têm de cumprir, são definidas em parte pela lei e pela vontade dos contratantes.

Cada vez mais eles representam o núcleo básico da atividade empresarial, abrangendo a indústria, o seguro, o crédito, o transporte e o próprio comércio em sentido estrito. São contratos **mercantis** porque firmados entre *empresários*, com característica de profissionalidade.

6.1.2 Força obrigatória do contrato

As partes, ao se vincularem em um contrato, assumem obrigações, podendo, assim, uma exigir da outra a prestação prometida. É o que pressupõe a chamada cláusula *pacta sunt servanda*, presente em todos os contratos e que significa, em suma, que a nenhuma das partes é possível liberar-se, por sua própria e exclusiva vontade, do que antes foi pactuado. Se o vínculo nasceu de um encontro de vontades, ele somente poderá ser desfeito por desejo de todas as pessoas envolvidas neste.

No entanto, essa cláusula *não tem* aplicação absoluta, considerando que se

encontra limitada, em alguns contratos (comutativos), por outra cláusula, chamada de *rebus sic stantibus*. Em conformidade com essa cláusula, se uma das partes contratantes tiver a sua situação econômica alterada em virtude de fatores imprevisíveis e independentes à sua vontade, e em função dessa alteração, o cumprimento do contrato torna-se demasiadamente oneroso a uma das partes, é possível a *revisão* das condições vigentes no momento em que o contrato foi celebrado. É o que estabelece o **art. 478** do CC (*resolução por onerosidade excessiva*).

O contrato, portanto, tem *força obrigatória*. Quem expressa a vontade de assumir uma obrigação perante outra pessoa fica responsável pelos termos de sua manifestação. Porém, há *duas hipóteses* em que essa força vinculativa se suspende. Em primeiro lugar, a própria convergência de vontade das partes pode sustar, pelo prazo e nas condições estabelecidas de comum acordo, o cumprimento do contrato; em segundo lugar, a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Uma outra cláusula a ser mencionada, e que está presente nos contratos bilaterais, é a *exceptio non adimpleti contractus*, traduzida como *exceção de contrato não cumprido*, pela qual uma parte não pode exigir o cumprimento do contrato pela outra, se estiver em mora em relação à sua própria prestação. Esta cláusula está instruída no **art. 476** do CC.

- *Pacta sunt servanda*;
- *Rebus sic standibus*;
- *Exceptio non adimpleti contractus*.

6.1.3 Desconstituição do vínculo contratual

Como o contrato é uma espécie de vínculo obrigacional, todas as causas extintivas das obrigações dão ensejo à sua desconstituição. A extinção normal do contrato se dá pelo cumprimento das obrigações nele contidas, ou seja, pelo adimplemento ou pela desistência consensual das partes.

No entanto, segundo lição de Waldo Fazzio Júnior, a desvinculação contratual pode ser operada *anormalmente* em hipóteses previstas no Código Civil, tais como a compensação (art. 368), a remissão (art. 386), a transação (arts. 840 e 841), a novação (art. 360), a dação em pagamento (art. 356), a consignação (art. 334), a sub-rogação (art. 346), entre outras[1].

O autor ainda observa que, “embora haja quem atribua à *prescrição* o mesmo caráter extintivo, cuida-se na verdade de mera perda do direito de ação pelo seu não exercício no prazo legal. A perda do direito material ocorre com a *decadência*”[2].

6.1.4 Contratos civis e mercantis

O Código Civil vigente trata dos seguintes contratos: da compra e venda; da troca; da doação; da locação de coisas; da empreitada; do empréstimo (comodato e mútuo); prestação de serviços, do depósito; do mandato; da comissão, da agência e distribuição; da corretagem, do transporte; da constituição de renda; do seguro; do jogo e da aposta; da fiança.

O Código Comercial, que teve a sua Primeira Parte (arts. 1.° a 456) revogada pelo Código Civil de 2002, vige apenas em relação ao comércio marítimo. Assim, a doutrina tratou o regime do CC/2002 em relação aos contratos como *regra geral*, com normas aplicáveis tanto nos contratos *civis* quanto nos *mercantis*, cabendo ao direito comercial somente o estudo das especificidades dos contratos *mercantis*[3].

6.2 DOS CONTRATOS EM ESPÉCIE

Nesta parte, serão tratados os contratos com maior visibilidade para fins de Exame de Ordem dentro da disciplina de Direito Comercial, incluindo os contratos atípicos: *leasing, franchising* e *factoring*.

6.2.1 Mandato mercantil (arts. 653 a 691, CC)

Segundo o **art. 653** do CC, “Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato”. O Código Civil não distingue se o mandato é *civil* ou *mercantil* no conceito legal, assim, apresentamos o conceito nas palavras de Marcelo M. Bertoldi: “O mandato mercantil é, portanto, contrato segundo o qual um empresário (mandante) outorga poderes a outrem (mandatário) para, em seu nome e mediante remuneração, administrar seus interesses, os quais estão ligados a sua atividade empresarial”[4].

Todas as pessoas **capazes** são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante. Mesmo quando outorgado mandato por instrumento *público*, pode substabelecer-se por instrumento *particular*. Pode ser **mandatário** o maior de 16 e menor de 18 anos não emancipado, observado o **art. 666** do CC.

Segundo o art. 656, o mandato poderá ser *expresso* ou *tácito*, *verbal* ou *escrito*, mas não se admitirá mandato *verbal* quando o ato deva ser celebrado por *escrito* (art. 657). O mandato presume-se *gratuito*, mas, no caso da atividade empresarial, será sempre **oneroso** pelo fato de esta se enquadrar no que o legislador chama de ofício ou profissão lucrativa (art. 658, parágrafo único). É *bilateral* porque gera obrigações para ambas as partes contratantes, e *intuitu personae*, pois estabelecido na confiança do *mandante* no *mandatário*.

O mandato abrange todos os atos de gerência, porém, o mandatário *não possui* poderes para alienar, hipotecar, transigir ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária; o que dependerá de procuração com *poderes especiais* e expressos (art. 661, § 1.°).

O mandante é responsável por todos os atos praticados pelo mandatário dentro dos limites do mandato. Porém, sempre que o mandatário contratar expressamente em nome do mandante, este será o único responsável. Mas ficará o mandatário pessoalmente responsável, se agir no seu próprio nome, ainda que o negócio seja de conta do mandante.

O mandato extingue-se (art. 682):

a) pela revogação ou pela renúncia;
b) pela morte ou interdição de uma das partes;
c) pela mudança de estado que inabilite o mandante a conferir os poderes ou o mandatário para os exercer;
d) pelo decurso do prazo determinado de duração ou conclusão do negócio específico mencionado no instrumento.

Em relação ao **mandato judicial**, ciência do art. 692 do CC, “o mandato judicial fica subordinado às normas que lhe dizem respeito, constantes da legislação processual, e, supletivamente, às estabelecidas neste Código”.

6.2.2 Da compra e venda mercantil

6.2.2.1 Características

O conceito do contrato de compra e venda está definido, objetivamente, no **art. 481** do CC: “um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”. São contratos de compra e venda mercantil aqueles relacionados com o exercício da atividade empresarial.

Distingue-se a compra e venda **mercantil** da compra e venda de natureza **civil**, segundo Marcelo M. Bertoldi, “pela qualidade dos agentes e destinação econômica do bem transacionado”, pois estaremos diante de uma operação *mercantil* se o comprador e vendedor são empresários e a mercadoria vendida se destinar à implementação da atividade empresarial de quem comprou[5].

O contrato de compra e venda mercantil é um contrato *bilateral* (envolve prestações recíprocas), *sinalagmático* (gera obrigações para ambas as partes), *consensual*, *oneroso* e *comutativo* (as partes conhecem a situação em que se obrigam).

6.2.2.2 Formação dos contratos de compra e venda mercantil

O contrato torna-se obrigatório a partir do momento em que o comprador e o vendedor se ajustam (consentem) sobre a **coisa**, o **preço** e as **condições**.

Tem-se entendido que a referência às condições é *dispensável*, pois, como se trata de um contrato *consensual*, é necessário apenas o encontro de vontades das partes sobre a coisa e o preço.

No tocante à *coisa*, ela pode se tratar de bem *imóvel*, *móvel* ou *semovente*, *corpóreo* ou *incorpóreo* (exceto os bens fora do comércio, os insuscetíveis de apropriação e os legalmente inalienáveis); quanto ao *preço*, esse tem que ser pago em dinheiro (moeda corrente), pois não se trata do **contrato de troca** ou **permuta** (art. 533).

Elementos essenciais:

- Consentimento;
- Coisa;
- Preço.

6.2.2.3 Obrigações do vendedor

As obrigações do devedor são **três**, segundo a doutrina:

a) a transferência do domínio ou entrega da coisa vendida (tradição) (art. 481);
b) a responsabilidade por vícios ou defeitos ocultos (art. 441); e
c) a responsabilidade pela evicção (art. 447).

6.2.2.4 Obrigações do comprador

As obrigações do comprador são **duas**:

a) pagar o preço (arts. 481 e 491); e
b) receber a coisa comprada.

Nesse sentido, uma vez pactuado o contrato, o comprador assume a responsabilidade de pagar o preço avençado, e o vendedor, a de entregar a coisa (tradição).

Caso o vendedor não entregue a coisa, o comprador poderá pleitear a execução específica (art. 461 e segs. do CPC) ou optar pela conversão da obrigação em perdas e danos. Se o descumprimento for por parte do comprador, ao vendedor também caberá as referidas medidas.

O vendedor responderá, também, pelos vícios redibitórios e pela evicção.

Em relação ao *transporte*, ao comprador caberá providenciar a retirada da mercadoria no estabelecimento do vendedor. Esse é o conteúdo da cláusula FOB (*free on board*), presente nos contratos de compra e venda mercantil (dentre muitas outras passíveis de serem estipuladas): pela qual caberá ao vendedor a entrega da mercadoria ao transportador, ficando a cargo do comprador o frete e o seguro.

Pode ocorrer em determinado contrato de compra e venda mercantil o parcelamento do preço, sendo que o comprador emite a favor do devedor notas promissórias *pro soluto*, ou seja, títulos autônomos cujo recebimento pelo vendedor implica a quitação da dívida, cabendo-lhe, em caso de inadimplemento, o direito de cobrá-las em processo próprio

6.2.3 Depósito mercantil

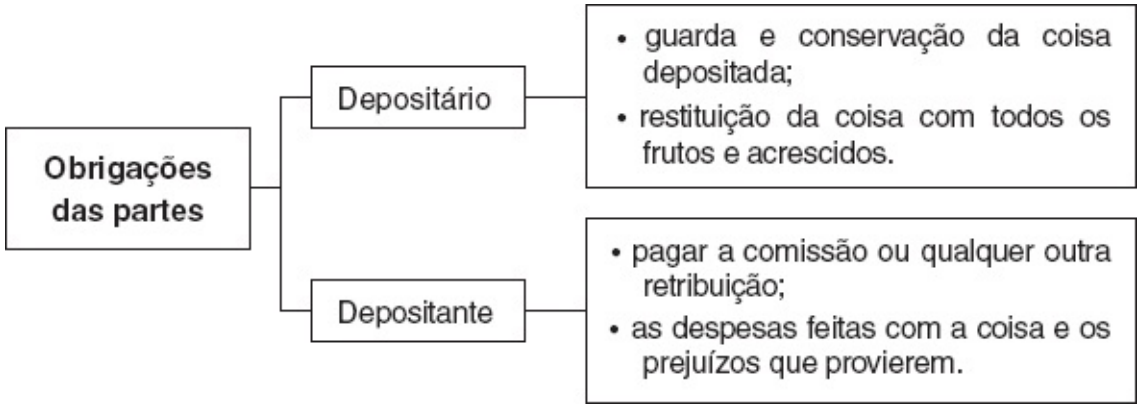
Por meio do depósito mercantil, uma pessoa (*depositante*) recebe de outra (*depositário*) um bem móvel para ser guardado e depois solicitado de volta. A partir do **art. 627** o CC/2002 trata do **depósito voluntário**. O art. 280 do Código Comercial de 1850, revogado pelo Código Civil de 2002, distinguia o depósito **mercantil** como aquele que era feito por "causa proveniente do comércio, em poder de comerciante ou por conta de comerciante".

Mas da mesma forma que foi observado em relação ao contrato de **mandato mercantil**, se o depósito for feito no exercício da profissão, ele será *mercantil*, conforme dispõe o **art. 628** do CC. O depósito mercantil efetiva-se com a tradição real ou simbólica da coisa depositada.

O depositário pode exigir, pela guarda da coisa depositada, uma *comissão* estipulada no contrato; caso esta não tenha sido ajustada, "será determinada pelos usos do lugar, e, na falta destes, por arbitramento" (parágrafo único do art. 628). **Duas são as espécies de depósito**:

a) *voluntário* – proveniente da vontade das partes (arts. 627 a 646); e
b) *necessário* – oriundo de disposição legal ou de alguma calamidade, como incêndio, inundação, naufrágio ou saque (arts. 647 a 652).

As obrigações das partes contratantes são as seguintes:



6.2.4 Contrato de representação comercial (Lei 4.886/1965)

Fábio Ulhoa Coelho conceitua a representação comercial como 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)"[6].

O **art. 1.°** da referida lei dispõe que o objeto do presente contrato é mediação para a realização de negócios mercantis, por parte do *representante*, agenciando propostas ou pedidos para transmiti-los aos *representados*, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

Nesse sentido, o **representante** obriga-se, mediante remuneração, a realizar negócios mercantis, agenciar negócios, em caráter não eventual, em favor de outra parte (o **representado**). Esse contrato também é conhecido pela denominação "**agência**". O representante é um profissional autônomo, empresário (pessoa física ou jurídica) que *comercializa* as mercadorias do representado. O *representante* deve estar registrado no órgão profissional correspondente, o Conselho Regional dos Representantes Comerciais (art. 2.°).

Os requisitos do contrato de representação comercial encontram-se estabelecidos no **art. 27** da lei que regula as atividades dos representantes comerciais, se observando que a *exclusividade* da representação não se presume, portanto deve ser expressa, e que é **vedada** a inclusão no contrato de **cláusulas *del credere***, ou seja, aquelas que impõem ao representante responsabilidade pela solvência daqueles com quem tratou.

São obrigações do **representado**:

a) pagar a retribuição devida ao representante; e
b) respeitar a cláusula de exclusividade de *zona* (área geográfica delimitada pelo contrato).

O *representado* poderá rescindir o contrato de representação comercial por **motivo justo** (art. 35), entre outras situações, quando o *representante* incorrer em desídia, atos que importem descrédito comercial, for condenado de forma definitiva por crime infamante ou, ainda, em casos de força maior, quando não caberá indenização alguma ao representante.

Fora estes casos, o **representante** terá direito pela rescisão do contrato de indenização, cujo montante *não poderá ser inferior* a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação (art. 27, *j*). Na hipótese de contrato a *prazo certo*, a indenização corresponderá à importância equivalente à *média mensal* da retribuição auferida até a data da rescisão, *multiplicada* pela metade dos meses resultantes do prazo contratual (art. 27, § 1.°).

Observa-se que se o **contrato com prazo determinado** tiver prorrogado o seu

prazo inicial, tácita ou expressamente, tornar-se-á **a prazo indeterminado**. E considera-se por **prazo indeterminado** todo contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato, independentemente se era com ou sem determinação de prazo.

Os *motivos justos* de rescisão por parte do **representante** encontram-se no **art. 36** e são esses: casos de força maior, a falta de pagamento de sua retribuição em época devida, a quebra da *exclusividade* se prevista no contrato, redução de sua esfera de atividade em desacordo com o contrato e a fixação abusiva de preços com o exclusivo escopo de impossibilitar-lhe ação regular.

Prescreve em **5 anos** a ação do representante comercial para pleitear a retribuição que lhe é devida e os demais direitos que lhe são garantidos (art. 44, parágrafo único).

6.2.5 Contrato de franquia ou *franchising* (Lei 8.955/1994)

6.2.5.1 Características

O conceito de contrato de franquia empresarial está estabelecido no **art. 2.°** da Lei 8.955/1994, como sendo o "sistema pelo qual um *franqueador* cede ao *franqueado* o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também o direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo *franqueador*, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício".

A franquia, um dos contratos aleatórios e que atualmente tem recebido atenção especial, é um contrato *sempre* escrito (assinado na presença de duas testemunhas) e que não precisa ser levado a registro perante cartório ou órgão público pelo qual um empresário denominado franqueador, ou *franchisor*, licencia o uso de sua marca a outro denominado franqueado, ou *franchisee*, e presta-lhe serviços de organização empresarial, com ou sem venda de produtos.

A franquia consiste, pois, na conjugação de dois contratos segundo Fábio Ulhoa Coelho: o de *licenciamento de uso de marca* e o de *organização empresarial*[7]. Waldo Fazzio Júnior ainda acrescenta o contrato de fornecimento de *know-how* (tecnologia industrial) e a licença para exploração de patente[8].

Os serviços de *organização empresarial* que o franqueador presta ao

franqueado são geralmente oriundos de 3 contratos autônomos: em primeiro lugar o contrato de *engineering*, pelo qual o franqueador define, projeta ou executa o *layout* do estabelecimento franqueado; em segundo lugar o *management*, relativo ao treinamento dos funcionários do franqueado e à estruturação da administração do negócio; e em terceiro e último lugar, o *marketing* pertinente às técnicas de colocação dos produtos ou serviços junto aos seus consumidores, o que envolve estudo de mercado, publicidade, vendas promocionais, lançamento de novos produtos ou serviços etc.

6.2.5.2 Encargos do franqueado

Esse tipo de contrato atribui aos seus franqueados os seguintes encargos:

a) pagamento de uma taxa de adesão e de um percentual do seu faturamento;
b) pagamento pelos serviços de organização empresarial fornecidos pelo franqueador;
c) obrigação de oferecer aos consumidores apenas os produtos ou serviços da marca do franqueador; e
d) observar, estritamente, as instruções e o preço de venda ao consumidor estabelecidos pelo franqueador.

6.2.5.3 Obrigações do franqueador

O **art. 3.°** da lei em comento apresenta uma série de informações obrigatórias que o franqueador deverá transmitir por meio de uma *circular de oferta de franquia* ao franqueado e que serve para:

a) permitir ao franqueado o uso de sua marca; e
b) prestar os serviços de organização empresarial.

Por fim, estabelece o **art. 211** da LPI (Lei 9.279/1997) que o "INPI fará o registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, *contratos de franquia* e similares para produzirem efeitos em relação a terceiros", ou seja, o contrato de **franquia** para produzir efeitos perante terceiros deverá ser *registrado* no INPI.

6.2.6 Contrato de *leasing* ou arrendamento mercantil

O contrato de *leasing* consiste numa "locação" de bens *móveis* duráveis ou *imóveis*, adquiridos pela empresa de *leasing* (arrendadora) para esse fim, sendo dado ao arrendatário, no término do contrato, o exercício da **tríplice opção** de:

a) prorrogar o aluguel; ou
b) devolver o bem; ou
c) comprá-lo pelo seu *valor residual*.

Vale observar que o bem, objeto do contrato de arrendamento mercantil, não passa a integrar o ativo fixo da pessoa que recebe em arrendamento esse bem, nem mesmo se destina ao consumo, ou seja, a propriedade do bem arrendado continua sendo da empresa arrendadora.

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, o **arrendamento mercantil** é a "locação caracterizada pela faculdade conferida ao locatário de, ao seu término, optar pela compra do bem locado"[9]. A **Lei 6.099/1974**, que dispôs sobre o tratamento tributário das operações de *leasing*, conceituou como sendo o "negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de *arrendadora*, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de *arrendatária*, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela *arrendadora*, segundo especificações da *arrendatária* e para uso próprio desta" (parágrafo único, art. 1.°). Em conformidade com o contrato de arrendamento mercantil, por exemplo, alguém ("A") deseja comprar um carro, mas lhe falta grande parte do dinheiro. A empresa de *leasing* compra esse carro em seu próprio nome e o aluga ao contratante A, por um período determinado, sendo que ao fim da locação o contratante A poderá escolher uma das três opções anteriormente expostas.

O *leasing* pressupõe três participantes: o *fornecedor do bem*, o *arrendante* ou *arrendador* (empresa de *leasing*, também chamada *leasing broker*, necessariamente, pessoa jurídica) e o arrendatário (pessoa física ou jurídica).

Sendo que tal operação desdobra-se em 5 etapas:

1.ª) a preparatória, que se inicia com o a proposta do arrendatário à empresa *leasing* ou vice-versa;
2.ª) a essencial, constituída pela efetiva celebração do acordo de vontade entre as partes;

3.ª) a complementar, em que a empresa de *leasing* compra o bem ou equipamento ajustado com o arrendatário;

4.ª) a outra também essencial, que é o arrendamento propriamente dito, na qual a empresa de *leasing* entrega ao arrendatário o bem ou equipamento;

5.ª) a tríplice opção dada ao arrendatário ao final do termo do contrato de arrendamento.

Os contratos de arrendamento mercantil deverão conter, conforme o art. 5.° da lei: a) prazo; b) valor de cada contraprestação por períodos determinados, não superiores a um semestre; c) opção de compra ou renovação de contrato; d) preço para opção de compra ou critério para sua fixação, quando for estipulada esta cláusula.

Três são as **modalidades** de *leasing*:

- ***Leasing* financeiro** ou tradicional é aquele comentado durante todo este capítulo;
- ***Leasing back***, ao contrário do anterior, o bem pertence ao *arrendatário*, mas que vende ao locador e em seguida o recebe a título de arrendamento (e não de propriedade);
- ***Leasing* operacional** é aquele que o próprio fornecedor do bem é o *arrendante* (não há a empresa de *leasing* ou instituição financeira), usualmente, utilizado na locação de máquinas fotocopiadoras.

Por fim, atente-se ainda à **Súmula 293** do STJ: "a cobrança antecipada do *valor residual* (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil".

6.2.7 Contrato de faturização ou *factoring*

6.2.7.1 Características

Enquanto o *leasing* e o *franchising* dizem respeito às técnicas de empresarialização, a **faturização**, ou *factoring*, liga-se, sobretudo, à necessidade de reposição do capital de giro nas pequenas e médias empresas. Este contrato ainda não foi regulamentado em nossa legislação, no entanto, a Lei 9.249/1995 (que trata do imposto de renda das pessoas jurídicas) acabou conceituando a **faturização** ou **fomento mercantil** como a "prestação cumulativa e contínua de

serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços" (art. 15, § 1.°, *d*).

Nas palavras de Marcelo M. Bertoldi, é o "contrato pelo qual um empresário (*faturizado*) cede a outro (*factor* ou *faturizador*) parte ou a totalidade de créditos oriundos de sua atividade empresarial (industrial, comercial ou de prestação de serviços), mediante o pagamento de determinada taxa ou comissão, sem que aquele tenha responsabilidade pela solvência dos terceiros devedores"[10].

O contrato de faturização tem a finalidade de poupar o empresário das preocupações empresariais decorrentes da outorga de prazos e facilidades para pagamento aos seus clientes, segundo lição de Fábio Ulhoa Coelho[11]. Por esse negócio, o banco ou a empresa de *factoring* (que não precisa ser *instituição financeira*), presta o serviço de administração dos créditos, garantindo, assim, o pagamento das faturas emitidas pelo empresário.

6.2.7.2 Espécies de faturização

As principais espécies de faturização são:

a) *conventional factoring* – ocorre quando a instituição financeira garante o pagamento das faturas, antecipando seu valor ao faturizado; e
b) *maturity factoring* – ocorre quando a instituição faturizadora paga o valor das faturas ao faturizado apenas no seu vencimento.

6.2.8 Contratos de seguro

6.2.8.1 Características

O seguro pode ser conceituado como o contrato no qual uma parte se obriga, mediante o recebimento de um prêmio, a pagar à outra parte, ou a terceiros beneficiários, determinado valor contido na *apólice de seguro*, caso ocorra um dano eventual e futuro chamado de *sinistro*.

Esse contrato tem como diferencial o intervencionismo estatal, manifestado por meio do Sistema Nacional de Seguros Privados, instituído e regulamentado pelo **Decreto-Lei 73/1966** (Lei dos Seguros).

De acordo com essas normas, ficou estabelecido que o pagamento dos prêmios será feito exclusivamente pela rede bancária.

Os contratos de seguro possuem uma outra particularidade denominada *resseguro*: que é o trespasse do risco de uma seguradora para outra ou outras, seja total ou parcialmente, quando uma seguradora não tenha condições financeiras de vir a arcar sozinha com o pagamento do valor do seguro. E chama-se *retrocessão* a cessão de um ressegurador a outro também ressegurador de parcela (ou totalidade) do risco assumido.

6.2.8.2 Natureza do contrato de seguro

O seguro é um contrato de **adesão, comutativo** e **consensual**. Segundo lição de Fábio Ulhoa Coelho, "trata-se de um 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"[12].

O **art. 757** do CC preceitua que, pelo **contrato de seguro**, o *segurador* (somente entidade legalmente autorizada para tal fim) se obriga, mediante o pagamento do *prêmio*, a garantir interesse legítimo do *segurado*, relativo à pessoa ou à coisa, contra riscos predeterminados.

A principal característica desse tipo de contrato é a *mutualidade*, uma vez que os segurados podem ser vistos como contribuintes para a constituição de um fundo destinado a cobrir, ainda que, parcialmente, os prejuízos que alguns deles provavelmente irão ter. Pela atividade securitária, esses prejuízos previsíveis não são suportáveis individualmente, apenas pelo titular do interesse, mas sim distribuídos entre os diversos segurados.

6.2.8.3 Obrigações das partes

Uma vez celebrado o contrato de seguro, a **seguradora** assume a obrigação de pagar ao segurado a importância determinada (art. 757 do CC), se ocorrer o fato, cujas consequências danosas foram tentadas a atenuar ou eliminar. É a única obrigação acarretada à seguradora em razão do contrato.

Já o **segurado** tem a obrigação de pagar o prêmio (art. 763 do CC), prestar informações verídicas (arts. 765 e 766 do CC), abster-se de aumentar o risco em torno do interesse segurado (art. 768 do CC) e comunicar à seguradora tanto a verificação de incidente que aumente o risco como a do próprio sinistro (art. 769

do CC).

Além disso, o contrato deve fixar a data para o pagamento do prêmio, pois, em caso de omissão, será considerada a data do recebimento da apólice.

6.2.8.4 Espécies de contrato de seguro

Duas são as espécies de contrato de seguro: o de **ramos elementares** e o de **vida**.

6.2.8.4.1 Seguro de ramos elementares ou de dano

Observa Fábio Ulhoa Coelho que "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"[13]. Ele engloba todos os tipos de seguro, *menos os de vida*. O exemplo mais comum desse tipo de seguro é o de cobertura de danos pessoais causados por veículos automotores.

O seguro de ramos elementares tem como característica fundamental seu **caráter indenizatório**, visto que a seguradora paga ao segurado uma indenização, quando da ocorrência do sinistro. O seguro não deve representar meio de enriquecimento do segurado, mas tão somente a reparação de perdas eventuais.

Em virtude desse fato, não é lícito, perante nossa legislação, ao segurado contratar pelo seu valor integral mais de um seguro de ramo elementar referente ao mesmo interesse. É a chamada prática irregular de *sobresseguro*. Tampouco é lícito segurar um bem em importância superior ao seu valor, conforme o art. 778 do CC.

No entanto, é lícito diversas seguradoras garantirem sobre o mesmo interesse ou objeto uma *parcela do risco* na ocorrência do sinistro a fim de ratear o pagamento da indenização, desde que não ultrapasse o valor total do bem segurado. Chama-se de *cosseguro*.

6.2.8.4.2 Seguro de vida

No seguro de *vida*, diferentemente do seguro de *ramos elementares*, o pagamento do valor devido ao segurado não tem caráter indenizatório, visto que a vida não pode ser tida como um objeto passível de avaliação. Trata-se, pois, do

adimplemento de uma obrigação pecuniária decorrente de contrato e denominada de **capital**.

Nesse caso, então, **não é** proibido o sobresseguro, ou seja, é lícito ao segurado contratar tantos seguros de vida quantos lhe interessarem (art. 789 do CC). Com o evento morte, será devido ao segurado o pagamento de todos os seguros realizados.

Ao contratar um seguro de vida, o estipulador, que não é necessariamente o segurado, nomeia o beneficiário da prestação contratada com a seguradora. Se este não for estipulado expressamente, a lei entende que serão beneficiários os sucessores legais do segurado.

Contudo, não podem ser beneficiários do seguro os que se encontram proibidos de receber doação.

Não incide no seguro recebido pelo beneficiário o imposto *causa mortis*, visto que o próprio beneficiário é o titular do direito de crédito e sua morte não tem natureza de sucessão (art. 794 do CC).

De acordo com a **Súmula 61** do STJ, o suicídio *não premeditado* não é excludente do recebimento do valor do seguro e o *segurador* não pode eximir-se ao pagamento do seguro – ainda que da apólice conste a restrição – se a morte ou a incapacidade do *segurado* provier da utilização de meio de transporte mais arriscado, da prestação de serviço militar, da prática de esporte ou de atos de humanidade em auxílio de outrem (art. 799 do CC).

6.2.9 Comissão mercantil (arts. 693 a 709, CC/2002)

Comissão mercantil é o contrato que tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo **comissário**, em seu próprio nome, à conta do **comitente** (art. 693). Marcelo M. Bertoldi conceitua o contrato de comissão como aquele "pelo qual um dos contratantes (o comissário) adquire ou vende bens em nome próprio, mas em proveito de terceiro (o comitente). Por essa operação deverá o comitente remunerar o comissário, o que se dá, normalmente, mediante a aplicação de um percentual sobre o valor do negócio – a esse pagamento dá-se o nome, igualmente, de *comissão*"[14].

O **comissário** fica diretamente obrigado para com as pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas, salvo se o comissário ceder seus direitos a qualquer das partes (art. 694).

Em relação à sua atuação, o comissário é obrigado a agir com cuidado e

diligência, não só para evitar qualquer prejuízo ao comitente, mas ainda para lhe proporcionar o lucro que razoavelmente se podia esperar do negócio (art. 696). Caso a sua conduta (omissiva ou comissiva) acarrete prejuízo ao comitente, o comissário será responsabilizado (salvo motivo de força maior). O comissário não responde, porém, pela insolvência das pessoas com quem tratar, exceto em caso de culpa e na previsão da cláusula *del credere* em seu contrato, caso em que a responsabilidade será solidária (arts. 697 e 698).

Perante terceiros, o **comissário** atua sempre em seu próprio nome, assumindo a responsabilidade pessoal pelos atos praticados. No entanto, pelo fato de as negociações atenderem ao interesse do **comitente**, os riscos inerentes aos negócios realizados correrão, em regra, por conta deste, devendo, por isso, suportar, por exemplo, uma eventual inadimplência dos terceiros que contrataram com o comissário. Excepcionalmente, o comitente e o comissário poderão estipular a já mencionada cláusula *del credere*, solidarizando entre si os riscos do negócio. Dessa forma, temos:

Riscos da transação	Regra	Serão suportado pelo comitente, inclusive os riscos da evicção e vícios redibitórios.
	Exceção	Por meio da cláusula *del credere*, os riscos do negócio são repartidos entre o comitente e o comissário (responsabilidade solidária).

Repartindo os riscos do negócio, o comissário terá direito a uma remuneração (chamada de *comissão*) mais elevada, para compensar o ônus assumido.

Na hipótese em que o comissário for despedido por *justa causa*, terá direito a ser remunerado pelos serviços úteis prestados ao comitente, ressalvado a este o direito de exigir daquele os prejuízos sofridos. Sendo despedido *sem justa causa*, terá direito a ser remunerado pelos trabalhos prestados, bem como a ser ressarcido pelas perdas e danos resultantes de sua dispensa.

O crédito do comissário relativo a comissões e despesas feitas goza de privilégio geral, no caso de falência ou insolvência do comitente. Em relação ao reembolso dessas despesas, bem como para o recebimento das comissões devidas, tem o comissário direito de retenção sobre os bens e valores em seu

poder em virtude da comissão.

Por fim, atente-se que o contrato de **comissão** é muito parecido com o de **mandato**, sendo que a diferença principal recai na imputação da responsabilidade perante terceiros do *comissário* e o *mandatário* não responde (se agir nos limites dos poderes outorgados).

6.2.10 *Hedging* ou *hedge*

Consideram-se de cobertura (*hedge*) as operações destinadas, exclusivamente, à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preço ou de taxas, quando o objeto do contrato negociado estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica ou destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica. Esse é o conceito legal dado pela Lei 8.981/1995 (art. 77, § 1.°, *b*). Nas palavras de Maria Helena Diniz, o "*hedging* consiste numa modalidade de operação aleatória de bolsa, tendo por escopo a comercialização de mercadorias a termo nas bolsas de mercadorias (*commodities future market*), com liquidação pela diferença"[15].

Waldirio Bulgarelli[16] conceitua como "operação que economicamente consiste numa cobertura contra os riscos das variações e oscilações dos preços", uma proteção ou barreira, traduzindo literalmente *hedging*. E conclui como "uma operação do tipo a termo – *futures* – realizada pelo preço do momento, para entrega em data posterior fixada, podendo ser liquidada pela diferença da cotação do registro do contrato e a do dia da liquidação (dia anterior)".

Esse contrato socorre a muitos empresários que temem riscos derivados de variações nos preços de *commodities*, taxas de juros e moedas estrangeiras, principalmente destas últimas. O *hedge* não busca, como objetivo principal, ganhar com a relação contratual, mas de não perder nas flutuações cambiais, por exemplo, para quem está obrigado a pagar em moeda estrangeira, seja compras no exterior, seja empréstimos solicitados.

6.3 QUESTÕES

1. (OAB/Nacional 2011.I) É uma cláusula acessória ao contrato de comissão, no qual o comissário assume o gravame de responder solidariamente pela insolvência das pessoas com quem contratar em nome do comitente. Essa cláusula é denominada

a) *del credere*.

b) pacto comissório.

c) venda com reserva de domínio.

d) *hedge*.

2. (OAB/Nacional 2011.I) Contrato oneroso, em que alguém assume, em caráter profissional e sem vínculo de dependência, a obrigação de promover, em nome de outrem, mediante retribuição, a efetivação de certos negócios, em determinado território ou zona de mercado. A definição acima corresponde a que tipo de contrato empresarial?

a) Agência.

b) Mandato.

c) Comissão mercantil.

d) Corretagem.

3. (OAB/Nacional 2010.III) "É a operação que consiste na tomada de uma posição no mercado futuro aproximadamente igual – mas em sentido contrário – àquela que se detém ou que se pretende vir a tomar no mercado à vista. É uma forma de o investidor se proteger contra os feitos da oscilação de preço." O conceito acima, extraído do Vocabulário do Mercado de Capitais, expedido pela Comissão Nacional de Bolsas de Valores em 1990, corresponde a que tipo de contrato relacionado à compra e venda empresarial?

a) *Hedging* ou *hedge*.

b) Contrato estimatório.

c) Venda com reserva de domínio.

d) Preempção.

4. (IX Exame de Ordem Unificado – FGV) Primavera do Leste Arrendamento Mercantil S.A. ajuizou ação de reintegração de posse de bem arrendado à sociedade empresária Vila Bela Distribuidora de Jornais e Revistas Ltda., em face do não pagamento das prestações nos vencimentos. O contrato de arrendamento mercantil prevê resolução de pleno direito em caso de qualquer inadimplemento da arrendatária. O juiz extinguiu o processo sem resolução de mérito porque

a) no contrato de arrendamento mercantil, ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora.

b) nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre a arrendadora e as sociedades empresárias é vedada a aposição de cláusula resolutiva expressa.

c) a ação cabível para a retomada do bem em poder do arrendatário pela arrendadora é a ação de depósito, com pedido de liminar de reintegração de posse.

d) como no contrato de arrendamento mercantil há opção de compra pela arrendatária, a propriedade da arrendadora é resolúvel, sendo incabível ação possessória.

GABARITO: As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

[1] FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 507.
[2] *Op. cit*., p. 508.
[3] BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 672.
[4] *Op. cit*., p. 727.
[5] *Op. cit*., p. 688.
[6] *Manual de direito comercial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 435.
[7] *Op. cit*., p. 440.
[8] *Op. cit*., p. 566.
[9] *Op. cit*., p. 466.
[10] *Op. cit*., p. 755.
[11] *Op. cit*., p. 464.
[12] *Op. cit*., p. 486.
[13] *Op. cit*., p. 491.
[14] *Op. cit*., p. 720.
[15] *Lições de Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 274.
[16] *Contratos Mercantis*. 11. ed. São Paulo: Atlas, p. 269 e 271.

GABARITO

1. Teoria geral do direito empresarial

1 – D	2 – D
3 – D	4 – A
5 – D	6 – D
7 – B	8 – D
9 – A	10 – A

2. Propriedade industrial

1 – C	2 – D
3 – C	4 – D
5 – A	

3. Direito societário

1 – C	2 – A
3 – A	4 – A
5 – D	6 – A
7 – B	8 – A
9 – A	10 – C
11 – A	12 – B
13 – A	14 – C
15 – B	16 – C
17 – B	18 – B
19 – B	20 – B
21 – A	22 – D
23 – C	24 – A
25 – C	26 – B
27 – B	28 – B

29 – D	30 – C
31 – C	32 – B
33 – A	34 – D

4. Títulos de crédito

1 – C	2 – D
3 – D	4 – B
5 – D	6 – C
7 – A	8 – D
9 – D	10 – D
11 – A	12 – D
13 – C	14 – D

5. Direito falimentar

1 – B	2 – B

3 – A	4 – C
5 – C	6 – B
7 – C	8 – D
9 – B	10 – D
11 – B	12 – D
13 – B	

6. Contratos mercantis

1 – A	2 – A
3 – A	4 – A