
TEORIA GERAL DA EMPRESA

AUTOR: MARCIO GUIMARÃES
COLABORAÇÃO: MÁRCIA BARROSO

Sumário

Teoria Geral da Empresa

AULA 1: O EMPRESÁRIO E O CENÁRIO ECONÔMICO.	3
AULA 2: FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.	6
AULA 3: A ORIGEM E A EVOLUÇÃO DO ATO DE COMÉRCIO.	12
AULA 4: TEORIA DA EMPRESA — ORIGEM ITALIANA E EVOLUÇÃO HISTÓRICA.	18
AULAS 5 A 8: TEORIA DA EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO.	22
AULAS 6, 7 E 8: TEORIA DA EMPRESA: ATO DE EMPRESA E ATO SIMPLES.	32
AULA 9: EMPRESÁRIO INDIVIDUAL.	42
AULA 10: EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI)	47
AULA 11: ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL.	50
AULAS 12 E 13: ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL — CONTRATO DE TRESPASSE.	57
AULA 14: DIREITO SOCIETÁRIO.	70
AULA 15: PLURALIDADE DE SÓCIOS. SOCIEDADE UNIPESSOAL.	82
AULAS 16 E 17: SÓCIOS.	92
AULA 16: NOME EMPRESARIAL.	102
AULA 17: CONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.	113
AULA 18: DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.	119
AULA 19: DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.	128
AULAS 19 E 20: CAPITAL SOCIAL.	136
AULA 21: EXCLUSÃO DE SÓCIO.	142
AULA 22: DIREITO DE RETIRADA. APURAÇÃO DE HAVERES. BALANÇO DE DETERMINAÇÃO.	147



AULA 1: O EMPRESÁRIO E O CENÁRIO ECONÔMICO.

Nesta aula discutiremos a leitura do(s) seguinte(s) capítulo(s):

- Páginas 03 a 18 de O Controle Difuso das Sociedades Anônimas pelo Ministério Público. Márcio Souza Guimarães. Lúmen Júris: Rio de Janeiro/2005.
- Capítulo I do Manual de Direito Comercial e de Empresa. Ricardo Negrão. Saraiva: São Paulo/2005.
- Capítulo I de O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. Sérgio Campinho. Renovar: São Paulo/2005.

Ementário de Temas:

- A influência do empresário e da sociedade empresária no cenário econômico nacional como responsável pela geração de empregos, arrecadação de tributos e fomento de riquezas (“*O comércio civiliza as nações, enriquece os povos e constitui poderosas as monarquias, que se arruínam com a sua decadência e abatimento de cultura; mas é preciso que nele se pratique com mútua fidelidade. A alma do comércio consiste na liberdade*” — Alvará do Rei de Portugal, de 17 de agosto de 1758).
- Direito dos Comerciantes.
- Conceito Jurídico e Econômico.
- A ideia dos interesses transindividuais inerentes ao direito societário.
- Casos “Angra dos Reis/RJ” e “Porto Real/RJ”.

Roteiro:

Importante esclarecer o conceito de “interesses transindividuais”, para tanto nos reportemos à Lei 8.078/90 que trata da proteção das relações de consumo e em seu artigo 81, p.único, inciso I, dispõe que são interesses ou direitos difusos “(...) assim entendidos, para os efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Apresentamos como exemplo pessoa que realiza uma reclamação na Promotoria de Tutela dos Interesses Coletivos indicando a existência de uma infração difusa e, dias após, retorna ao órgão desejando “retirar a queixa”, pois teria resolvido o seu problema individual. Uma vez presente na matéria o requisito da transindividualidade, o Promotor deverá dar continuidade a



eventual inquérito civil instaurado, considerando que a resolução individual de um caso não evitará que outros danos decorrentes da mesma conduta continuem acontecendo.

Assim, interesses transindividuais ou de massa são aqueles que extrapolam o âmbito individual, ou seja, são direitos de todos os lesados por alguma ocorrência, mas, no âmbito individual, de ninguém em específico.

Caso:

Angra dos Reis/RJ: Com o declínio da pesca, com a demissão de milhares de trabalhadores do Estaleiro Verolme (3.500 trabalhadores) e do Porto (600 trabalhadores), com o término das obras da Usina Angra II (4.000 trabalhadores), a Prefeitura estimou, no final ano de 1999, que “*se multiplicarmos o número de desempregados pela média familiar, chegaremos a alarmante conclusão de que quase 40% de população do Município perdeu parte ou toda a renda familiar*” (Extraído do documento “Centro de Formação Profissional da Baía de Ilha Grande” — Carta consulta elaborada pela Prefeitura Municipal de Angra dos Reis e enviada ao Ministério da Educação, 1999:-5).

Em 1982, o Estaleiro Verolme chegou a ter 7291 funcionários, o que representava 21,78% do total de trabalhadores da indústria naval no Brasil. Absorvendo 12% da força de trabalho angrense, a Verolme era a maior fonte de geração de empregos no município além de contribuir para o surgimento de comércio e outras atividades ao seu redor.

Como consequência à retração das atividades do Estaleiro Verolme na década de 90, a população de rua aumentou, favelas surgiram e o número daqueles que, através da economia popular, vêm tentando produzir — por conta própria — os seus meios de sobrevivência cresceu. Em Angra dos Reis vale qualquer coisa para não morrer de fome.

Porto Real/RJ: O grupo PSA Peugeot-Citroën inaugurou a unidade de Porto Real no ano 2000 com 400 empregados. Em 2004, já empregava dois mil funcionários. A instalação da fábrica impulsionou a economia do Médio Paraíba, atraindo fornecedores e consolidando o Pólo Metal-Mecânico na região. Porto Real foi o município que registrou o maior crescimento do PIB no período 1996-2000 — 234,7%, contra 92,8% do segundo colocado, a vizinha Resende¹.

Nota do Aluno:

Aproveite este momento para rever suas expectativas e tirar todas as suas dúvidas iniciais sobre a disciplina Teoria Geral da Empresa.

¹ <http://www.glb.com.br/clipweb/manchetes/noticias.asp?934355> (acesso em out/2005)

*Atividades e Questões Propostas:*

- que acontece quando você não paga suas contas pessoais?
- que acontece quando um empresário deixa de pagar suas contas?

Nota do Professor:

Demonstrar a influência do empresário e da sociedade empresária no cenário econômico nacional. Os empregos, a arrecadação de tributos e o fomento de riquezas dependem do empresário (trabalhar a partir desse “tríplice interesse”).

Expor a ideia dos interesses transindividuais inerentes ao direito societário.

Tomando como base o exposto no “Caso Angra dos Reis/RJ”, deve ser explorada com os alunos a importância de empresas como a PEUGEOT-CITROËN, VOTORANTIM e TRAMONTINA para o cenário econômico-social dos municípios de Porto Real/RJ, Votorantim/SP e Carlos Barbosa/RS, respectivamente.

*Apêndice:***TABELA I**

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (DEIGE — DICOL)				
Número de Tribunais de Júri realizados				
Município	Ano			
	1998	1999	2004	2005 (até agosto)
Angra dos Reis — RJ	9	39	23	1
Porto Real — RJ	—	—	0	1
Capital	NI	NI	324	83

Fonte: EMF— ES-CA.

² Pronunciamento do Prof. Newton De Lucca na Ouvidoria Parlamentar da Câmara dos Deputados em 04 de junho de 2002. Disponível em: www2.camara.gov.br/conheca/ouvidoria/seminarios/1partecodigocivil.html (acesso em 21/10/2005).



AULA 2: FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.

“Ora, se há na Lei de Sociedade por Ações um artigo expresso que consagra essa finalidade social, esse dever social que o acionista controlador tem de orientar a companhia, não apenas em razão dos seus próprios interesses, mas em razão dessa miríade de interesses, que envolve empregados, os que contratam com a sociedade, os credores e até o segmento econômico, o segmento da economia nacional, dentro do qual se insere a atividade daquela empresa, então, acho que seria de bom alvitre, eminente Deputado, que incluíssemos uma norma sobre a função social da empresa no Livro II...”²

Não se pode mais negar a importância da empresa no cenário econômico mundial. A visão de que apenas o interesse e a vontade do empresário são relevantes jurídica e economicamente sendo ele o verdadeiro produtor de bens ou de serviços e seus empregados meros instrumentos deste, está deveras ultrapassada.

Princípios fundamentais e da ordem econômica, inscritos no texto constitucional, defendem a efetividade da função social da empresa quando dispõem sobre a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III e art. 170 caput), *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (art. 1º, IV), *valorização do trabalho humano e livre iniciativa* (art. 170, caput), *propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego* (todos incisos do art. 170), e, em especial o art. 173 caput quanto à vedação da exploração direta da atividade econômica pelo Estado.

Nesta aula discutiremos a leitura do(s) seguinte(s) capítulo(s):

- Páginas 93 a 95 de Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito de Empresa (arts. 996 a 1.087), vol. IX. Newton Lucca, Rogério Monteiro, J.A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Forense: Rio de Janeiro/2005.
- Páginas 135 a 140 de Direito Societário. José Edwaldo Tavares Borba. 9ª edição. Renovar: Rio de Janeiro 2004.
- Item 1 e subitens do texto: O Estado Empresário e a Nova Ordem Constitucional — Márcio Souza Guimarães (Apêndice: Texto III).
- CAVALLI, Cássio. Apontamentos sobre a função social da empresa e o moderno Direito Privado. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo: Catavento, v. 44, n. 138, p. 207-212, abr./jun

³ Christian Stoffaes in “A crise da economia mundial”/1990.

*Leitura Complementar:*

- A Teoria Jurídica da Empresa — Waldírio Bulgarelli. Revista dos Tribunais: São Paulo/1985 (trecho selecionado pelo professor: “A empresa na realidade jurídica brasileira” — pg.267 a 297).
- Páginas 214 a 224 de A Ordem Econômica na Constituição de 1988. Eros Roberto Grau. 9ª edição. Malheiros. São Paulo/2004.

Ementário de Temas:

- Desenvolvimento e Crescimento Econômico: avanço tecnológico (J.Schumpeter).
- Casos I — “Delta Airlines” e II — “Parmalat”
- Função Social da Empresa nos Cenários Econômico e Empresarial.
- Evolução legislativa.
- Enunciados de Súmulas da I Jornada de Direito Civil/2001 — Conselho da Justiça Federal.
- Caso III — CVM Nº 03/96 de 2004.

Roteiro:

Para o economista austríaco Joseph Schumpeter (1883-1950), o impulso fundamental que inicia e mantém o funcionamento da máquina capitalista decorre das inovações. Ele relaciona os períodos de prosperidade ao fato de que o empresário inovador, ao criar novos produtos, é imitado por um verdadeiro “enxame” de outros empresários não inovadores que investem recursos para produzir e imitar os bens criados pelo empresário inovador. Como consequência, uma onda de investimentos de capital ativa a economia, gerando crescimento econômico com o aumento do nível de emprego e prosperidade.

Schumpeter enfatiza que esse crescimento é fundamentalmente um processo de “*destruição criativa*” pois, para aqueles cujas habilidades já não são mais demandadas, o progresso tecnológico pode, de fato, ser mais uma maldição do que uma benção.

Assim temos que, inovações representadas por novos bens de consumo, novos métodos de produção e novas formas de organização empresarial representavam a evolução da sociedade capitalista. Para Schumpeter, sobrevivem os mais aptos e, a falência, é uma forma de sanção aos que não souberam ser “criativos ou inovativos”.³

O mundo atual dos negócios entrou definitivamente na “era Schumpeter”. Grandes empresas são líderes de dia e à noite já estão em segundo ou terceiro lugar, ou, simplesmente, desaparecem do mercado. Para sobreviver



à concorrência acirrada imposta pelas mudanças do capitalismo moderno, investem no potencial criativo.

Caso I.

Um dos maiores pesadelos do momento é o enfrentado nos EUA pela DELTA AIRLINES. A 3ª maior companhia aérea dos EUA, em 14/09/2005, ingressou no regime de proteção previsto no *Chapter 11* da Lei de Falências norte-americana, alegando, além da concorrência, a alta de preços dos combustíveis, problema agravado com as conseqüências do furacão Katrina-setembro/2005 (Apêndice — Texto I).

Caso II.

No Brasil, casos como o da PARMALAT, considerado o maior escândalo contábil na história da Europa, lesou mais de 75 mil investidores e gerou conseqüências funestas sobre a filial brasileira.

O problema da Parmalat está diretamente ligado à fraude na Itália revelada no balanço do grupo no final de 2003. O rombo de 14 bilhões de euros, resultou na instalação de um processo de intervenção do governo italiano naquela matriz, com a prisão do controlador e outros diretores acusados de manipulação de dados — “maquiagem de balanço”.

Na década de 90, a Parmalat chegou a ter 30 companhias sob seu domínio. Nesta época a empresa pagava o que fosse para entrar em outros mercados como o de biscoitos, de sucos, de enlatados etc. Entre 2000 e 2003, com a recessão do mercado mundial e o escândalo financeiro na matriz italiana, o caos se instalou no Brasil pois a filial brasileira sempre foi muito dependente do dinheiro da matriz.

Anteriormente à crise, a Parmalat consumia 5% da produção de leite brasileiro. Cerca de 1 bilhão e 200 mil litros por ano. Em Itaperuna/RJ, 70% da produção de leite era vendida para a Parmalat que chegou a dever para 11 cooperativas da região, cerca de R\$ 6 milhões. Pequenos produtores, que sempre foram maioria na região, ficaram assustados.

Apesar da crise mundial da empresa, as cooperativas em Itaperuna/RJ continuaram operando e movimentando a economia de 85 mil famílias do noroeste fluminense graças à intervenção do Governo do Estado do Rio de Janeiro.

— Ficamos com muito medo por aqui. O pagamento atrasou e minha família vive só do leite. Agora estamos mais tranquilos, mas aprendemos com isso tudo — disse, à época, o produtor Alan Neves, que vive no distrito de Retiro do Muriaé, para um repórter do jornal local.

⁴ Fonte: Secretaria de Comunicação do Governo do Estado do Rio de Janeiro em 25/05/2005.

A Secretaria de Comunicação do Governo do Estado do Rio de Janeiro informou que em fevereiro de 2004, o governo implantou um modelo de administração colegiada atribuindo sua direção a cinco membros, indicados pelo governo, produtores e empregados. Além disso, assegurou aos produtores do estado uma política de preços evitando que eles quebrassem.⁴ (Apêndice — Texto II)

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA.

- O art. 244 da Lei n.º 556/1850 — Código Comercial, já cuidava para que “comerciante empresário de fábrica” e seus administradores, diretores e mestres, não aliciassem empregados, artífices ou operários de outras fábricas, com clara preocupação sobre a atuação de cada um no mercado, denotando o respeito á função social da empresa.
- O art. 5º do Decreto-Lei n.º 4.657/42 — Lei de Introdução ao Código Civil, dispõe, como Princípio de Justiça, que o juiz atenderá aos fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum.
- Por via da legislação da Sociedade Anônima, ampliou-se a responsabilidade do Administrador, inicialmente com o Decreto-lei n.º 2.627/40, para se chegar no regime da Lei n.º 6.404/76 que acresce aos deveres do Controlador a função social da empresa ao lado do bem público.

Decreto-Lei n.º 2627/40

“Art. 116.

(...)

§ 7º Os diretores deverão empregar, no exercício de suas funções, tanto no interesse da empresa, como no do bem público, a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar, na administração de seus próprios negócios.” (revogado pela Lei 6.404/76).

- Lei n.º 6.404/76 — Sociedade por Ações, artigo 116, p. único e artigo 154:

“Artigo 116. (...)

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

(...)

Artigo 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.”

⁵ O poder de controle na sociedade anônima. 3ª ed. Forense: Rio de Janeiro/1983. p.296.



- Lei 8.078/90 — Código de Defesa do Consumidor: artigo 51 — reconhece a função social ao estabelecer finalidades sociais como a obrigação de promover a proteção ao meio ambiente e a responsabilidade empresarial pela prestação de serviços e pela qualidade dos produtos.
- O Direito do Trabalho também busca a realização da função social da empresa. Através da valorização do trabalho o indivíduo se desenvolve e a desigualdade social diminui, são fatores que promovem a dignidade da pessoa humana — art. 7º do Texto Constitucional.
- O Direito Ambiental — O respeito ao meio ambiente do trabalho é princípio constitucional de ordem econômica que determina ao empregador o dever de observar a função social da propriedade — art. 170, VI do Texto Constitucional.
- Art. 421 do Código Civil de 2002 — Função Social do Contrato.
- Art. 47 da Lei de Recuperação Judicial (Lei 11.101/05).

Durante a I Jornada de Direito Civil em 2001, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, alguns enunciados de Súmulas foram formulados e aprovados. Estes enunciados não têm força de doutrina mas auxiliam na interpretação do Novo Código Civil Brasileiro.

O enunciado de Súmula n.º 53 reporta-se ao art. 966 do Código Civil de 2002 e diz que: “deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa”.

A regra do enunciado acima é de suma importância para a interpretação do Direito de Empresa eis que ressalta o reconhecimento da função social da empresa. Neste aspecto insurge lembrar que não se trata da transferência das responsabilidades sociais do Estado para o âmbito privado, conforme veremos a seguir.

Fábio Konder Comparato faz uma importante consideração sobre o papel do Estado mediante a atuação das empresas privadas, diz ele: “A instituição do Estado social impôs, no entanto, duas conseqüências jurídicas da maior importância para a organização das empresas. De um lado, o exercício da atividade empresarial já não se funda na propriedade dos meios de produção, mas na qualidade dos objetivos visados pelo agente; sendo que a ordem jurídica assina aos particulares e, especialmente, aos empresários, a realização obrigatória de objetivos sociais, definidos na Constituição”.⁵

Percebemos que deveres e responsabilidades da empresa ultrapassam a antiga colocação de organização produtiva, transcende a área antes delimitada pelo Direito Comercial, indo alcançar interesses dos trabalhadores, comunidade local, consumidores, sócios, acionistas etc, conferindo-lhe uma função social conseqüente à ideia natural de bem público. Qualquer ato de administração que se afaste desses pressupostos violará a lei.

*Nota do Professor:*

Compreendida a evolução legislativa da Função Social da Empresa e sua evidente importância, deve-se tomar como base o exposto na aula anterior e nos casos geradores da presente aula, para reforçar com os alunos a ideia de que a organização empresarial transcende a figura de seus administradores e sócios porque também engloba interesses de pessoas que se estabeleceram nos arredores em busca de oportunidades de negócios, da família e dos dependentes dos seus empregados, de clientes e fornecedores etc.

A apresentação dos casos “DELTA” e “PARMALAT” ajuda a demonstrar que, à medida que, uma empresa local se despede, dizimada por problemas locais ou pela crise nacional, atributos como a dignificação do trabalho e a valorização da cidadania, quando não se tornam escassos, desaparecem de vez.



AULA 3: A ORIGEM E A EVOLUÇÃO DO ATO DE COMÉRCIO.

O Direito Comercial surgiu por iniciativa dos comerciantes que começaram a editar normas reguladoras, originárias da própria atividade, pois o direito comum não regulamentava o comércio, sendo necessária a criação de sistema próprio para tutela dos seus interesses, podendo ser citado o recuso aos costumes como fonte de direito.

Nesta aula discutiremos a leitura do(s) seguinte(s) capítulo(s):

- Páginas 01 a 10 e 21 a 38 do Manual de Direito Comercial e de Empresa — vol.1. Ricardo Negrão. Saraiva: Rio de Janeiro/2005.
- Páginas 3 a 12 do Curso de Direito Comercial — vol. 1. Fabio Ulhoa Coelho. Saraiva: Rio de Janeiro/2004.

Leitura Complementar:

- Páginas 27 a 43 do Manual de Direito Comercial. Waldo Fazzio Júnior. 4ª edição, Atlas. São Paulo/2004.
- Capítulos I e II do Curso de Direito Comercial. Fran Martins. 28ª edição. Forense. Rio de Janeiro/2002.

Ementário de Temas:

- Origem dos atos de comércio.
- Teoria Subjetiva (dos atos de comércio — Idade Média).
- Teoria Objetiva (Código Comercial Francês — 1807).
- Caso: Curso Impacto.

Roteiro de Aula:

Idade Média — o crescimento do comércio com a intensificação das feiras fez surgir a profissão de “mercador” (ou comerciante) e posteriormente a burguesia. A atividade comercial não era regulamentada pelo direito comum, pois a Igreja não considerava digno ser comerciante. Criou-se, então, uma oposição ao sistema feudal dominante que era cheio de limitações e formalismos, próprios do direito romano-canônico cuja base era o direito civil.

Direito dos Mercadores — decorre de um processo de ruptura com o direito civil. Era um direito mais prático e dinâmico, que tinha como princi-

país funções atender às necessidades dos comerciantes que estivessem matriculados nas Corporações de Ofício para solução de conflitos nas relações de negócio entre eles. Para tanto utilizavam os costumes mercantis.

Esta fase é considerada a origem do Direito Comercial e é identificada pela marca da teoria subjetiva porque só eram considerados comerciantes aqueles que estavam matriculados nas Corporações, e somente estes tinham acesso aos privilégios próprios dos comerciantes — insolvência empresarial, presunção de veracidade da escrita contábil e acesso aos Tribunais do Comércio, que eram ligados às Corporações, compostos por comerciantes, dispondo de uma atividade jurisdicional especializada para tratar dos conflitos comerciais.

O surgimento do Estado Centralizado com o poder nas mãos de um Monarca, transforma o Direito Comercial — dos Mercadores, em um direito regulamentador das atividades dos comerciantes, contribuindo para o fortalecimento do Estado Nacional perante as Corporações de Ofício que, até então, legislavam livremente.

A ruptura do sistema subjetivo se dá com os ideais da Revolução Francesa — liberdade, igualdade e fraternidade, dando azo ao surgimento de um direito unificado para todos que se dedicassem à atividade mercantil. A prática dos atos de comércio passa a ser livre. A classificação do comerciante passa a ser objetiva, ou seja, o que o torna sujeito um comerciante é a sua atividade — prática de atos de comércio.

Em matéria de atividade produtiva formaram-se duas ordens distintas de identificação: uma ligada aos atos de comércio, que é a atividade negocial, e tem como exemplos a compra e venda de mercadorias, atividades financeiras, atividades industriais etc; e outra ligada aos atos civis, peculiar e característica das atividades ligadas a terra como a agricultura, extrativismo, pecuária, entre outras.

Com esse fracionamento, era possível apresentar diferentes formas de solução para casos idênticos, a regra a ser aplicada variava segundo o ordenamento jurídico predominante nas diversas regiões do local.

Em 1807, surge o Código Napoleônico objetivando o tratamento jurídico da atividade mercantil com a adoção da teoria dos atos de comércio.

“CODE DE COMMERCE — LIVRE PREMIER — DU COMMERCE EN GENERAL.

TITRE I^{er} — DES COMMERÇANTS.

Art. 1^{er}. — Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.”

Em 1850, profundamente influenciado pelo Código Francês surge, o direito brasileiro, o Código Comercial que embora tenha adotando a teoria dos atos de comércio do sistema francês não os elencou. Foi necessário o surgimento de um diploma adjetivo — o Regulamento nº 737, também em 1850, que discriminasse, de forma exemplificativa, os atos considerados de mercancia ou ATOS DE COMÉRCIO.



Ao regulamentar o nosso Código Comercial, o Regulamento n.º 737 estabeleceu no bojo dos artigos 19 e 20 os atos considerados de mercancia, complementando o art.4º do Código Comercial que somente estabelecia ser comerciante seria aquele que fazia da *mercancia* sua atividade habitual.

Código Comercial de 1850:

“Artigo 4º — *Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do Comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual*”.

Regulamento n.º 737 de 1850:

...

“Artigo 19 — *Considera-se mercancia:*

1º. *a compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes para os vender por grosso ou retalho, da mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso.*

2º. *as operações de câmbio, banco ou corretagem;*

3º. *as empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos;*

4º. *os seguros, fretamentos, riscos e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo; e*

5º. *a armação e expedição de navios.*

Artigo 20 — *Serão também julgados em conformidade dos dispositivos do Código, e pela mesma forma de processo, ainda que não intervenha pessoa comerciante:*

1º. *As questões entre particulares sobre títulos de dívida pública e outros quaisquer papéis de crédito do governo;*

2º. *As questões de companhias e sociedades qualquer que seja a sua natureza objeto;*

3º. *As questões que derivem de contratos de locação compreendidos na disposição do Título X, Parte I, do Código, com exceção somente das que forem relativas à locação de prédios rústicos e urbanos;*

4º. *As questões relativas a letras de câmbio e de terras, seguros, riscos e fretamentos.”.*

Nota ao Aluno:

De maneira bem resumida seguem abaixo conceitos importantes para o melhor acompanhamento desta aula. Não se preocupe em decorar as definições apresentadas, o importante é, ao final, você conseguir elaborar um conceito próprio.

⁶ Art. 2.045 do Código Civil de 2002. “Revogam-se a Lei no 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei no 556, de 25 de junho de 1850”.



Comerciante e Empresário

A utilização da terminologia comerciante e empresário dependerá da adoção da teoria dos atos de comércio ou da teoria da empresa, sendo que empresário se afigurará como gênero e comerciante como espécie, sendo certo que com o advento do novo Código Civil, o critério de identificação do comerciante desapareceu com a revogação expressa da parte I do Código Comercial⁶, sendo, portanto, duvidosa, a alusão ao termo comerciante.

Identificação do Comerciante

Necessária a identificação do comerciante, nos dias atuais, para se alcançar a moderna sistemática do direito de empresa.

Revolução Francesa — artigo 1º do Código Civil Francês de 1807 (texto original). Napoleão Bonaparte teve por escopo alcançar a burguesia, acabando com as castas (direito das castas — figura do cônsul).

BRASIL — Artigo 4º do Código Comercial (Lei 556 de 25/06/1850) e artigos 19 e 20 do Regulamento 737/1850 — Influência do Código Francês (1807) — Critério objetivo de identificação do comerciante.

O comerciante será identificado com base em 3 requisitos básicos:

- a) prática de atos de comércio;
- b) com habitualidade; e
- c) com intuito de lucro.

Atos de Comércio

Para a definição do que vem a ser ato de comércio não existe uma regra rígida, pois como assevera a doutrina deve ser deixada a cargo dos intérpretes a sua classificação. Existem, sim, parâmetros, como, v.g., o disposto no revogado artigo 191 do Código Comercial (compra e venda de móveis ou semoventes), artigo 2º, § 1º da Lei 6.404/76 (a sociedade anônima será sempre mercantil); Lei 4.068/62 (as sociedades que se destinam à construção civil eram consideradas comerciais) e artigo 43 da Lei 4.591/64 (incorporação de imóveis).

Além da teoria objetiva (prática de atos de comércio), a identificação tinha por base a prática efetiva de tais atos de mercancia, em consonância com o critério real, ao contrário do critério formal — não basta o ato constitutivo asseverar que se trata de um comerciante, mas este deve efetivamente exercer o comércio. Nesse sentido, não será o arquivamento dos atos constitutivos no Registro Público de Empresas (Juntas Comerciais) para se poder afirmar que se trata de um comerciante, importando o ato efetivamente por ele praticado.



Ainda havia a possibilidade de nos depararmos com determinada pessoa que praticava atos considerados mercantis e atos classificados como não mercantis, o que se resolvia pelo critério da predominância, também denominado de critério da preponderância, v.g., uma oficina mecânica que vendia produtos automotivos, além de prestar serviços de reparos em automóveis. Tal critério (real) também será utilizado para a identificação do empresário e da sociedade empresária no atual sistema jurídico.

Habitualidade

Podemos alcançar a definição pela antítese — será habitual tudo que não se afigurar como eventual, no caso concreto. Assim, o simples requisito temporal não será um bom indicador, pois uma compra e venda realizada a cada 12 (doze) meses pode ser considerada eventual, na hipótese de se tratar da venda de um refrigerante e um sanduíche; por outro lado, vislumbrar-se-á o requisito da habitualidade se, no mesmo lapso, estivermos diante da compra e venda de um navio ou aeronave.

Intuito de lucro

Não se quer dizer que toda a operação de compra e venda deveria alcançar o lucro, mas que o objetivo da atividade fosse o lucro, não se olvidando que atividades sem fins lucrativos, apesar de eventualmente auferirem lucros, são assim nominadas em razão da ausência do objetivo de lucro, o qual se caracterizaria somente se houvesse divisão dos respectivos lucros (dividendos).

NOTA FINAL.

Nesta aula aprendemos que a teoria subjetiva somente considerava sujeito do direito comercial o comerciante matriculado em uma das corporações de ofício.

Com a teoria objetiva, passa a ser considerado comerciante aquele que pratica atos de comércio, aumentando-se, assim, a abrangência da aplicação do Direito Comercial, sempre no intuito de conferir os benefícios do direito comercial a um maior número de comerciantes.

Sabemos que benefícios como a falência e a recuperação judicial (instituto novo que substituiu a concordata), atualmente dispostos na Lei n.º 11.101/05, têm a finalidade de estimular a atividade empresarial, considerada verdadeira mola propulsora de riqueza para a economia de um país, uma vez que gera empregos, arrecadação de tributos, acesso aos bens e serviços a serem consumidos, etc.

⁷ Processo n.º 95.001.136306-3

⁸ Dec. Lei n.º 4.657/42. “Art.5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”



Atividades e Questões Propostas:

1. De acordo com a teoria objetiva, quais são as atividades que credenciam alguém a ser sujeito do direito comercial?
2. Como eram regulamentadas as relações “comerciais” da época?
3. Qual o critério para traçar a linha divisória entre a matéria comercial e a matéria civil?

Caso:

CURSO IMPACTO.⁷

Em 1995, o CURSO IMPACTO ingressou em juízo com pedido de concordata preventiva, alegando ter sido duramente afetado pelo regramento econômico governamental, com sucessivos planos econômicos e depois pela drástica política monetária.

Apesar de ser uma prestadora de serviços, atividade que pela teoria objetiva não está inserida na prática de atos de comércio, o CURSO IMPACTO teve deferido seu pedido de concordata preventiva, em 01/03/1996, pelo juízo da 5ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro.

Na sentença, o magistrado pautou-se nos fenômenos sociais, morais e econômicos que emanam da empresa em especial quanto aos interesses de credores, professores, alunos e empregados a ela vinculados. Além de aplicar o dispositivo do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil — Dec. Lei n.º 4.657/42, para fundamentar sua decisão.⁸



AULA 4: TEORIA DA EMPRESA — ORIGEM ITALIANA E EVOLUÇÃO HISTÓRICA.

Já sabemos que quem praticava ato de comércio recebia tratamento diferenciado da lei porque o Estado reconhecia a importância da atividade econômica (mercantil) para a sociedade. Vimos também que a principal lacuna da teoria dos atos de comércio consistia em não abranger atividades econômicas importantes, tais como a prestação de serviços, a agricultura, a pecuária e a negociação imobiliária, mesmo quando prestadas de forma empresarial.

A dificuldade em traçar uma definição para “ato de comércio” capaz de abranger todas as atividades comerciais gerou, na doutrina, comentários críticos à teoria objetiva:

- “O sistema objetivista, que desloca a base do direito comercial da figura tradicional do comerciante para a dos atos de comércio, tem sido acoimado de infeliz, de vez que até hoje não conseguiram os comercialistas definir satisfatoriamente o que sejam eles”. (Rubens Requião *in* Curso de Direito Comercial. Vol.1. Saraiva: São Paulo/1995).
- “A teoria dos atos de comércio resume-se rigorosamente falando, a uma relação de atividades econômicas, sem que entre elas se possa encontrar qualquer elemento interno de ligação, o que acarreta indefinições no tocante à natureza mercantil de algumas delas”. (Fábio Ulhoa Coelho *in* Curso de Direito Comercial. Vol 1. Saraiva: São Paulo/2003).
- “O principal argumento contrário ao sistema objetivo é justamente a precariedade científica da base em que se assenta — uma enumeração casuística de atos de comércio, feita pelo legislador ao acaso (de acordo com aquilo que a prática mercantil considerava, à época, pertencer ao Direito Comercial). Com isso, sequer se consegue encontrar o conceito de seu elemento fundamental, o ato de comércio”. (Alfredo de Assis Gonçalves Neto *in* Manual de Direito Comercial. 2ª ed. Revisada e atualizada. Juruá: Curitiba/2000. p. 47).

Nesta aula discutiremos a leitura do(s) seguinte(s) capítulo(s):

- Páginas 3 a 41 dos Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito de Empresa (arts. 996 a 1.087), vol. IX. Newton Lucca, Rogério Monteiro, J.A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Forense: Rio de Janeiro/2005.
- Páginas 1 a 6 do Direito Societário. José Edwaldo Tavares Borba. Renovar: Rio de Janeiro/2004.



- Texto: “A Atividade do empresário”. Revista de Direito Mercantil n.º 132, pgs. 203 a 215.
- Texto: “O Empresário”. Revista de Direito Mercantil n.º 109 pgs. 182 a 189 (fotocópia na secretaria da coordenação).

Leitura Complementar:

- Páginas 16 a 27 do Curso de Direito Comercial — vol. 1. Fabio Ulhoa Coelho. Saraiva: Rio de Janeiro/2004.

Ementário de Temas:

- A evolução doutrinária do conceito de ato de comércio.
- A evolução legal do conceito de ato de comércio:
- A teoria dos atos de comércio cedendo à teoria da empresa.
- Resistência jurisprudencial à manutenção do conceito do ato de comércio antes do advento do novo Código Civil (Princípio da Igualdade). Caso: SOLETUR.
- Direito Italiano — Codice Civile (1942).

Roteiro de Aula:

Com a unificação dos direitos civil e comercial ocorrida na Itália em 1942, surge a teoria da empresa, superando o conceito objetivo de comerciante que o identificava como sendo quem praticava atos de comércio.

No Brasil, antes da teoria da empresa ser adotada legalmente com o advento do Código Civil de 2002, algumas leis já vinham traçando um novo mecanismo para a identificação do comerciante, declarando como comerciais determinadas atividades.

- Lei 4.068/62 — Construção Civil: “Art. 1º São comerciais as empresas de construção”.
- Lei 4.591/64 — Condomínios e Incorporação Imobiliária: artigo 43, III — em caso de falência do incorporador, pessoa física ou jurídica,...”.
- Lei 6.404/76 — Sociedades por Ações — A Sociedade Anônima é sempre empresária, trata-se de classificação em razão da forma, por força e efeito de lei — §1º do artigo 2º: “Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio”. No mesmo sentido, o p.único do artigo 982, do Código

⁹ BULGARELLI, Waldírio. A Teoria Jurídica da Empresa. RT/1985.

¹⁰ Art. 2.082. É empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, dirigida à produção ou à troca de bens ou de serviços.

¹¹ PACIELLO, Gaetano. A evolução do conceito de empresa no direito italiano. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 17, n. 29, p.39-56, jan./mar. 1978, p. 41

¹² Apud BULGARELLI, Waldírio. Sociedade Comerciais p.25

- Civil: “Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa”.
- Lei 8.078/90 — Código de Defesa do Consumidor — artigo 3º: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.
 - Lei 8.245/91 — Lei das Locações — artigo 51 — Direito à renovação compulsória do prazo locatício: “§4º — O direito a renovação do contrato estende-se às locações celebradas por indústrias e sociedades civis com fim lucrativo, regularmente constituídas, desde que ocorrente os pressupostos previstos neste artigo”.

No ensinamento de Waldírio Bulgarelli, o Código Civil Italiano de 1942 foi um verdadeiro divisor de águas no âmbito legislativo, principalmente de países que adotavam o sistema da comercialidade, como o Brasil, que já contemplava a “empresa” através de leis esparsas. O Código Italiano, efetivamente, pôs em vigor o sistema normativo da empresa com estatuto jurídico qualificador do empresário e inclusive seu conceito; um regime — e também o seu conceito — para a *azienda*; uma ordenação da atividade empresarial e o regulamento das relações de trabalho no seio da empresa; e ainda em torno dela, porém integrante do sistema, a unificação obrigacional, tudo complementado por uma lei de falências, em apartado.⁹

Assim, temos que o Código Civil Italiano incorporou à teoria da empresa, a necessidade de uma figura que se aplicasse a todas as formas de atividades econômicas. A empresa foi, então, introduzida nesse contexto como sendo uma relação entre atividade econômica e organização¹⁰. Sem muito se deter em conceitos e particularidades, o legislador italiano relegou à doutrina e à jurisprudência a tarefa de examinar os reflexos, no campo jurídico, desses elementos e verificar até que ponto princípios tradicionais como o objetivo de lucro e a habitualidade são fatores determinantes do conceito de empresa.¹¹

Vários juristas italianos se dedicaram ao estudo do conceito de empresa.

Vivante adotando a ideia de organização e risco associou o conceito jurídico com o econômico no sentido de que “a empresa é um organismo econômico que sob o seu próprio risco, recolhe e põe em atuação sistematicamente os elementos necessários para obter um produto destinado à troca. A combinação dos fatores (natural, capital e trabalho) que associados produzem resultados impossíveis de serem alcançados individualmente, e o risco, que o empresário assume ao produzir uma nova riqueza são requisitos indispensáveis a toda empresa”.¹²

¹³ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial - vol. 1/ 1995 p.51.

¹⁴ Fonte: <http://www.brasilnews.com.br/News3.php3?CodReg=3545&edit=Turismo&Codnews=99> (acesso em 19/10/2005).



O Prof. Rocco destacando a organização do trabalho de outrem como elemento conceitual básico de empresa, em suas palavras “segundo o Código, apenas temos a empresa e, conseqüentemente, ato comercial, quando a produção é obtida mediante trabalho de outros ou, por outras palavras, quando o empresário recruta o trabalho, o organiza, fiscaliza e retribui e o dirige para os fins da produção”.¹³

Devemos creditar ao jurista Alberto Asquini a visão mais apropriada dos diversos significados que o Código Italiano de 1942 conferiu à empresa e que passou a representar o paradigma da forma de recepção da empresa no plano jurídico. Segundo Asquini, a empresa se apresenta perante o Direito sob quatro diversos “perfis”.

O estudo de Alberto Asquini “*Profili dell’Impresa*” será elemento de estudo na próxima aula.

Caso:

SOLETUR:¹⁴ Fundada em 1963, na cidade do Rio de Janeiro, a Operadora de Turismo SOLETUR proporcionava 480 empregos diretos e 1.500 indiretos. Com patrimônio totalizando R\$ 25 milhões e uma dívida de R\$ 30 milhões principalmente com bancos, companhias aéreas e hotéis, no dia 24/10/2001, a SOLETUR confessou sua falência à justiça (autofalência — art. 8º do D.L. 7.661/45 — antiga Lei de Falências).

O Juízo da 8ª Vara Empresarial, para o qual o processo foi distribuído, encaminhou o processo ao Ministério Público (Promotoria de Massas Falidas) para oferecimento de promoção ministerial, no exercício da sua função de fiscal da lei.

O parecer do Ministério Público foi favorável à decretação de falência da SOLETUR, sob determinadas condições como apresentação de documentos e prestação de esclarecimentos por parte da Operadora de Turismo.

No dia 05 de novembro de 2001, o Juízo da 8ª Vara Empresarial decretou a falência daquela que era a maior Operadora de Turismo do Brasil.

Para compreender melhor o caso gerador: SOLETUR, você precisa saber que, geralmente, uma Operadora de Turismo não trabalha com a comercialização de eventos e passeios diretamente com o turista, ou seja, na visão da teoria objetiva, não pratica atos de comércio, consistindo sua atividade principal na prestação de serviços como: elaboração de programas turísticos, reserva de serviços de hotéis e passagens aéreas, etc. Estes serviços são disponibilizados para que as Agências de Viagens e Turismo possam comercializá-los (estas sim verdadeiras comerciantes).

¹⁵ Palestra proferida no TCM/SP dia 07/04/2003. http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/07a11_04_03/1miguel_reale1.htm (acesso em 21/11/2005).

**AULAS 5 A 8: TEORIA DA EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO.**

Na aula anterior vimos que em 1942 o Código Civil Italiano criou um novo sistema de disciplina da atividade econômica privada, abrangendo negócios como a prestação de serviços e outros que eram omissos no sistema de ato de comércio estático, pelo que se denominou teoria da empresa.

Vimos que no Brasil, mesmo antes da edição do Código Civil de 2002, a jurisprudência e leis esparsas já davam margem à discussão da teoria da empresa adotada pela legislação italiana.

O ilustre Prof. Miguel Reale (Supervisor da Comissão Elaborada e Revisora do Novo Código Civil), elucida o processo de reforma do Código Civil:

“O Código mantém, com efeito, a estrutura do Código anterior, porém com as modificações fundamentais, entre elas, a inserção de uma parte relativa ao Direito de Empresa, o qual veio dar colorido novo ao Direito Comercial. O Direito Comercial que teve no Brasil e tem ainda desde Mendonça até agora, grandes cultores, o Código Comercial mudou de significado e de representatividade no momento em que surgiram atividades outras iguais senão superiores ao do próprio comércio. A indústria e o poderoso ramo dos serviços tornaram indispensável levar em consideração o conceito de empresa, para estabelecer a unidade das obrigações civis e comerciais que já se tornara uma realidade no Brasil em virtude do obsolescimento do Código Comercial de 1850. Os juristas não faziam mais referência ao Código de 1850 mas em matéria de Direito Obrigacional tinham presente especificamente o Código Civil.

A unidade das obrigações civis e comerciais já era, portanto, uma realidade vigente nos Tribunais e na doutrina quando eu assumi a responsabilidade de elaborar uma nova codificação.

Este ponto de partida é fundamental para a noção daquilo que se entende por Código Civil de 2002. É que na realidade, nós não pretendemos fazer a codificação toda do Direito Privado mas pura e simplesmente a unificação das obrigações civis e comerciais”¹⁵.

Nesta aula discutiremos a leitura do(s) seguinte(s) capítulo(s):

- Páginas 39 a 46 do Manual de Direito Comercial e de Empresa. Ricardo Negrão. Saraiva: São Paulo/2005.
- Páginas 47 a 58 do Curso de Direito Comercial. Vol.I. Rubens Requião. Saraiva: São Paulo/1995.

¹⁶ “En.75 – Art.2.045: a disciplina de matéria mercantil no novo Código Civil não afeta a autonomia do Direito Comercial”.

¹⁷ Disponível em: www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=56549



Leitura Complementar.

- Páginas 12 a 16 do Direito Societário. José Edwaldo Tavares Borba. Renovar: Rio de Janeiro/2004.
- Páginas 42 a 76 dos Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito de Empresa (arts. 996 a 1.087), vol. IX. Newton Lucca, Rogério Monteiro, J.A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Forense: Rio de Janeiro/2005.
- Páginas 19 a 38 de Sociedades Comerciais — Empresa e Estabelecimento. Waldírio Bulgarelli. 2ª edição. Ed. Atlas: São Paulo/1985

Ementário de Temas:

- Teoria dos Perfis de Alberto Asquini.
- Manifestações da “Empresa” nos ramos do Direito Brasileiro.
- Direito Intertemporal — transição do sistema jurídico anterior para o novo.
- Código Civil Brasileiro de 2002 — conceito subjetivo moderno.
- Autonomia do Direito Empresarial (Enunciado n.º 75¹⁶ da 1ª Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 11 a 13 de setembro de 2002).
- Projeto de Lei n.º 6960/2002.¹⁷

Roteiro de Aula:

A teoria da empresa descolou a incidência do Direito Comercial de uma atividade (prática de atos de comércio) para uma pessoa (o empresário) seja ela natural ou jurídica. O cerne dessa teoria está nesse ente economicamente organizado destinado à produção ou a circulação de bens ou serviços que se chama empresa.

Manifestando-se na primeira hora seguinte às dúvidas e indagações formuladas na esteira da novidade adotada pelo Código Italiano, o jurista Alberto Asquini, percebeu que as dificuldades com que se deparavam os comercialistas decorriam da complexidade do fenômeno empresa, pois não lhes era possível obter conceito unitário.

Concluiu que a empresa deveria ser conceituada como fenômeno econômico poliédrico, que teria, no aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis:

O primeiro perfil da empresa identificado por Asquini foi o perfil subjetivo, que emerge da definição que é dada pelo art. 2.082 do Código Civil

¹⁶ Lembre-se que a Itália, nesta época, passava pelo período do fascismo de Mussolini, onde o centro de toda necessidade social girava em torno da produtividade em benefício do Estado, sem qualquer referência ao valor fundamental do ser humano.

Italiano, como sendo “quem exercita profissionalmente atividade econômica organizada com o fim da produção e da troca de bens ou serviços.”

O segundo perfil, seria o funcional, identificando-se com a atividade empresarial, onde a empresa “seria aquela particular força em movimento que é a atividade empresarial dirigida a um determinado escopo produtivo.” Assim, a empresa produziria um conjunto de atos para organizar e distribuir a produção de bens ou serviços.

O terceiro perfil objetivo ou patrimonial, onde a empresa é considerada como um conjunto de bens, que se destina ao exercício de uma atividade empresarial, distinto do patrimônio remanescente nas mãos da empresa. Neste caso, a empresa seria um patrimônio afetado a uma finalidade específica.

Havia, ainda, o perfil corporativo, que, nas palavras de Asquini, seria “aquela especial organização de pessoas que é formada pelo empresário e por seus prestadores de serviços, seus colaboradores, (...) um núcleo organizado em função de um fim econômico comum”.

Os três primeiros perfis demonstram três realidades intimamente ligadas, e muito importantes para a teoria da empresa: **Empresa, Empresário e Estabelecimento**.

Afastando o perfil corporativo — que entende a empresa como uma instituição e encontra fundamento em ideologias populistas¹⁸, o Prof. Waldírio Bulgarelli definiu empresa como: “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens” (in Tratado de Direito Empresarial, 2ª ed. Editora Atlas, São Paulo/1995 — p.100).

Na Exposição de Motivos Complementar apresentada pelo Prof. Sylvio Marcondes — responsável pela elaboração do Livro II — “Direito da Empresa” no anteprojeto do Código Civil/2002, há um trecho que ressalva a importância dos conceitos apresentados por Asquini, que passamos a transcrever:

“O conceito econômico de empresa — como organização dos fatores da produção de bens ou de serviços, para o mercado, coordenada pelo empresário, que lhe assume os resultados — tem sido fonte de contínua discussão sobre a natureza jurídica da empresa, entre os autores que já não consideram suficiente a lição de Vivante, aliás, consagrada na doutrina brasileira, de que ‘o direito faz seu aquele conceito econômico’. Entretanto, suscitada na hermenêutica dos códigos comerciais do tipo francês, e acirrada pela exegese no novo Código Civil italiano, a disputa encontrou afinal seu remanso. Segundo esclareceu Asquini — apresentando o fenômeno de empresa, perante o direito, aspectos diversos, não deve o intérprete operar com o preconceito de que ele caiba, forçosamente, num esquema jurídico unitário, de vez que empresa é conceito de um fenômeno econômico poliédrico, que assume, sob o aspecto jurídico,

¹⁹ Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço.

²⁰ Revista de Informação Legislativa. Brasília n.º 143 jul./set. 1999. www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/principal.htm

²¹ Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

²² Art. 6º. Considera-se empresa toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fim lucrativo.”

²³ Op.Cit.

²⁴ Art. 15. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob o regime de monopólio legal.

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

²⁵ Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividade de produção,

em relação aos diferentes elementos nele concorrentes, não um mas diversos perfis: subjetivo, como empresário; funcional, como atividade; objetivo, como patrimônio; corporativo, como instituição”.

Manifestações da “Empresa” nos ramos do Direito Brasileiro.

Conceituada ou não a empresa, o direito positivo brasileiro formulou critérios e noções para deles se valer em seus propósitos, conforme veremos a seguir:

A primeira manifestação do conceito jurídico de empresa dá-se no **Direito do Trabalho**, fundamentalmente no art. 2º do Decreto-Lei n.º 5.452/43 — Consolidação das Leis do Trabalho.¹⁹

Na opinião do Prof. José Gabriel Assis de Almeida²⁰ a definição do art. 2º da CLT acolhe de modo praticamente perfeito, por parte do Direito, a noção econômica de empresa uma vez que a destaca como atividade econômica e enquanto entidade responsável pelos riscos dessa atividade econômica.

Manifesta-se também no **Direito Tributário** a noção jurídica de empresa quando dispõe no caput do art. 132 da Lei n.º 5.172/66 — Código Tributário Nacional.²¹ sobre a responsabilidade da pessoa jurídica que resulta da fusão, transformação ou incorporação, pelos tributos devidos pelos antecessores.

O disposto no artigo supramencionado é claro no sentido da existência de uma figura jurídica que estava associada a uma empresa. Essa figura jurídica desaparece, mas o desaparecimento não causa a “morte” da empresa que continua como entidade autônoma, com vida jurídica própria, respondendo por atos pretéritos.

Outra manifestação jurídica da empresa ocorre no âmbito do **Direito da Concorrência**, no texto da antiga Lei n.º 4.137/62, que em seu art. 6º²² ampliou o conceito de empresa às atividades civis.

Na atual lei de defesa da concorrência, Lei nº 8.884/94, conhecida também como **Lei Antitruste**, o conceito de empresa define-se pelo conteúdo econômico da atividade e não pela forma jurídica adotada. De acordo com o Prof. José Gabriel Assis de Almeida²³, esta afirmação obedece a dois parâmetros apresentados na lei dispostos nos artigos 15 e 20²⁴. O primeiro define a empresa pela negativa, ou seja, a empresa independe da estrutura jurídica que revestir. O segundo diz que qualquer estrutura jurídica que seja capaz de produzir os comportamentos visados neste artigo será considerada uma empresa.

Por meio da Lei n.º 8.078/90 verifica-se a manifestação da empresa no **Direito do Consumo** com a definição de “fornecedor” no art. 3º desse diploma legal²⁵. Mais uma vez, a definição se dá pelo exercício de atividade de natureza econômica — fornecedor é quem desenvolve a atividade econômica. A forma jurídica é meramente acessória, uma vez que a empresa pode ser pública ou

montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

²⁶ Art. 677. Quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifício em construção, o juiz nomeará um depositário, determinando-lhe que apresente em 10 (dez) dias a forma de administração.

Art. 678. A penhora de empresa que funcione mediante concessão ou autorização far-se-á, conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens, ou sobre todo o patrimônio, nomeando o juiz como depositário, de preferência, um dos seus diretores.

²⁷ Art. 1º. O Registro Público de Empresas Mercantis e Atividade Afins, subordinado às normas gerais prescritas nesta lei, será exercido em todo o território nacional, de forma sistêmica, por órgãos federais e estaduais, com as seguintes finalidades:

I – dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, submetidos a registro na forma desta lei;

II – cadastrar as empresas nacionais e estrangeiras em funcionamento no País e manter atualizadas as informações pertinentes”.

privada, tratar-se de pessoa natural ou de pessoa jurídica e ter nacionalidade brasileira ou estrangeira.

Encontramos manifestação jurídica da empresa na Lei n.º 5.869/73 — Código de Processo Civil, que em seu artigo 677 e 678 dispõe sobre *penhora, depósito e administração de empresa*²⁶. Na concepção do **Direito Processual Civil**, a empresa se aproxima da figura jurídica do estabelecimento comercial — perfil funcional de Asquini.

A Lei n.º 8.934/94, que disciplina o **Registro Público de Empresas Mercantis**, em seu artigo primeiro e incisos²⁷, utiliza o termo empresa como sinônimo de Empresário ou de Sociedade Empresária, portanto dentro do perfil subjetivo de Asquini.

Analisando os conceitos acima, vimos que a norma positiva não adotou um conceito geral de empresa, aplicando-a de forma fracionada, ou seja, de acordo com a necessidade de cada situação legal.

Direito Intertemporal.

Antes de ingressarmos no tema “Código Civil Brasileiro de 2002”, mais especificamente no Livro II, precisamos comentar sobre o Direito Intertemporal que é a saída de cena do sistema anterior para a chegada do novo sistema.

- Art. 2.031 NCC — Sistema societário foi modificado
- Art. 2.033 NCC — A submissão ao novo sistema é imediata (Direito Adquirido).
- Art. 2.035 NCC — Efeitos subordinados
- Art. 2.037 NCC — Revogação de terminologias (interpretação sistemática).
- Art. 2.045 NCC — Revogou a Lei 3.071/1916 e a 1ª Parte do Código Comercial.

Com a transição do sistema anterior para o sistema novo, todos que praticam atos classificáveis como ato de empresa foram afetados pelas inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 e tiveram um prazo de adaptação que está previsto no art. 2.031. Contudo, qualquer alteração de seus atos constitutivos ou deliberação efetuada em período anterior ao prazo determinado, já deve ser realizada sob as novas regras do Código Civil de 2002, nos termos do art. 2.033.

Outro aspecto importante é a retirada do ATO DE COMÉRCIO do cenário, extinguindo a terminologia “comerciante”, “sociedade mercantil”, “ato de comércio”, “comercial”, “mercancia”. Hoje, entende-se mais adequada a referência: “empresário”, “sociedade empresária”, “ato de empresa” e “empre-

²⁶ DE LUCCA, Newton *in* Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito de Empresa (arts. 996 a 1.087), vol. IX. Forense: Rio de Janeiro/2005. pg. 413.

²⁹ Art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

³⁰ *in* O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. 5ª ed. Renovar/2005. pg. 251.

sarial” em razão não só da revogação sistemática, mas também do previsto no artigo 2.037.

Direito Adquirido.

O Decreto n.º 3.708/19 era omissivo quanto aos tipos de quorum. Nesta época, dois grupos de doutrinadores discutiam sobre o quorum das Sociedades por Ações. Um grupo contava com o Prof. Waldemar Ferreira e defendia que a fixação do quorum era matéria de ordem pública, razão pela qual não poderia ser reduzido nem aumentado. O outro grupo era representado pelo Prof. Carvalho de Mendonça e entendia ser possível aumentar o quorum, mas nunca reduzi-lo²⁸.

O Código Civil de 2002 torna o quorum matéria de ordem pública, quando passa a regulamentar, expressa e cuidadosamente, os vários tipos de quorum de deliberação. Assim, com a modificação do quorum deliberativo, a titularidade da maioria absoluta do capital não mais garante o controle societário, o sócio majoritário tem seus “poderes” diminuídos em virtude dos quoruns mínimos previstos no novo Código.

Pensemos numa Sociedade Limitada com 25 anos de mercado, que nunca realizou reunião ou assembleia e suas deliberações sociais sempre foram tomadas por maioria. Com a chegada do Código Civil/2002 torna-se obrigatória realização de reunião ou assembleia (deliberação colegiada) e quorum representando 2/3 do capital social para aprovação de diversas matérias (em alguns casos até a unanimidade, *ex vi* arts. 1.061 e 1.114).

Esse assunto adentra o campo da retroatividade da lei que, embora possa retroagir para beneficiar o réu na esfera criminal, não retroagirá para atingir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada²⁹.

O Prof. Sérgio Campinho defende que há direito adquirido em relação ao quorum que deverá continuar a deliberar por maioria nas sociedades existente há época do Decreto 3.708/19 e justifica sua posição dizendo que “*a constituição da sociedade rege-se pela lei vigente quando de sua criação, tendo-se aí o ato jurídico perfeito a que se refere a Constituição Federal. A esta hipótese não se aplica o artigo 2.031 da Lei n.º 10.406/02, porquanto não se pode influir e alterar o ato de criação da sociedade, seria corromper a essência do ato perfectibilizado à luz da lei vigente à data de sua celebração*”.³⁰

Apesar na autoridade do doutrinador que defende tal tese, nos parece difícil a sustentação do argumento, em decorrência da fundamentação acima sobre a incidência imediata da norma pública.

²⁸ Para ter acesso aos Enunciados basta acessar: www.justicafederal.gov.br e consulta-los em “Publicações”.

²⁹ Entre as leis que alteraram o teor do Código Civil/2002 estão:

- Lei 10.838/04: ampliou o período de adaptação, previsto no art. 2.031, de um para dois anos, a contar de 11/01/2003.
- Lei 11.127/05: estendeu novamente o prazo de adaptação para 11/01/2007 e reduziu o poder das assembleias-gerais das associações para privilegiar as normas definidas nos estatutos.
- Lei 11.107/05: incluiu as associações públicas como pessoas jurídicas de direito público (art. 41, IV)

³⁰ Fonte: Agência Câmara - Especial - 14/10/2005 (www.camara.gov.br) acesso em 21/11/2005.

Novo Código Civil Brasileiro (2002).

Além da aceitação doutrinária, a concepção da teoria da empresa inspirou a jurisprudência na solução de questões complexas, influenciou os trabalhos de elaboração do Código Civil de 2002, e, sobretudo, unificou as disciplinas comercial e civil, similarmente, conforme já vimos, ao ocorrido na Itália no Código de 1942.

A teoria da empresa é denominada também de conceito subjetivo moderno porque descolou a incidência do direito comercial de uma atividade para uma pessoa: o empresário (empreendedor) seja ele pessoa natural ou jurídica.

Diante da polêmica que determinados dispositivos do Código Civil de 2002 geraram, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal promoveu três Jornadas de Direito Civil, reunindo juristas de todo o país, em comissões divididas por matérias, sendo que na primeira e na segunda (uma no período de 11 a 13 de setembro de 2002 e outra de 3 a 5 de dezembro de 2004), foram elaborados alguns enunciados com o objetivo de facilitar a interpretação e compreensão do Novo Código Civil.

Alguns desses enunciados serão citados durante nossas aulas.³¹

A autonomia do Direito Empresarial foi tema de uma questão, na 1ª Jornada de Direito Civil, que inspirou o Prof. Newton de Lucca, a sugerir o Enunciado n.º 75 (ref. Art.2045-NCC) onde dizia que a unificação das obrigações civis e empresariais ocorre apenas no livro — Novo Código Civil, permanecendo a autonomia do Direito Empresarial.

“En.75 — Art.2.045: a disciplina de matéria mercantil no novo Código Civil não afeta a autonomia do Direito Comercial”.

Assim, a Lei n.º 10.406/02 — Novo Código Civil, entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, depois de ter tramitado por 26 anos na Câmara e no Senado. Após quase três anos do início da vigência, três leis que alteram seu teor foram editadas³² e uma medida provisória foi revogada. Além das modificações já efetivadas, vários projetos de lei tramitam na Câmara com sugestões de mudança no texto em vigor.

Na opinião do relator do Código Civil, a maioria das mudanças feitas até o momento não representou alteração substancial na estrutura do código, “mas a mera complementação de alguns dispositivos”. Boa parte delas, aliás, consta do Projeto de Lei (PL) 6960/02, que o deputado apresentou antes da entrada em vigor da nova lei. “Logo após a sanção do novo código, comprometi-me a apresentar um projeto aperfeiçoando alguns pontos que não poderiam ter sido alterados naquele momento”, disse.³³



O Projeto de Lei n.º 6.960/02 foi a solução encontrada para corrigir problemas de remissão e distorções em cerca de 180 artigos do Código Civil/2002.

Questões:

1. O Código Comercial está revogado?
2. Com o advento do Novo Código Civil, várias modificações se deram no âmbito do Direito Societário. Como exemplo temos a aprovação anual das contas, o fato do Administrador poder ser pessoa estranha ao quadro social e a alteração no quorum para exercer o comando numa Limitada.

Como fica a situação do antigo sócio que não aceita essas novas regras?

Caso:

STJ — INFO 138 — 3ª TURMA

FALÊNCIA. EMPRESA PRESTADORA. SERVIÇOS.

Em retificação à notícia do REsp 198.225-PR (v. Informativo n. 137), leia-se: no caso, a empresa ré é uma empresa prestadora de serviço organizada como sociedade por cotas de responsabilidade limitada, com seus atos arquivados na Junta Comercial, ou seja, como sociedade comercial. Não se trata, portanto, de sociedade civil que, mesmo adotando a forma estabelecida no Código Comercial, está inscrita no registro civil, como determina o art. 1.364 do CC. Assim sendo, é eficaz o pedido de falência instruído com duplicatas de prestação de serviços, que preenchem todos os requisitos previstos em lei para legitimar a ação executiva, quais sejam, o protesto e a comprovação da prestação de serviços. Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, não conheceu do recurso. Precedentes citados: REsp 160.914-SP, DJ 1º/3/1999, e REsp 214.681-SP, DJ 16/11/1999. REsp 198.225-PR, Rel. originário Min. Ari Pargendler, Rel. para acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 6/6/2002.

Jurisprudência.

— **Pedido de insolvência civil de sociedade que tem por objeto compra e venda, administração, incorporação e intermediação de imóveis.**

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

2004.001.20146 — APELACÃO CÍVEL.

Des. Maldonado de Carvalho — Julgamento: 07/12/2004 — Nona Câmara Cível.

PROCESSUAL CIVIL. INSOLVÊNCIA CIVIL. SOCIEDADE EMPRESARIAL. REGIME FALIMENTAR. DECRETO LEI Nº 7.661/45. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO. Com a edição do novo Código Civil, ultrapassou-se a distinção clássica entre sociedade civil e comercial. **Hoje, a empresa não é mais caracterizada pela natureza mercantil da pessoa jurídica, e sim pela exploração habitual e organizada de atividade econômica.** E o que se colhe do artigo 966 do Código Civil: “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Não se enquadrando, pois, a ré. nas exceções caracterizadoras da sociedade simples, tendo em vista o seu objetivo comercial, passa a ter incidência o disposto no art. 2.037 do Código Civil. IMPROVIMENTO DO RECURSO. (grifamos).

Obs. Não houve interposição de recurso.

— PROTEÇÃO ESPECIAL AO EXERCÍCIO DA EMPRESA.

Tributário — ICMS — Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços — Incidência.

RECURSO ESPECIAL Nº 594.927 — RS (2003/0171452-1)

RELATOR : MINISTRO FRANCIULLI NETTO

RECORRENTE : BEGÊ RESTAURANTES DE COLETIVIDADE LTDA

RECORRIDO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA.

“A penhora sobre o faturamento de uma sociedade comercial deve ser a última alternativa a ser adotada em um processo de execução, visto que implica verdadeiro óbice à existência da empresa, entendida como atividade econômica organizada profissionalmente para a produção, circulação e distribuição de bens, serviços ou riquezas (Artigo 966 do novo Código Civil: ‘*Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*’ — conceito de empresa) O ordenamento jurídico pátrio confere proteção especial ao exercício da empresa — mormente o novo Código Civil, por intermédio do Livro II, com a criação do novo Direito de Empresa -, de sorte que ampla a construção doutrinária moderna acerca de suas características.

Cesare Vivante, ao desenvolver a teoria da empresa no direito italiano (cf. *Trattato de Diritto Commerciale*. 4. ed. Milão: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1920) congregou os fatores natureza, capital, organização, trabalho e risco como requisitos elementares a qualquer empresa.



No mesmo sentido, Alfredo Rocco salienta a importância da organização do trabalho realizada pelo empresário e adverte que a empresa somente pode ser caracterizada quando a produção é obtida mediante o trabalho de outrem, a ser recrutado, fiscalizado, dirigido e retribuído exclusivamente para a produção de bens ou serviços (cf. *Princípios de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1931).

Em espécie, denota-se inequívoca a caracterização da empresa exercida por Begê Restaurantes de Coletividade LTDA — empresário e sujeito de direito, de modo que, embora seja uma abstração enquanto entidade jurídica — *tertius genus*, para Orlando Gomes; ente *sui generis*, conforme lição de Waldírio Bulgarelli e Ricardo Negrão; objeto de direito, segundo Rubens Requião -, a empresa merece tutela jurídica própria.

Ora, ao determinar a realização da penhora sobre o faturamento da requerente, sem a nomeação de administrador, o ilustre Juízo de primeiro grau não observou dois dos elementos principais da empresa, a saber, o capital e a organização do trabalho. A penhora sobre o montante de 30% (trinta por cento) do faturamento da executada, somada à ausência de nomeação de administrador, impedirá que a organização da atividade econômica pelo empresário seja realizada com regularidade e habitualidade, visto que o capital destinado ao investimento e circulação restará prejudicado.

Dessa forma, por mais que o acórdão recorrido tenha corretamente fixado o percentual sobre o qual deveria incidir a constrição — qual seja, 5% (cinco por cento) sobre o faturamento -, não nomeou administrador para gerir tal procedimento, o que representa inequívoca afronta ao artigo 620 do Código de Processo Civil. A segunda penhora equivocadamente realizada, bem como a inexistência de administrador nomeado, evidenciam que a execução não ocorreu da forma menos gravosa para o executado.

Recurso especial provido”. (REsp 594.927/RS, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 04.03.2004, DJ 30.06.2004 p. 320).

³⁴ MAMEDE, Gladston – *Empresa e Atuação Empresarial* – vol.1, Ed. Atlas, São Paulo/2004, pg 71.



AULAS 6, 7 E 8: TEORIA DA EMPRESA: ATO DE EMPRESA E ATO SIMPLES.

Na aula passada, vimos que o Direito Italiano e o Direito Brasileiro (aqui incluindo o Código Civil de 2002 e a legislação esparsa por ele recepcionada), não adotam um conceito unitário de empresa, restando para legisladores e juristas a noção econômica e a viabilidade de seu reconhecimento, com a aplicação da “Teoria dos Perfis” de Alberto Asquini, sempre que se fizer necessário.

“A empresa continua sendo um fenômeno desafiante para o Direito, não obstante já tenham decorrido tantos anos desde o seu primeiro aparecimento na legislação através do Código Napoleônico.” Waldírio Bulgarelli.

Nesta aula discutiremos a leitura do(s) seguinte(s) capítulo(s):

- Parecer: Sociedades Simples e Empresárias. Fábio Ulhoa Coelho. RCPJ: Rio de Janeiro/2003.(disponível no *site*: www.rcpj-rj.com.br)
- Parecer: Sociedades Simples e Empresárias. José Edwaldo Tavares Borba. RCPJ: Rio de Janeiro/2003. (disponível no *site*: www.rcpj-rj.com.br)
- Páginas 06 a 12 do Direito Societário. José Edwaldo Tavares Borba. Renovar: Rio de Janeiro/2004.

Leitura Complementar:

- Páginas 03 a 40 dos Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito de Empresa (arts. 996 a 1.087), vol. IX. Newton Lucca, Rogério Monteiro, J.A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Forense: Rio de Janeiro/2005.
- Capítulo I de Sociedades Comerciais — Empresa e Estabelecimento. Waldírio Bulgarelli. 2ª edição. Ed. Atlas: São Paulo/1985
- Páginas 47 a 58 do Curso de Direito Comercial. vol.I. Rubens Requião. Saraiva: São Paulo/1995.

Ementário de Temas:

- Empresário (artigo 966) é pessoa natural (empresário individual) ou jurídica (sociedades empresárias) “que titulariza a atividade econômica organizada — a empresa”³⁴.
- Ato de Empresa e Ato Simples.

³⁴ “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”



- Enunciados do CJF: 194 e 195.
- Critério da Preponderância ou Predominância.
- Da Apresentação — Pontes de Miranda.

Roteiro de Aula:

Com a entrada em vigor do Código Civil/2002, o direito privado brasileiro passa a conviver com dois regimes jurídicos distintos, quais sejam: um voltado para a atividade empresarial, e outro para o regramento dos atos simples.

Inspirado no Código Civil italiano de 1942, precisamente no artigo 2.082, o legislador brasileiro optou por não definir “empresa” — esse conceito pode ser obtido a partir da definição de empresário propagada no caput do artigo 966.³⁵

“Codice Civile, art. 2082. Imprenditore

È imprenditore chi esercita professionalmente un’attività econômica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”.

Traduzindo o artigo 966, será empresário:

- quem produz ou circula bens ou serviços — quem pratica um desses atos;
- de forma economicamente organizada — é preciso ter um mínimo de organização econômica;
- profissionalmente.

Fazendo uma comparação entre a sistemática do Código Comercial/1850 e a do Código Civil/2002, verifica-se que os itens 1, 2 e 3 abaixo são mantidos, mas agora, com o novo Código Civil, ao invés da prática de “ato de comércio”, leia-se “ato de empresa”, cujo conceito será completamente distinto.

CÓDIGO CIVIL/2002

1. para ser considerado empresário tem que praticar ATO DE EMPRESA (ato dinâmico, analisando outros itens).
2. com habitualidade.
3. com intuito de lucro.

CÓDIGO COMERCIAL/1850

1. para ser considerado comerciante tinha que praticar ATO DE COMÉRCIO (ato estático, rotulado à “compra e venda de móveis e semoventes...”).
2. com habitualidade.
3. com intuito de lucro.

³⁶ A teoria orgânica ou da realidade objetiva prega que junto a pessoas naturais, que são realidades físicas, existem os organismos sociais, constituídos pelas pessoas jurídicas, as quais têm existência e vontade próprias, distintas da de seus membros, tendo por finalidade a realização de seus objetivos sociais.

³⁷ “As pessoas jurídicas serão representadas, ativa e passivamente, nos atos judiciais e extrajudiciais, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não o designando, pelos seus diretores”.

³⁸ Tratado de Direito Privado – Tomo III – 3ª edição – Rio de Janeiro/1970. p. 231.

O intuito de lucro constitui um dos elementos caracterizadores da atividade empresarial e revela a intenção de agir, habitualmente, com vista à obtenção de vantagem econômica. Essa habitualidade no agir econômico caracteriza a profissionalidade exigida pelo Código Civil de 2002.

Podemos dividir o lucro em EMPRESARIAL e CONTÁBIL.

A diferença é que no lucro empresarial há o INTUITO DE LUCRAR, ou seja, a atividade tem como fim auferir lucro. Já o lucro contábil é uma apuração de resultados verificada através do Balanço Financeiro — que depois é transportado para o Balanço Patrimonial.

Desta forma, verificamos que uma sociedade é lucrativa através da previsão obrigatória de distribuição dos lucros entre os sócios (numa Ltda) e dos dividendos (numa S/A).

Para identificarmos o “ato de empresa”, devemos analisar o foco irradiador de riqueza, o enfoque na produção e o desenvolvimento econômico. Diante dessas constatações, a regra é ser EMPRESÁRIO.

O ATO DE EMPRESA (1) poderá ser praticado por duas pessoas: o EMPRESÁRIO INDIVIDUAL (pessoa natural) e a SOCIEDADE EMPRESÁRIA (pessoa jurídica). Já a SOCIEDADE SIMPLES não pratica ATO DE EMPRESA, mas ostenta habitualidade (2) e intuito de lucro (3). Afaste-se, desde já, a ideia de que a sociedade simples não tem intuito de lucro.

Quem pratica o ato de empresa na sociedade?

Quando o Administrador ou Diretor assina um cheque quem está assinando é a sociedade. Então quem pratica o ATO DE EMPRESA é a sociedade e não o Administrador.

Foi exatamente por essa razão que PONTES DE MIRANDA, com base na teoria orgânica³⁶, sustentou que a pessoa jurídica não podia ser representada pelo seu órgão administrativo, como dispunha o art. 17 do Código Civil de 1916³⁷, pois este nada mais é do que um membro do todo. O ato do órgão é, na verdade, ato da própria pessoa jurídica. Não haveria, portanto, representação, mas sim uma PRESENTAÇÃO, sendo o Administrador verdadeiro PRESENTANTE da sociedade.

Nas palavras de Pontes de Miranda que introduziu a terminologia no Direito Privado Brasileiro:

“De ordinário, nos atos da vida, cada um pratica, por si, os atos que hão de influir, ativa ou passivamente, na sua esfera jurídica. Os efeitos resultam de atos em que o agente é presente; pois que os pratica, por ato positivo ou negativo. A regra é a apresentação, em que ninguém faz o papel de outrem, isto é, em que ninguém representa”³⁸.

³⁹ Op.Cit. p. 233.

⁴⁰ Tratado de Direito Privado – Tomo I – 4ª edição – Revista dos Tribunais/1977. p.412.

⁴¹ “Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

“Quando o órgão da pessoa jurídica pratica o ato, que há de entrar no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, não há representação, mas apresentação. O ato do órgão não entra, no mundo jurídico, como ato da pessoa, que é órgão, ou das pessoas que compõe o órgão. Entra no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, porque o ato do órgão é ato seu.”³⁹.

Nesse sentido, acerca da natureza jurídica da Administração da sociedade, uma parte da doutrina entende tratar-se de simples mandato — teoria da representação. Nossa lei filiou-se à teoria orgânica ao “estabelecer no art. 1.018 clara distinção entre a função do administrador e a do mandatário”. (Ricardo Negrão *in* Manual de Direito Comercial e de Empresa. Saraiva/2005).

Da mesma forma, o Prof. José Edwaldo Tavares Borba entende que “o administrador é órgão da sociedade, não se confundindo, pois, com o procurador. Este, por força de um mandato, representa a sociedade num âmbito restrito dos poderes que lhe forem conferidos”. (*in* Direito Societário, Renovar/2004).

Por fim, entendendo que o órgão da sociedade não representa, apresenta, conclui Pontes de Miranda:

“O órgão da pessoa jurídica não é representante legal. A pessoa jurídica não é incapaz. O poder de apresentação, que ele tem, provém da capacidade mesma da pessoa jurídica; por isso mesmo, é dentro e segundo o que se determinou no ato constitutivo, ou nas deliberações posteriores. A apresentação é judicial ou extrajudicial (art.17 CC/1916)”⁴⁰.

A prática de ato de empresa por Fundação ou Cooperativa, não as classificam como empresárias. Essas entidades podem até apresentar os itens “1” e “2” do nosso esquema mas não se encaixam no item “3” que é, justamente, o caracterizador da prática de ato de empresa. A ausência de lucro (empresarial) fará com que a classificação empresarial se afaste.

A regra, então, é ser EMPRESÁRIO, mas existem exceções, e a primeira delas está no parágrafo único do art. 966⁴¹, que abrange atividades econômicas que, embora organizadas para produção ou circulação de bens ou serviços com intuito lucrativo, ficaram fora do alcance jurídico das normas reguladoras da empresa.

O serviço, dentro do contexto de ATO DE EMPRESA, poderá se apresentar com uma característica intelectual. Nesse caso, sendo de cunho científico, literário ou artístico, mesmo com o concurso de colaboradores ou auxiliares, não será ato de empresa.

O autor do anteprojeto que deu origem ao Código Civil de 2002, Prof. Sylvio Marcondes, conferiu a seguinte explicação para o parágrafo único do artigo 966:

⁴² Autores: SÉRGIO MOURÃO CORRÊA LIMA: Professor de Direito Comercial da UFMG; LEONARDO NETTO PARENTONI: Mestrando em Direito Comercial da UFMG; RAFAEL COUTO GUIMARÃES: Professor de Direito Comercial da PUC – MG; DANIEL RODRIGUES MARTINS: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos.

⁴³ Autor: MARLON TOMAZETTE, Procurador do Distrito Federal e Professor.

⁴⁴ Autor: MÁRCIO SOUZA GUIMARÃES, Promotor de Justiça, Professor da Escola de Direito da FGV.

⁴⁵ Autor: ANDRÉ RICARDO CRUZ FONTES, Magistratura Federal.

⁴⁶ Autor: MÁRCIO SOUZA GUIMARÃES, Promotor de Justiça, Professor da Escola de Direito da FGV.

“Dessa ampla conceituação (de empresário), exclui (o anteprojeto) entretanto, quem exerce profissão intelectual, mesmo com o concurso de auxiliares ou colaboradores, por entender que, não obstante produzir serviços, como fazem os artistas, o esforço criador se implanta na própria mente do autor, de onde resultam, exclusiva e diretamente, o bem ou o serviço, sem interferência exterior de fatores de produção, cuja eventual ocorrência é, dada a natureza do objeto alcançado, meramente acidental”.

Se parasse por aí seria ótimo, mas a lei trás um complicador.

Analisando o parágrafo único do artigo 966, encontramos uma “exceção dentro da exceção”, pois, ao mesmo tempo que retira do Direito de Empresa a disciplina das atividades intelectuais, de natureza científica, literária ou artística, estipula que esta ressalva não prevalecerá quando “o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Para entender o que é elemento de empresa devemos analisar os Enunciados n.ºs 193, 194, 195, 196 e 199 do Conselho da Justiça Federal, *verbis*:

193 — Art. 966: O exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa⁴².

194 — Art. 966: Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores da produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida⁴³.

195 — Art. 966: A expressão “elemento de empresa” demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial⁴⁴.

196 — Art. 966 e 982: A sociedade de natureza simples não tem seu objeto restrito às atividades intelectuais⁴⁵.

199 — Art. A inscrição do empresário ou sociedade empresária é requisito delineador da sua regularidade e não da sua caracterização⁴⁶.

Assim, quando a atividade intelectual (de qualquer natureza) está absorvida pela estrutura organizacional da empresa, essa atividade intelectual fará parte dos fatores de produção, juntamente com o capital, mão de obra e organização, caracterizando a prática de um ato de empresa. Neste momento, aplica-se o parágrafo único do art. 966, *in fine*.

Como exemplo, podemos citar um HOSPITAL onde trabalham muitos médicos. A prática da Medicina é atividade intelectual de natureza científica, mas o Hospital é sociedade empresária, não porque a estrutura física é grande e luxuosa ou porque tem muitos empregados, mas porque a atividade intelectual de natureza científica está absorvida pela estrutura organizacional. A atividade intelectual é um dos fatores de produção, como hotelaria, estacionamento, laboratório, setor de ambulâncias etc.

⁴² CARVALHOSA, Modesto e EIZIRIK, Nelson. A Nova Lei da S/A. Saraiva/2002. p. 281.

⁴⁶ www.rcpj-rj.gov.br

Diferente será o escritório de um famoso arquiteto, com uma estrutura enorme e luxuosa, dezenas de empregados — incluindo outros arquitetos. Aqui, a intelectualidade não é absorvida pela estrutura organizacional uma vez que os clientes procuram pelos projetos do “famoso arquiteto” e, apesar de haver vários profissionais ajudando, não passam de simples auxiliares ou colaboradores, pois a atividade intelectual é somente do “famoso arquiteto”.

Se um mesmo objeto societário apresentar ATOS DE EMPRESA e ATOS SIMPLES, deve-se adotar o **critério da preponderância** perguntando-se: *qual a atividade que prepondera ou que predomina?* Definindo, assim, pelo espectro empresarial ou pelo espectro não empresarial.

Veja-se a lição de Modesto Carvalhosa⁴⁷:

“O conceito de atividade preponderante de uma companhia para os efeitos do art. 137 III “a”, é empresarial, e não meramente jurídico-estatutário, ou seja, refere-se à atividade econômica efetivamente desenvolvida pela companhia.”

Visto isso, vamos enfrentar dois pareceres existentes no mundo jurídico, e disponíveis na página do cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas do Estado do Rio de Janeiro⁴⁸:

Analisando primeiro o parecer do Prof. Fabio Ulhoa Coelho, percebe-se uma excelente indicação da origem italiana da teoria da empresa e mostra como foi idealizada desde o ato de comércio. Em conclusão, diz que só terá organização econômica aquele que tiver estrutura, quem empregar na sua atividade “tecnologia”. Se a atividade for um tanto artesanal, um tanto amadora..., não haveria um mínimo de organização econômica.

Ora, o que é tecnologia de ponta? Dentro da realidade brasileira, quem possui tecnologia?

Não podemos interpretar, no cenário brasileiro, quem usa e quem não usa tecnologia de ponta, essa questão é altamente subjetiva.

Analisando o outro parecer, elaborado pelo Prof. José Edwaldo Tavares Borba, vemos um aprofundamento da matéria com a citação dos autores italianos e conclui que: só ostentará organização econômica quem não for Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte.

Na opinião do ilustre professor, não ostentará o mínimo de organização econômica quem for classificado de Microempresa (ME) ou Empresa de Pequeno Porte (EPP), mesmo que essa classificação seja para fins FISCAIS.

⁴⁹ Fonte: www.shoppingoiapoque.com.br

⁵⁰ Fonte: Valor Econômico em 28/04/2005.

⁵¹ ISCP – Sociedade Educacional S/A inscrita no CNPJ 62.596.408/0001-25.



Casos Concretos:

1. SHOPPING OIAPOQUE⁴⁹.

Através de uma parceria da iniciativa privada e da prefeitura de Belo Horizonte, o Shopping Oiapoque iniciou suas atividades em 4 de agosto de 2003.

O projeto do shopping popular tem por objetivo organizar a economia informal, de modo a oferecer para a população maior segurança e manter limpa a área central.

O shopping Oiapoque conta com uma administração e ampla estrutura com projeto de incêndio, equipes de segurança, limpeza, sanitários, restaurantes, lanchonetes, e várias lojas de atacado e varejo, com a mais diversificada linha de produtos e serviços.

Localizado em uma área central, o shopping Oiapoque é pioneiro na área e esta sendo visitado por pessoas de diversas classes sociais.

Pergunta-se: Diante dessa notícia podemos considerar o camelô empresário?

2. UNIVERSIDADE ANHEMBI-MORUMBI — UAM⁵⁰.

A Laureate Education, empresa americana da área de educação, que fatura mais de US\$ 648 milhões, comprou 51% da Universidade Anhembi-Morumbi, presente há 35 anos no mercado.

Passo ousado, precedido por reestruturação financeira da instituição, comandada pelo banco de investimento Pátria, que começou em 2002.

“Chegou o momento em que precisávamos definir nosso futuro e lidar com os problemas sucessórios”, conta Ângela Freitas, atual presidente da escola, filha do fundador e reitor, Gabriel Mário Rodrigues.

Nesse período, foi realizado um processo de preparação para a sucessão, que começou com a criação de um conselho de administração.

“Implantamos um mecanismo de gestão e controle, tornando nossa administração mais moderna e transparente. O que acabou atraindo o interesse da Laureate”, lembra.

A **instituição se transformou em uma SA** (Sociedade Anônima) e hoje caminha para a internacionalização. Ângela, que antes estava na presidência do conselho, foi convidada pela Laureate para assumir o comando da escola. E reconhece que tem pela frente grandes desafios.

“Para crescer globalmente e expandir as operações, ou vendíamos nossa participação ou abríamos o capital”, explica.

Os frutos da fusão já podem ser vistos. A adaptação dos currículos começa a ser feita para permitir o intercâmbio de alunos.

A Universidade Anhembi Morumbi — UAM é uma sociedade anônima de capital fechado⁵¹ cuja principal atividade é o ensino superior.



Pergunta-se: Diante da notícia acima, podemos classificar as Universidades como Sociedades Simples ou Empresárias?

Questões Propostas.

- 1) Quem era Comerciante (Código Comercial/1850), pode ser considerado Empresário?
- 2) Responda se são Simples ou Empresárias:
 - a) Companhia de Dança.
 - b) Colégio.
 - c) Academia de Ginástica.
 - d) Banco.
 - e) Cooperativa de crédito de determinados funcionários públicos, que se afigura como verdadeiro banco, com contas correntes, “cheque especial”, linha de empréstimo com cobrança de juros bancários etc.
 - f) Oficina mecânica.
 - g) Arquiteto que conta com 40 (quarenta) funcionários e tem seu escritório ocupando o andar inteiro de um prédio no Centro.
 - h) Partidos Políticos e Organizações Religiosas.

Jurisprudência:

Hospital. Opção pelo Simples. (Informativos STJ nº 268 — 14 à 18/11/2005)

O recorrido impetrou mandado de segurança insurgindo-se contra o posicionamento da Fazenda Nacional de que ele estaria impossibilitado de optar pelo Simples, por prestar serviços hospitalares, que seriam análogos aos de médicos e enfermeiros. A Turma, ao prosseguir o julgamento, negou provimento ao recurso da Fazenda Nacional, ao entendimento de que o regime do Simples é extensível aos hospitais de pequeno porte, mormente tendo em vista a prevalência do aspecto humanitário e do interesse social sobre o interesse econômico das atividades desempenhadas. Os hospitais não são prestadores de serviços médicos e de enfermagem, mas, dedicam-se a atividades que dependem de profissionais que prestem os referidos serviços, uma vez que há diferença entre a empresa que presta serviços médicos e aquela que contrata profissionais para consecução de sua finalidade. Nos hospitais, os médicos e enfermeiros não atuam como profissionais liberais, mas como parte de um sistema voltado à prestação de serviço público de assistência à saúde, motivo pelo qual não se pode afirmar que os hospitais são constituídos de prestadores de serviços médicos e de enfermagem, porquanto esses prestadores têm com a



entidade hospitalar relação empregatícia e não societária. REsp 653.149-RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 17/11/2005.

Questões de Concursos:

XXXVIII CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Três médicos — um cirurgião, um clínico e um ortopedista— constituíram uma sociedade limitada para explorar uma casa de saúde, na qual os sócios passaram a exercer suas especialidades médicas, com concurso de colaboradores e auxiliares.

Esta sociedade caracteriza-se, ou não, como empresa?

XIII CONCURSO PARA PROCURADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Responda se são Simples ou Empresárias:

- a) uma sociedade limitada que tenha por objeto a criação de gado e crie 5.000 cabeças em uma área de 10.000 hectares no Estado do Mato Grosso do Sul;
- b) uma sociedade anônima que tenha por objeto a prestação de serviço médicos;
- c) uma sociedade limitada que tenha por objeto a prestação de serviço de auditoria.

125º EXAME DA ORDEM DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO — PROVA OBJETIVA — VERSÃO 1.

42. No regime do atual Código Civil, a caracterização de determinada atividade econômica como empresarial

- a) depende de expressa previsão legal ou regulamentar, devendo a atividade constar em relação previamente expedida pelo Departamento Nacional de Registro de Comércio.
- b) é feita mediante opção do empresário, que no momento do seu registro deverá declinar se sua atividade será empresarial, ou não.
- c) é aferida *a posteriori*, conforme seja a atividade efetivamente exercida em caráter profissional e organizado, ou não.
- d) depende do ramo da atividade exercida pelo empresário, sendo empresarial a compra e venda de bens móveis e semoventes e não empresariais as demais atividades.



EXAME DA ORDEM DOS ADVOGADOS DE MINAS GERAIS
(01/2005) — PROVA OBJETIVA.

13. O EMPREENDEDOR RURAL:

- a) é sempre considerado empresário.
- b) pode ser empresário, desde que requeira sua inscrição no órgão de registro próprio.
- c) nunca será considerado empresário.
- d) pode ser considerado empresário, desde que tenha mais de cinco empregados.

**AULA 9: EMPRESÁRIO INDIVIDUAL.**

Vimos que, embora tenha havido mudança no critério de definição do objeto de Direito Comercial para o objeto de Direito Empresarial, algumas atividades continuam excluídas da condição formal de empresário, permanecendo com a natureza de não-empresarial.

Essas exceções são apontadas pelo Código Civil de 2002, nas seguintes hipóteses: aos que exercem profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística, ainda que organizados para o desempenho de atividade econômica; aos que se dedicam à atividade rural dependendo da opção pelo registro; a pequena empresa que se caracteriza, quer pela natureza artesanal de seu negócio, quer pela predominância de trabalho próprio ou de seus familiares.

Nesta aula discutiremos a leitura do(s) seguinte(s) capítulo(s):

- Páginas 107 a 119 dos Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito de Empresa (arts. 996 a 1.087), vol. IX. Newton Lucca, Rogério Monteiro, J.A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Forense: Rio de Janeiro/2005.
- Páginas 46 a 50 do Manual de Direito Comercial e de Empresa. Ricardo Negrão. Saraiva: São Paulo/2005.
- Páginas 25 a 29 do O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. Sérgio Campinho. 5ª edição Renovar/2005.

Ementário de Temas:

- Empresa é objeto de direito (atividade), sendo o empresário o sujeito de direitos. Normalmente, quem se intitula empresário não o é. Na verdade quer se referir à gerência ou à administração.
- Conceito de Empresário Individual: pessoa natural.
- Regime de Responsabilidade do Empresário Individual: patrimonial.
- Capacidade para ser empresário

Roteiro de Aula:

O Código Civil de 2002 inaugura uma nova tipologia ao indicar dois tipos de empresários: o individual (pessoa natural) e a sociedade empresária (pessoa jurídica).

⁵² MARCONDES Silvío, Questões de Direito Mercantil, pg.11 *apud* BULGARRELLI, Waldírio. A Teoria Jurídica da Empresa. Ed. RT/1985. pg 420.

⁵³ Decreto nº 3.000/99 - Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99.

(...)

Título I - CONTRIBUINTE E RESPONSÁVEIS

Subtítulo I - Contribuintes

Art. 146. São contribuintes do imposto e terão seus lucros apurados de acordo com este Decreto (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 27):

I - as pessoas jurídicas (Capítulo I);

II - as empresas individuais (Capítulo II).

§ 1º As disposições deste artigo aplicam-se a todas as firmas e sociedades, registradas ou não (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 27, § 2º).

(...)

Capítulo II - EMPRESAS INDIVIDUAIS
Seção I - Caracterização

Art. 150. As empresas individuais, para os efeitos do imposto de renda, são equiparadas às pessoas jurídicas (Decreto-Lei nº 1.706, de 23 de outubro de 1979, art. 2º).

§ 1º São empresas individuais:

I - as firmas individuais (Lei nº 4.506, de 1964, art. 41, § 1º, alínea "a");

II - as pessoas físicas que, em nome individual, explorem, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim especulativo de lucro, mediante venda a terceiros de bens ou serviços (Lei nº 4.506, de 1964, art. 41, § 1º, alínea "b");

III - as pessoas físicas que promoverem a incorporação de prédios em condomínio ou loteamento de terrenos, nos termos da Seção II deste Capítulo (Decreto-Lei nº 1.381, de 23 de dezembro de 1974, arts. 1º e 3º, inciso III, e Decreto-Lei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976, art. 10, inciso I).

(...)

O termo empresário assume a feição técnico-jurídica, segundo a qual empresário é a pessoa (empresário individual ou sociedade empresária) que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, não se confundindo com os sócios da sociedade empresária que são empreendedores ou investidores.

Autor da parte que compreendia as ‘atividades negociais’ no Anteprojeto que originou o Novo Código Civil, o Prof. Sylvio Marcondes destaca três elementos importantes dispostos no art. 966 que compõem o conceito de empresário:

- “o exercício da atividade econômica e, por isso, destinada à criação de riqueza, pela produção de bens ou de serviços para a circulação, ou pela circulação dos bens e serviços produzidos;
- atividade organizada, através da coordenação dos fatores de produção — trabalho, natureza e capital — em medida e proporção variáveis, conforme a natureza e o objeto da empresa;
- exercício realizado de modo habitual e sistemático, ou seja, profissionalmente, o que implica, em nome próprio e com ânimo de lucro”.

Conclui o eminente professor que se considera: “empresário quem exerce profissionalmente (...), isto é, a habitualidade da prática da atividade, a sistemática dessa atividade e que, por ser profissional, tem implícito que é exercida em nome próprio e com ânimo de lucro. Essas duas ideias estão implícitas na profissionalidade do empresário”⁵², ficando de fora as empresas ocasionais, mas incluindo-se as sazonais.

Assim, quando a empresa é titularizada por uma pessoa natural, tem-se a figura do empresário individual, o qual será caracterizado pelos elementos constantes no art. 966, além do requisito especial do *exercício da atividade em nome próprio*, conforme expresso no art. 968, I, no qual se estabelece, para fins de inscrição do Empresário Individual, a necessidade de informação do seu nome civil, nacionalidade, domicílio e estado civil.

Para efeitos de recolhimento de tributos federais, o Decreto n.º 3.000/99⁵³ equipara o Empresário Individual às pessoas jurídicas para fins de Imposto de Renda, impondo a ele a obrigação de se inscrever no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ). Da mesma forma, se Empresário Individual for contribuinte do ICMS, também é necessária sua Inscrição Estadual.

Apesar de receber o mesmo tratamento fiscal, não se pode concluir que o Empresário Individual seja pessoa jurídica; na realidade, ele é pessoal natural com tratamento fiscal de pessoa jurídica, por isso está submetido à inscrição no CNPJ.

Discorrendo sobre a empresa individual, ensina Rubens Requião que:

“o comerciante singular, vale dizer, o empresário individual, é a própria pessoa física ou natural, respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu, quer sejam civis, quer comerciais. A transformação

⁵⁴ CPC – “Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”.



da firma individual em pessoa jurídica é um ficção de direito tributário, somente para efeito de imposto de renda” (in Curso de Direito Comercial 1º vol, 22ª ed. Saraiva, São Paulo/1995, p. 68).

O sistema de responsabilidade do Empresário é o PATRIMONIAL, ou seja, ele responde pelas obrigações decorrentes do exercício da atividade com todos os seus bens presentes e futuros, mas sempre no limite das forças do seu patrimônio.⁵⁴ O novo regime do EIRELI (Empresário Individual de Responsabilidade Limitada) inaugurado em 2011, permitirá a afetação de parte do patrimônio da pessoa natural em prol da empresa (atividade).

Em regra, a empresa tem por lastro o patrimônio do Empresário, o qual pode ser alcançado por obrigações assumidas por ele fora das atividades empresariais, da mesma forma que as obrigações assumidas no âmbito das atividades empresariais alcançam também seus bens pessoais.

CAPACIDADE PARA SER EMPRESÁRIO

– Art. 972 do Código Civil

QUID IURIS:

1. Quem não se considera empresário?
2. Quem pode exercer a atividade empresarial?
3. Quais as pessoas impedidas de exercer a atividade empresarial?
4. O incapaz poderá exercer a atividade empresarial?

Questões de Concurso:

EXAME DA ORDEM DOS ADVOGADOS DE MINAS GERAIS (01/2005) – PROVA OBJETIVA.

13. O EMPREENDEDOR RURAL:

- a) é sempre considerado empresário.
- b) pode ser empresário, desde que requeira sua inscrição no órgão de registro próprio.
- c) nunca será considerado empresário.
- d) pode ser considerado empresário, desde que tenha mais de cinco empregados.



CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ (EDITAL Nº 01/2003).

A vigência do Código Civil de 2002 afetou de modo significativo o direito comercial brasileiro. A teoria dos atos de comércio, até então utilizada para definir o objeto deste ramo do direito pátrio, foi substituída pela teoria da empresa. Desse modo, o Código, além de apresentar o conceito de empresário, promove uma série de inovações em nosso regime jurídico comercial. Dentre elas encontra-se a (indicar a resposta correta):

1. possibilidade dos que exploram atividades rurais serem considerados empresários.
2. exclusão do setor imobiliário do âmbito das atividades empresariais.
3. inclusão dos serviços intelectuais que passam, como regra, a constituir atividades empresariais.
4. elevação do empresário à categoria de pessoa jurídica.

CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DO ESTADO DE MINAS GERAIS – 2004/2005 – PROVA OBJETIVA.

O conceito de microempresa, em nível federal, é único e se desenvolve em função do valor econômico da empresa?

EXAME DA ORDEM DOS ADVOGADOS DE MINAS GERAIS (01/2005) – PROVA OBJETIVA.

O EMPREENDEDOR RURAL:

- a) é sempre considerado empresário.
- b) pode ser empresário, desde que requeira sua inscrição no órgão de registro próprio.
- c) nunca será considerado empresário.
- d) pode ser considerado empresário, desde que tenha mais de cinco empregados.

CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ (EDITAL Nº 01/2003).

A vigência do Código Civil de 2002 afetou de modo significativo o direito comercial brasileiro. A teoria dos atos de comércio, até então utilizada para definir o objeto deste ramo do direito pátrio, foi substituída pela teoria da empresa. Desse modo, o Código, além de apresentar o conceito de empresário, promove uma série de inovações em nosso regime jurídico comercial. Dentre elas encontra-se a (indicar a resposta correta):



- a) possibilidade dos que exploram atividades rurais serem considerados empresários.
- b) exclusão do setor imobiliário do âmbito das atividades empresariais.
- c) inclusão dos serviços intelectuais que passam, como regra, a constituir atividades empresariais.
- d) elevação do empresário à categoria de pessoa jurídica.

CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DO ESTADO DE MINAS GERAIS – 2004/2005 – PROVA OBJETIVA.

O conceito de microempresa, em nível federal, é único e se desenvolve em função do valor econômico da empresa?

⁵⁵ LUCCA Newton e outros *in* Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito de Empresa (arts. 996 a 1.087), vol. IX. Forense: Rio de Janeiro/2005.

⁵⁶ MACHADO, Sylvio Marcondes *in* Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual, Ed. Freitas Bastos, São Paulo/1956.



AULA 10: EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI)

- Novo Regime da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada).
- Diferença para a Sociedade Unipessoal.

A lei n. 12.441, de 11 de julho de 2011, modificou o Código Civil, inaugurando o novo regime do EIRELI:

“Art. 44.

.....
VI — as empresas individuais de responsabilidade limitada;

Hipótese que pode parecer análoga, mas é completamente distinta é a identificada na sociedade unipessoal, na qual a sociedade pratica os atos de empresa, na qualidade de pessoa jurídica, ostentando em seu quadro societário apenas uma pessoa — sócio e não empresário. Por esta razão, a sociedade unipessoal é também chamada de sociedade de “mão única” ou até mesmo de “Sociedade Fictícia”.

— A Instrução Normativa 10/13, do Departamento de Registro Empresarial e Integração – DREI.

No Direito Brasileiro, em regra, não é permitida a existência de sociedade unipessoal, admitindo-se excepcionalmente a “sociedade de um único sócio” nos seguintes casos:

- Art. 206, I, “d” da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n.º 6.404/76) — temporariamente, entre uma assembleia ordinária e a seguinte;
- Art. 251 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n.º 6.404/76) — Subsidiária Integral; ou
- Art. 1.033, IV, do Código Civil de 2002 — temporariamente, no prazo máximo de 180 dias entre as sociedades em geral.

Tais hipóteses serão objeto de estudo posterior.

A ausência de uma disciplina normativa para a empresa individual de responsabilidade limitada no novo Código Civil foi muito criticada pela doutrina nacional — Alguns exemplos: Oscar Barreto Filho *in* “O projeto do Código Civil e normas sobre a atividade negocial”; Waldírio Bulgarelli *in* “A atividade negocial no projeto do Código Civil brasileiro”; Othon Sidou *in* “Breves notas sobre a atividade negocial no anteprojeto do Código Civil”, Newton de Lucca *in* “Breves observações sobre as chamadas Sociedades Unipessoais” — Revista Balancete Mensal — Associação dos bancos do Estado de São Paulo — n.º 68, agosto/1979⁵⁵. Também Fábio Konder Comparato *in* “O poder de controle na S/A” (tese, Ed. RT/1975 nota n.º 8).

A unipessoalidade foi tema brilhantemente abordado pelo Prof. Sylvio Marcondes, em 1956, quando defendeu sua tese intitulada “Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual”⁵⁶, que já anunciava ser

“corrente que o princípio da responsabilidade patrimonial ilimitada, especialmente no caso das pessoas físicas, não se coaduna com os caracteres da atividade econômica moderna. A extensão e o complicado entrelaçamento dos negócios, a enorme dificuldade de previsão nas operações comerciais e industriais, os riscos e perigos que as circundam na interdependência, freqüentemente mundial, dos fatores econômicos, impõe a limitação dos riscos patrimoniais, e com um impulso irresistível, que se desafoga inevitavelmente no ludíbrio à lei, quando não encontra nesta a fórmula correspondente”.

Assiste razão ao professor, pois a possibilidade de limitar o risco de quem pretende se lançar sozinho no mercado empresarial é um poderoso fator de estímulo ao surgimento de empresários, verdadeiros geradores de riquezas, que desempenham importante papel sócio-econômico.

Por fim, quanto à necessária limitação do risco no exercício da atividade empresarial, entende o professor que:

“não obstante, setores há, de atividade, no campo da economia, em que a aplicação do princípio deve sofrer atenuações, sob pena de entrave ao progresso dos empreendimentos humanos. Os vultosos recursos necessários ao desenvolvimento de certas iniciativas, o risco de prejuízos peculiar a determinados negócios, a falta de habilitação técnica de pessoas providas de capitais, a alta especialização de vários ramos profissionais — eis algumas, das múltiplas razões, subjetivas ou objetivas, que determinam a conciliação daquele preceito geral, com interesses especiais da coletividade. É nas necessidades do tráfico que operam esses motivos e, por isso, ao Direito Mercantil e às leis do comércio compete regular-lhes os efeitos, harmonizando conveniências e engendrando as formas próprias”.

Na Alemanha, onde o patrimônio de afetação é aceito, a Sociedade Unipessoal é admitida por lei (*Einnmann Gesellschaft*), como também ocorre na Inglaterra (*One Man's Company*). Ao mesmo tempo, na França, o instituto encontra respaldo desde 1985, com o advento da Lei n.º 85.697 de 11/07/1985 e art. 1832 do Código Civil Francês. Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 257 de 31/12/1996 e o art.2º acrescentou os artigos 270-A e seguintes ao Código das Sociedades Comerciais — “Sociedade Unipessoal por Cotas”, trazendo o instituto à baila. Na União Europeia, destaca-se o disposto sobre o tema na Diretiva 89/667/CEE 21/12/1989.

Por tais razões o direito brasileiro, tardiamente, adotou em 2011, a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada).



As Jornadas de Direito Civil realizadas pelo Conselho da Justiça Federal aprovaram o seguintes enunciados sobre EIRELI:

468) Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural.

469) Arts. 44 e 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado.

470) Art. 980-A. O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

471) Os atos constitutivos da EIRELI devem ser arquivados no registro competente, para fins de aquisição de personalidade jurídica. A falta de arquivamento ou de registro de alterações dos atos constitutivos configura irregularidade superveniente.

472) Art. 980-A. É inadequada a utilização da expressão “social” para as empresas individuais de responsabilidade limitada.

473) Art. 980-A, § 5º. A imagem, o nome ou a voz não podem ser utilizados para a integralização do capital da EIRELI.

A EIRELI não se confunde com a sociedade unipessoal. Há situações peculiares para a ocorrência da sociedade unipessoal na legislação brasileira, o art. 978 do Código Civil de 2002 apresenta uma regra específica que pode ser o nascedouro da ideia de diferenciação patrimonial para o Empresário, com a possibilidade de identificação de algum bem, criando o chamado PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO — que é o patrimônio que está ligado à atividade.

Aqui, o legislador “retirou” a empresa da administração comum do casal, permitindo ao empresário casado alienar os imóveis que integram o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real, sem necessidade da outorga conjugal, qualquer que seja o regime de casamento (art. 1.647).

***Quid iuris:* Pode haver a instituição de EIRELI simples?**



AULA 11: ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL.

Nesta aula, vamos lembrar um pouco da teoria da empresa que estudamos por meio dos “*Perfis*” de Alberto Asquini, enfatizando a concepção da empresa por sua apresentação objetiva (perfil objetivo ou patrimonial) e não por sua atividade (perfil funcional) ou pela atuação de seu titular (perfil subjetivo).

“Dessarte, o tormentoso e jamais claramente determinado conceito de ‘ato de comércio’, é substituído pelo de empresa, assim como a categoria de ‘fundo de comércio’ cede lugar à de ‘estabelecimento’. Consoante a justa ponderação de René Savatier, a noção de ‘fundo de comércio’ é uma concepção jurídica envelhecida e superada, substituída com vantagem pelo conceito de estabelecimento, ‘que é o corpo de um organismo vivo’, ‘todo conjunto patrimonial organicamente grupado para a produção.’ (‘La Théorie des Obligations’, Paris, 1967, p. 124).”⁵⁷

Nesta aula discutiremos a leitura do(s) seguinte(s) capítulo(s):

- Páginas 59 a 105 do Manual de Direito Comercial e de Empresa. Ricardo Negrão. Saraiva: São Paulo/2005.
- Páginas 297 a 321 de O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. Sérgio Campinho. 5ª edição Renovar/2005.
- CAVALLI, Cássio Machado. Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 858, p. 30-47, abr. 2007.

Leitura Complementar:

- Páginas 49 a 63 de Sociedades Comerciais — Empresa e Estabelecimento. Waldírio Bulgarelli. 2ª edição. Ed. Atlas/1985.
- Páginas 96 a 115 do Curso de Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho. 8ª edição. Saraiva/2004.
- Páginas 77 a 82 dos Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito de Empresa (arts. 996 a 1.087), vol. IX. Newton Lucca, Rogério Monteiro, J.A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Forense: Rio de Janeiro/2005.
- Páginas 93 a 114 do Manual de Direito Comercial. Waldo Fazzio Júnior. 4ª edição, Atlas. São Paulo/2004.

⁵⁷ LUCCA, Newton e outros *in* Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito de Empresa (arts. 996 a 1.087), vol. IX. Forense: Rio de Janeiro/2005.

Ementário de Temas:

- Conceito de Estabelecimento: art. 1.142 do Código Civil de 2002.
- Objeto de Direito e Universalidade de Fato.
- Natureza jurídica de bem móvel, apesar de o imóvel integrar o estabelecimento (posição contrária de Rubens Requião).
- Visão patrimonial do estabelecimento — balanço empresarial (moderno) X balanço contábil (tradicional).
- Ponto Empresarial, Aviamento, Clientela e Freguesia.
- Breves comentários sobre: Nome empresarial, Título do Estabelecimento e Marca.

Roteiro de Aula:

Pela primeira vez o direito brasileiro **conceitua** o estabelecimento, regulando seu tratamento nos artigos 1.142 a 1.149 do Código Civil de 2002. Este verdadeiro “atraso” na disciplina de matéria tão importante sempre foi alvo de crítica pela doutrina:

“O direito brasileiro encontra-se extremamente atrasado na construção legislativa do moderno instituto. Não temos leis que regulem a matéria, com enormes prejuízos para o comércio e para a estabilidade das relações jurídicas”⁵⁸.

“A propósito, assinala o Prof. Oscar Barreto Filho, que não tem justificativa haverem os códigos comerciais omitido a disciplina do estabelecimento...”⁵⁹.

A figura jurídica do estabelecimento não é nova, porquanto os romanos se referiam ao *negotium*, ou *negotiatio*, ponto de partida, na evolução do direito comercial. Nomina-se na França e na Bélgica, *fonds de commerce*; na Alemanha, *geschaft* ou *handelgesellschaft*; nos EUA e Inglaterra, *goodwill*; na Espanha, *hacienda*; na Itália, *azienda*.

Importante influência nas reformas da legislação brasileira, o Código Civil italiano de 1942, define *azienda* em seu art. 2.555 como “*il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*”.⁶⁰

Sem discrepância com a legislação italiana, o Código Civil de 2002, estabeleceu o conceito de estabelecimento em seu art. 1.142 como “todo o complexo de bens organizados, para o exercício da empresa, pelo empresário, ou sociedade empresária”.

⁵⁸ REQUIÃO, Rubens in Curso de Direito Comercial. Saraiva: São Paulo/1995. pg 203.

⁵⁹ apud BULGARELLI Waldírio in Sociedades Comerciais – Empresa e Estabelecimento. 2ª edição. Ed. Atlas/1985. pg 50.

⁶⁰ Azienda é o complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício da empresa.



FORMAÇÃO DO ESTABELECIMENTO.

Esquema:

Corpóreos: máquinas, balcões, estoque, veículos, imóvel onde pratica atividades etc.

+

Incorpóreos: marca, estratégia, logística, *Know How* etc.

Diante do conceito disposto no art. 1.142 e do esquema acima exposto, temos que o estabelecimento é formado pelo conjunto de bens corpóreos e incorpóreos, organizados pelo empresário ou sociedade empresária, para o desenvolvimento da sua atividade.

Nas palavras do Prof. Oscar Barreto Filho:

*“Os bens (...) são conjugados em função do fim colimado, e aí surge o elemento estrutural: a organização — a combinação do capital, trabalho e organização para o exercício da atividade produtiva é que se denomina — estabelecimento ...”*⁶¹.

Os bens que compõem o estabelecimento são perfeitamente mensuráveis individualmente (como o estoque de mercadorias), mas o produto da soma de cada um não retratará o valor do estabelecimento (complexo de bens).

Esse complexo de bens de vários tipos e de natureza diversa é encarado unitariamente pelo direito como bem coletivo na forma prevista do art. 90 do Código Civil de 2002⁶², que dispõe sobre a universalidade de fato, assinalando a natureza jurídica do estabelecimento como de BEM MÓVEL.

Diferentemente da universalidade de direito, apesar da lei dispor sobre o estabelecimento, ela não diz como ele será formado. É o empresário ou a sociedade empresária que **organiza** os bens e geram a universalidade — DE FATO. A organização impressa será o cerne do conceito de estabelecimento.

Existe uma discussão sobre a possibilidade de inclusão do bem imóvel no estabelecimento, exatamente em função da sua natureza jurídica de bem móvel, asseverando o Prof. Rubens Requião pela negativa, em virtude da incompatibilidade quando da alienação; contudo, a maioria dos doutrinadores⁶³ assertam no sentido da possibilidade, até mesmo em razão da lógica, sendo na grande maioria das vezes impossível a análise de um fundo de empresa dissociado do bem imóvel.

Quando da alienação do estabelecimento, bastará a identificação do bem imóvel, destinando o tratamento específico à alienação dos bens móveis (em regra: escritura pública + registro de imóveis).

⁶¹ apud BULGARELLI Waldírio in Sociedades Comerciais – Empresa e Estabelecimento. 2ª edição. Ed. Atlas/1985. pg 51.

⁶² Art.90. Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.

Parágrafo único. Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias.

⁶³ Neste sentido: Oscar Barreto Filho, Waldírio Bulgarelli, Ricardo Negrão, Fran Martins.

“... quando os imóveis pertencem ao comerciante, para o seu estabelecimento... esses imóveis se incorporam ao fundo de comércio e, ao ser vendido o estabelecimento comercial, figuram no mesmo... assume o imóvel o caráter de bem comercial pela sua destinação...” (MARTINS, Fran in Curso de Direito Comercial, 28ª edição. Forense/2002. pg 368).

A possibilidade anotada no art. 1.143 do Código Civil de 2002 do estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, não exclui a constituição de relações jurídicas próprias envolvendo os bens que o compõem.

Assim, o estabelecimento poderá ser alienado por sua totalidade sem a necessidade de se especificar os bens corpóreos e incorpóreos, da mesma forma que uma das máquinas poderá ser vendida isoladamente ou mesmo uma das lojas (no caso de estabelecimento com unidades autônomas ou estabelecimentos secundários⁶⁴) sem precisar transferir seu título ou sua marca, sendo necessário, todavia, que no instrumento de trespasse sejam identificados os itens objeto de alienação.

Embora seja uma unidade jurídica, é muito difícil determinar o valor do estabelecimento pois, ao organiza-lo, o empresário agrega um sobrevalor aos bens que os integram, ou seja, enquanto esses bens permanecem em função da empresa, o conjunto alcança, no mercado, um valor superior à simples soma de cada um deles em separado.

Podemos citar como exemplo, um empresário interessado em ingressar no ramo da panificação. Ele poderá negociar e adquirir uma padaria que já existe, ou começar do “zero” e montar sua própria padaria.

No primeiro caso, o valor gasto pelo empresário será muito maior porque, ao comprar o estabelecimento já organizado, ele pagará não apenas pelos bens que existem, mas também por toda a organização existente.

Essa organização é uma integração de recursos e atividades empresariais que não estão inseridas nos balanços contábeis pelo fato de não existirem valores contábeis correspondentes. Como mensurar a capacidade de desempenho profissional dos empregados? Ou a capacidade de desenvolvimento da empresa? Ou mesmo seus direitos de exploração de recursos naturais, patentes, sistema de informação, cultura empresarial, imagem da empresa e dos seus produtos, relações com o poder político, carteira de clientes entre outros?

Importante esclarecer que, conquanto o estabelecimento seja um patrimônio especificado, empregado para a consecução da atividade empresarial, ele não se confunde com o patrimônio do empresário ou da sociedade empresária; em fato, o patrimônio empresarial pode estar dividido em diversos estabelecimentos⁶⁵ (vimos, anteriormente, a possibilidade de alienação de parte do estabelecimento).

Nas palavras do Prof. Oscar Barreto Filho⁶⁶:

“No sentido econômico, o patrimônio comercial, tanto da pessoa física quanto da pessoa jurídica, constitui-se inicialmente pelo capital, que, de ordinário, é representado por dinheiro. Mas, para a consecução do objetivo econômico, faz-se mister aplicar o capital em bens adequados ao exercício do comércio (máquinas, matérias-primas, mercadorias

⁶⁴ Gladston Mamede identifica como unidades autônomas: filiais, agências e sucursais; e, conceitua estabelecimento secundário como uma unidade em especial, destacada da totalidade da empresa e de seu respectivo estabelecimento, como a “Lojas Americanas S/A” que se constitui de vários estabelecimentos secundários, exercendo atividade empresarial de forma uniforme e sobre o mesmo título de Lojas Americanas (in Empresa e Atuação Empresarial. Vol.1. Ed. Atlas/2004. pg. 182).

⁶⁵ MAMEDE, op.cit..pg. 180.

⁶⁶ apud BULGARELLI Waldírio. Op.cit. pg. 54 e 55.



etc). Da transformação do capital num complexo de bens apropriados para o exercício da atividade mercantil resulta o estabelecimento comercial”.

São atributos ou qualidades do estabelecimento ou fundo empresarial:

- Ponto empresarial — É o elemento físico ou virtual onde se localiza o estabelecimento.
- Aviamento — É a perspectiva de lucratividade, é a aptidão para se produzir e gerar riquezas, pode ser a “distribuição do produto”, “prazo de entrega”... são elementos de conceito imaterial, em regra, e que integram a organização, como os exemplos que dados anteriormente.
- Clientela — É constituída pelo conjunto de pessoas que habitualmente contratam com o empresário individual ou com a sociedade empresária.
- Freguesia — É igual à clientela só que difere no que concerne à habitualidade em contratar com o empresário individual ou sociedade empresária, na freguesia não há habitualidade em contratar, é eventual.

A clientela e o aviamento são atributos (qualidades) inalienáveis, isto é, não podem ser objeto isoladamente de alienação de um estabelecimento empresarial. Ambos são essenciais para a existência da empresa e só têm validade enquanto o estabelecimento está em atividade. Extinguindo-se a atividade, eles desaparecem.

Em regra, todo estabelecimento tem um título para identificá-lo (título do estabelecimento), assim como a sociedade empresária e o empresário têm um nome (nome empresarial) e o produto tem sua marca.

CASO PARA PESQUISA: QUAL É A DIFERENÇA ENTRE?

- Grupo Pão de Açúcar
- Pão de Açúcar
- Extra
- Assaí
- Casas Bahia
- Ponto Frio

A marca é bem móvel, tem valor econômico, podendo ser alienada ou arrecadada numa eventual falência. A proteção da marca é nacional e se dá com o registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial — INPI. Já



o nome empresarial, recebe a vedação do art. 1.164 do Código Civil e não pode ser alienado. Quanto a sua proteção, esta decorre do registro do ato constitutivo na Junta Comercial ou no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e tem alcance estadual.

A proteção do Título do Estabelecimento.

Apesar da legislação brasileira não exigir o registro do título, não se pode negar sua importância para o estabelecimento empresarial. É através dele que a sociedade faz propaganda e busca a clientela. Da mesma forma, permite aos consumidores escolherem onde irão efetuar suas compras (funcionando como uma referência).

Para impedir que um estabelecimento utilize o título de outro, pode-se inserir uma cláusula no ato constitutivo da sociedade que preveja a proteção (âmbito estadual) ou registrá-lo como marca (âmbito federal).

O tema “Nome Empresarial” será objeto de estudo em outra aula.

Jurisprudência.

COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE APURAÇÃO DE HAVERES. COISA JULGADA NÃO IDENTIFICADA. PREQUESTIONAMENTO DEFICIENTE. CRITÉRIO DE LEVANTAMENTO PATRIMONIAL. DECRETO N. 3.708/1919, ART. 15. EXEGESE.

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADA.

I. Não se configura coisa julgada se na ação anterior o sócio excluído buscava a anulação do ato que o excluiu, apenas apreciando-se tal tema desfavoravelmente ao mesmo, e na presente demanda, tornado irreversível o seu afastamento da sociedade, discute-se o critério de apuração dos seus haveres.

II. Deficiência de prequestionamento a impedir o exame do especial em toda a sua extensão.

III. Afastado o sócio minoritário por desavenças com os demais, admite-se que a apuração dos haveres se faça pelo levantamento concreto do patrimônio empresarial, incluído o fundo de comércio, e não, exclusivamente, com base no último balanço patrimonial aprovado antes da ruptura social.

IV. Dissídio não configurado.

V. Recurso especial não conhecido.

(REsp 130.617/AM, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 18.10.2005, DJ 14.11.2005 p. 324). (grifamos)



QUESTÕES DE CONCURSO:

CONCURSO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO DO ESTADO DE MINAS GERAIS — 2003/2004.

Questão nº 87

Estabelecimento é o complexo de bens organizado para o exercício da empresa. A definição é:

- a. correta, porque nela existem todos os elementos.
- b. incorreta, por faltar menção a fundo de comércio.
- c. incorreta, porque nela haverá de figurar os bens particulares dos sócios.
- d. incorreta, porque nela falta o aviamento.
- e. incorreta, porque nela falta a especificação da atividade.

124º EXAME DA ORDEM DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO — PROVA OBJETIVA — VERSÃO 1.

46. Pessoa física com menos de 16 anos de idade pode ser titular de estabelecimento comercial se

- a. o explorar com seus recursos próprios.
- b. tiver autorização dos pais ou do tutor.
- c. o receber por herança e tiver autorização judicial.
- d. for sócia de sociedade empresária.

III EXAME DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO DISTRITO FEDERAL (2004.2) — PROVA OBJETIVA.

31. Empresa, Estabelecimento e Empresário como institutos jurídicos são, respectivamente:

- a. Atividade, instrumento de atividade e sujeito de direito; **(CORRETA)**
- b. Sociedade, universalidade de direito e sujeito de direito pessoa física;
- c. Sociedade, universalidade de fato e sujeito de direito;
- d. Atividade, imóvel da sede e sócio majoritário.

176º CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Qual dos elementos ou qualidades de uma empresa ajusta-se à ideia de “projeção patrimonial da empresa”?

- a. Estabelecimento.
- b. Fundo de comércio. **(CORRETA)**
- c. Ativo imobilizado.
- d. Clientela.



AULAS 12 E 13: ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL — CONTRATO DE TRESPASSE.

Vimos que o Código Civil de 2002, pela primeira vez, estabeleceu o conceito de estabelecimento como um complexo de bens de vários tipos e de natureza diversa que são organizados pelo empresário ou pela sociedade empresária, para o desenvolvimento da sua atividade. O estabelecimento é encarado unitariamente pelo direito (universalidade de fato) e tem natureza jurídica de BEM MÓVEL.

“L’azienda e` il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa”. (Art. 2.555 — Codice Civile).

Nesta aula discutiremos a leitura do(s) seguinte(s) capítulo(s):

- Páginas 278 a 282 do Curso de Direito Comercial vol I. Rubens Requião. 25ª edição. Saraiva: São Paulo/2003.
- Páginas 321 a 324 de O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. Sérgio Campinho. 5ª edição. Renovar/2005.
- Páginas 64 a 67 de Sociedades Comerciais — Empresa e Estabelecimento. Waldírio Bulgarelli. 2ª edição. Ed. Atlas/1985.
- Páginas 17 a 22 do Direito Societário. José Edwaldo Tavares Borba. Renovar: Rio de Janeiro/2004.

Leitura Complementar.

- Páginas 77 a 105 do Manual de Direito Comercial e de Empresa. Ricardo Negrão. Saraiva: São Paulo/2005.
- Páginas 116 a 124 do Curso de Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho. 8ª edição. Saraiva/2004.

Ementário de Temas:

- Contrato de Trespasse: transferência do estabelecimento.
- Conseqüência em relação ao:
 - Passivo Geral — art. 1.446 do Código Civil de 2002.
 - Passivo Trabalhista: art. 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT.
 - Passivo Fiscal: art. 133 do Código Tributário Nacional — CTN (com modificação introduzida pela LC 118/05).



- Contrato de locação empresarial — proteção ao ponto empresarial.
- Desapropriação do estabelecimento empresarial.
- Cláusula de não restabelecimento — art. 1.147 do Código Civil de 2002.

Roteiro de Aula:

Vimos na aula passada que o estabelecimento pode ser objeto de negócios jurídicos que tenham por destinação a transferência de titularidade da esfera patrimonial de um sujeito para a de outro diferente ou em que apenas ocorra a transferência do direito de uso ou de gozo a outrem (art. 1.143).

O Trespasse é popularmente conhecido pela expressão “passa-se o ponto” ou “passo o ponto”. É o contrato de compra e venda (transferência onerosa) do estabelecimento empresarial. Por meio deste contrato, o alienante/trespasante transfere o domínio do complexo de bens organizados para a atividade empresarial, e, o adquirente/trespasário se obriga a pagar pela aquisição, ocorrendo uma “sucessão subjetiva, vale dizer, sucessão de sujeito: o estabelecimento passará a ter um novo titular⁶⁷”.

Em virtude dessa sucessão de direito e deveres, bem como a constituição de relações jurídicas sobre o estabelecimento, o Código Civil de 2002, no art. 1.144, exige que o contrato cujo objeto seja a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento só produza efeitos perante terceiros após a devida averbação no registro empresarial e a respectiva publicação pela imprensa oficial.

Prevê o Código Civil de 2002 que a alienação do estabelecimento seguirá as determinações estabelecidas no art. 1.145, viabilizando, assim, a transferência do estabelecimento sem ferir o direito dos credores. A Lei n.º 11.101/2005 (nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas), seguiu o mesmo propósito de salvaguardar o direito dos credores ao impor restrições à venda do estabelecimento empresarial, sob pena de ineficácia⁶⁸.

Essa proteção genérica às obrigações não solvidas, anteriores à sucessão, conhece uma ampliação no art. 1.146, que cria uma ampla solidariedade subjetiva, entre sucessor e sucedido, pelas obrigações que estejam regularmente contabilizadas⁶⁹. Inovou, assim, o Código Civil de 2002, ao dizer que o adquirente do estabelecimento responde também pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que escriturados contabilmente, pois, até então, entendia-se que o estabelecimento só compreendia os elementos do ativo.

A regra do art. 1.146, que sofre a influência do art. 2.558 do *Codice Civile* italiano⁷⁰, determina o prazo de um ano, durante o qual, o alienante continua solidariamente obrigado, a contar da publicação do trespasse no caso de obrigações vencidas, e, a contar do vencimento, no caso das dívidas vincendas.

Esquema:

⁶⁷ MAMEDE, Gladston *in* Direito Empresarial Brasileiro vol.1. ed. Atlas. São Paulo/2004. pg.189.

⁶⁸ Art. 129. 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: (...)

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 (trinta) dias, não houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos; (...).

⁶⁹ MAMEDE, op.cit. p.191.

⁷⁰ *Codice Civile. Art. 2558. SUCCESIONE NEI CONTRATTI.*

1. Se non e' pattuito diversamente l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale.

2. Il terzo contraente puo' tuttavia recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento, se sussiste una giusta causa, salvo in questo caso la responsabilita' dell'alienante.

3. Le stesse disposizioni si applicano anche nei confronti dell'usufruttuario e dell'affittuario per la durata dell'usufrutto e dell'affitto.

Representação patrimonial do Empresário ou da Sociedade Empresária.

ATIVO	PASSIVO
Dinheiro em caixa	Contas, tributos, salários, prestações etc.
Imóvel (sede)	
Estoque (faz parte do estabelecimento)	
Veículos (faz parte do estabelecimento)	PATRIMÔNIO LÍQUIDO
Outros...	

Toda pessoa tem patrimônio, pois para ter patrimônio basta estar vivo. A pessoa natural ou jurídica (que nasce com o registro do ato constitutivo) tem personalidade, e, por conseguinte, são capazes de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem civil. Essa capacidade de direito é inerente à personalidade e só não é exercida ilimitadamente, quando há restrições para o seu exercício pessoal de fato. É o caso do incapaz, que, embora seja capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem civil, não pode exercer essa capacidade de forma direta, devendo ser representado ou assistido, conforme o caso.

Segundo Clóvis Bevilacqua, patrimônio é o complexo das relações jurídicas de uma pessoa que tiverem valor econômico. Assim, seus elementos são, de um lado, o ATIVO (os bens econômicos), e, de outro, o PASSIVO (as dívidas); o patrimônio líquido será o que resta depois de solvido o passivo, e constitui então a expressão econômica desse patrimônio naquele momento⁷¹.

Nesse contexto se insere a figura do estabelecimento, não se confundindo, necessariamente, com o patrimônio — não raro encontraremos, em algumas atividades, todos os bens constantes do ativo fazendo parte do estabelecimento. Em outras hipóteses poderemos encontrar diversos bens do ativo dispostos em vários estabelecimentos. E ainda poderemos encontrar bens que façam parte do ativo e não façam parte do estabelecimento.

Quando da realização do *traspasse* o adquirente pode ser instado a pensar em adquirir apenas a parte “boa” — estabelecimento e deixar a parte “ruim” — passivo para trás. Diante desse real possível intento, torna-se necessário fazer um perfeito detalhamento das conseqüências patrimoniais quando da alienação do estabelecimento.

O art. 1.146 do Código Civil de 2002 dispõe sobre o passivo geral ou *quirografário*.

Em relação ao **Passivo Trabalhista**, temos a sucessão de empregadores prevista nos arts. 10⁷² e 448⁷³ da CLT. A expressão “empresa” nesses dois artigos enfatiza a despersonalização do empregador, vinculando o contrato de trabalho ao estabelecimento (estrutura econômica com “força” para eventual indenização), independentemente de quem seja seu proprietário (titular do

⁷¹ BULGARELLI, Waldírio *in* Sociedades Comerciais. Ed Atlas. São Paulo/1985. pg.54.

⁷² Art.10. qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

⁷³ Art.448. a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

estabelecimento). Para o legislador trabalhista “empresa”, seja pessoa natural ou jurídica, é quem contrata, paga salários e dirige o trabalho subordinado.

A Lei n.º 11.101/05⁷⁴ (**Lei de Recuperação de Empresas**) excepciona essa regra quando prevê que o passivo trabalhista fica escriturado na massa falida, no quadro geral de credores. Assim, no caso da transferência de estabelecimento durante um processo de Falência ou de Recuperação Judicial, não haverá sucessão trabalhista. Tal regra pode parecer violadora dos direitos dos trabalhadores, mas, na verdade, visa à manutenção da estrutura empresarial econômica, com o escopo de minorar os efeitos danosos da insolvência empresarial ao empregado.

Em relação ao **Passivo Fiscal** quando do Contrato de Trespasse, a regra está disposta no art. 133 do Código Tributário Nacional — CTN⁷⁵, que prevê a responsabilidade subsidiária ou integral do adquirente, caso o alienante continue ou não a explorar o comércio.

Dispõe a nova redação dada ao art. 133 do CTN pela Lei Complementar n.º 118/05, que incluiu os parágrafos 1º, 2º e 3º ao artigo, sobre a exclusão de responsabilidade tributária, como regra geral, na aquisição de estabelecimento, na hipótese de esta decorrer de alienação judicial em processo de Falência ou de alienação judicial de filial ou unidade produtiva isolada, em plano de Recuperação Judicial. Em outros termos, não haverá sucessão do arrematante do estabelecimento nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária e trabalhista. A razão de ser dessa nova norma é a mesma encetada para a questão trabalhista acima indicada.

No local onde o estabelecimento está situado existe o “ponto”, que não é o imóvel. O “ponto” é uma das qualidades do estabelecimento assim como o aviamento (que é a aptidão para gerar e produzir riquezas), a clientela (quem habitualmente contrata com o empresário ou sociedade empresária) e a freguesia (quem eventualmente contrata com o empresário ou sociedade empresária).

Proteção ao Ponto Empresarial.

O ponto empresarial é o local em que o estabelecimento está situado — sua situação geográfica, sua localização, o que implica atentar para as relações entre o estabelecimento empresarial e sua vizinhança. Sua proteção parte da constatação de que essa localização possui relevância para a atuação e para o sucesso empresarial⁷⁶, daí o empresário ou sociedade empresária ter prioridade na utilização do imóvel onde exerce sua atividade. O ponto produz uma força de atração da clientela e da freguesia e, por essa razão, merece proteção.

Normalmente, o imóvel onde se situa e ocorre a atividade empresarial é alugado. Por meio da Lei n.º 8245/1991, que regula a locação imobiliária

⁷⁴ Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

(...)

II - o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

(...)

§ 2º Empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior.

⁷⁵ Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

§ 1º O disposto no caput deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial:

I - em processo de falência;

II - de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial.

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo quando o adquirente for:

I - sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial;

II - parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou

III - identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária.

§ 3º Em processo da falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário.

⁷⁶ MAMEDE, op.cit. p.252.

urbana, confere-se proteção especial ao “ponto empresarial”, impedindo que o locador se beneficie da valorização do “ponto”, fruto do adequado desempenho empresarial do locatário.

Em seu art. 51⁷⁷, a Lei n.º 8245/1991 garante ao locatário o direito de renovação compulsória do contrato de locação empresarial (não residencial) destinada ao comércio. Os requisitos dispostos nos incisos do art. 51 se repetem como condições da Ação Renovatória, cumulado com outros no art. 71⁷⁸ da referida Lei. Na falta de um deles, a renovação não poderá ser feita, eis que são requisitos materiais.

Como conseqüências dessa proteção especial ao “ponto”, a renovação compulsória garante ao locatário-empresário a permanência no local explorando sua atividade por meio da clientela e freguesia que conquistou, dos direitos que adquiriu, dos serviços que tratou (luz, água, esgoto, comunicações, entre outros), da logística que desenvolveu etc. Além do interesse do Estado na preservação da empresa, na manutenção da unidade produtiva em virtude de sua função social (vide Aula 02).

Não obstante a proteção ao ponto empresarial conferida pela lei, o direito de propriedade é constitucionalmente garantido (art. 5.º, XXII da Constituição Federal) ao locador que poderá retomar o imóvel objeto de locação empresarial (não-residencial) que lhe pertence, todavia, as hipóteses são dispostas de forma restritiva no art. 52, I e II e art. 72, III da Lei n.º 8.245/1991⁷⁹, que devem ser interpretadas, repita-se, restritivamente.

O art. 52, § 3º da Lei n.º 8.245/1991, confere ao locatário o direito à indenização por lucros cessantes e para ressarcimento dos prejuízos que tiver de arcar com a mudança, perda do “ponto” e desvalorização do estabelecimento, se a renovação não ocorrer em razão de proposta de terceiro, em melhores condições, ou se o locador, no prazo de 03 (três) meses da entrega do imóvel, não der o destino alegado ou não iniciar as obras determinadas pelo Poder público ou que declarou pretender realizar.

O Código Civil, como Lei geral, não é aplicado quando a matéria tratada for locação, isto porque o art. 2.036 ressalta que a Lei de Locações (Lei n.º 8245/1991), que é Lei especial, permanece em vigor. No entanto, quando a lei especial é omissa, a matéria deve ser tratada pela lei geral.

Entretanto, a Lei de Locações é omissa no que tange ao regramento da relação locatícia quando da transferência do estabelecimento. Assim, recorrendo ao Código Civil (regra geral), encontraremos no art. 1.148, a regra da sub-rogação dos contratos sem natureza pessoal — na presente hipótese o contrato de locação é contrato real (e não pessoal). Excepcionando a regra, o artigo permite ajuste em contrário, o que possibilita a inserção de cláusula de rescisão do contrato de locação nas hipóteses de alienação do estabelecimento, falência, inadimplência, entre outras.

⁷⁷ Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente:

I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado;

II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos;

III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos.

1º O direito assegurado neste artigo poderá ser exercido pelos cessionários ou sucessores da locação; no caso de sublocação total do imóvel, o direito a renovação somente poderá ser exercido pelo sublocatário.

2º Quando o contrato autorizar que o locatário utilize o imóvel para as atividades de sociedade de que faça parte e que a esta passe a pertencer o fundo de comércio, o direito a renovação poderá ser exercido pelo locatário ou pela sociedade.

3º Dissolvida a sociedade comercial por morte de um dos sócios, o sócio sobrevivente fica sub-rogado no direito a renovação, desde que continue no mesmo ramo.

4º O direito a renovação do contrato estende-se às locações celebradas por indústrias e sociedades civis com fim lucrativo, regularmente constituídas, desde que ocorrentes os pressupostos previstos neste artigo.

5º Do direito a renovação decai aquele que não propuser a ação no interregno de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do prazo do contrato em vigor.

⁷⁸ Da Ação Renovatória - Art. 71. Além dos demais requisitos exigidos no art. 282 do Código de Processo Civil, a petição inicial da ação renovatória deverá ser instruída com:

I - prova do preenchimento dos requisitos dos incisos I, II e III do art. 51; (...)

⁷⁹ Art. 52. O locador não estará obrigado a renovar o contrato se:

I - por determinação do Poder Público, tiver que realizar no imóvel obras que importarem na sua radical transformação; ou para fazer modificações de tal natureza que aumente o valor do negócio ou da propriedade;

II - o imóvel vier a ser utilizado por ele próprio ou para transferência de fundo de comércio existente há mais de um ano, sendo detentor da maioria do capital o locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente.

Art. 72. A contestação do locador, além da defesa de direito que possa caber, ficará adstrita, quanto à matéria de fato, ao seguinte:

(...)

Assim, é possível o contrato de locação empresarial (não-residencial) conter uma cláusula dispondo que a alienação do estabelecimento acarretará na rescisão do contrato, impedindo que o estabelecimento seja alienado; cláusula esta que deve ser encarada como “**regra de ouro**”, pois, na prática, acaba por engessar, sobremaneira, a alienação do estabelecimento, restando, apenas, a possibilidade de negociação do novo adquirente com o proprietário do imóvel (antigo locador).

Na prática, seguindo a orientação do Enunciado n.º 234 do CCJ⁸⁰, de que o imóvel locado não integra o Contrato de Trespasse, o adquirente do estabelecimento precisará negociar a compra do fundo de empresa com o locatário-empresário e o uso e gozo do bem imóvel, ou seja, o contrato de locação, com o proprietário-locador, sem o que não terá como praticar sua atividade naquele local — por isso trata-se, como dito, de uma “regra de ouro”.

Desapropriação do Estabelecimento

Como a natureza jurídica do estabelecimento empresarial é de bem móvel, e levando-se em consideração que pode ser objeto de expropriação todo bem móvel ou imóvel, desde que sob o escopo do atendimento constitucional da função social da propriedade, não existe empecilho para a desapropriação do fundo de empresa.

Quando o Poder público desapropria um estabelecimento, na verdade, o que realmente o interessa é o imóvel. Se o proprietário do estabelecimento também for proprietário do imóvel, a ação de desapropriação correrá com a discussão, tão somente, sobre o valor da indenização (que deverá ser paga levando em consideração o valor do imóvel e o valor atribuído ao estabelecimento).

No caso do proprietário do imóvel ser um (locador) e o do estabelecimento ser outro (locatário), o contrato de locação será rescindido, isto porque a desapropriação resolve qualquer negócio jurídico. Entretanto, o locatário-empresário, para receber a indenização que lhe cabe pelo estabelecimento⁸¹, terá que propor uma Ação de Desapropriação Indireta em face do Estado, pois não tem legitimidade para integrar a relação jurídica reduzida em juízo da qual são partes o Poder público e o locador⁸².

Vimos então que a alienação do estabelecimento empresarial (trespasse) se processa com a transferência do estabelecimento, entendido como o conjunto dos bens necessários e organizados para o exercício da atividade empresarial de forma a proporcionar lucros. Dessa forma, quando alguém adquire um estabelecimento tem em vista, fundamentalmente, que lhe seja assegurada a fruição daquela unidade, nas mesmas condições em que era realizada pelo

III - ter proposta de terceiro para a locação, em condições melhores; (...)

⁸⁰ Enunciado 234 - Art. 1.148: Quando do trespasse do estabelecimento empresarial, o contrato de locação do respectivo ponto não se transmite automaticamente ao adquirente. (Autor: Marcelo Andrade Feres, Professor de Direito Comercial do Centro Universitário de Brasília – CEUB).

⁸¹ N.A. A posição do Superior Tribunal de Justiça – STJ, é pacífica quanto ao direito de receber indenização, o titular de estabelecimento que aluga imóvel para a prática de atividade empresarial e tem o contrato de locação rescindido pela desapropriação deste imóvel. Neste sentido: REsp 406.502/SP, REsp 696.929/SP, REsp 1000/SP.

⁸² No âmbito do Direito Processual Civil, a Ação Cautelar de antecipação de prova é um mecanismo eficiente para garantir que as informações sobre o estabelecimento não se percam no tempo. Através de um laudo pericial realizado antes da efetiva desapropriação e que será apresentado na oportunidade do ajuizamento da Ação de Desapropriação Indireta, o locatário garantirá um justo valor pelo estabelecimento, a ser-lhe indenizado.

⁸³ Enunciado 233 - Art. 1.142: A sistemática do contrato de trespasse delimitada pelo Código Civil, em seus arts. 1142 e ss., especialmente seus efeitos obrigacionais, aplica-se somente quando o conjunto de bens transferidos importar a transmissão da funcionalidade do estabelecimento empresarial (Autor: Marcelo Andrade Feres, Professor de Direito Comercial do Centro Universitário de Brasília – CEUB).

alienante e com a mesma capacidade lucrativa, é o que chamamos de “*funcionalidade do estabelecimento*”⁸³.

Para garantir essa expectativa, essencial à conclusão do *trespasse*, o Código Civil de 2002 instituiu a chamada **cláusula de não restabelecimento** em seu art. 1.147, que proíbe ao alienante fazer concorrência ao adquirente pelo período determinado de 5 (cinco) anos, salvo disposição expressa em contrário. Mais uma vez, o legislador brasileiro adota a orientação do Direito italiano.⁸⁴

Portanto, é preciso ter em vista que a previsão do art. 1.147 não viola qualquer liberdade constitucional, na medida em que limita o tempo da proibição contido na cláusula de não restabelecimento.

O texto constitucional, no seu art. 1º, I, segunda parte, “*estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social da livre iniciativa, de outra parte, no art. 170, caput, afirma dever estar a ordem econômica fundada na livre iniciativa; e, mais, neste mesmo art. 170, IV, refere como um dos princípios da ordem econômica a livre concorrência*”⁸⁵. O legislador constituinte reconheceu o interesse do Estado brasileiro em possibilitar às pessoas a liberdade de agir economicamente, iniciando empreendimentos e concorrendo com os demais.

Todavia, a previsão do art. 1.147 não reflete limitação a qualquer liberdade, mas, pelo contrário, expressa um dever de concorrência leal. Ao analisarmos a clientela — uma das qualidades do estabelecimento e *manifestação externa do aviamento*⁸⁶, encontramos a destinatária da atividade empresarial. É para quem a empresa dirige todo seu esforço de captação de negócios, sendo o melhor exemplo da capacidade de bem administrar.

Permitindo-se o restabelecimento, sem qualquer restrição, haveria uma desvantagem no *trespasse*, o que só é admitido como expressão da liberdade de contrato e renúncia do adquirente.⁸⁷

O Prof. Marlon Tomazette, autor do texto ‘A teoria da empresa: o novo Direito Comercial’, “*anota que “ao alienar o fundo de comércio é recebido um valor maior decorrente do aviamento, que na maioria dos casos está ligado a condições pessoais do empresário, nada mais justo e lógico do que assegurar ao adquirente o gozo desse aviamento, proibindo o alienante de lhe fazer concorrência, lhe roubar a clientela, e conseqüentemente se enriquecer indevidamente*”⁸⁸.

O tema referente ao restabelecimento ganhou relevo a partir de um processo jurídico polêmico, de 1913, em que se defrontaram José Xavier Carvalho de Mendonça (representando a parte autora: Companhia Nacional de Tecidos de Juta) de um lado, e Rui Barbosa (representando a parte ré: o Conde Álvares Penteado e a Companhia Paulista de Aniagem) do outro.

O Conde Álvares Penteado havia constituído a Companhia Nacional de Tecidos de Juta, e, em seguida, transferiu o fundo de comércio. Cerca de um ano depois, o Conde fundou nova fábrica no mesmo bairro em que funcionava a anterior. Assim, sob o argumento de que a venda do estabelecimento

⁸⁴ *Codice Civile. Art. 2557. DIVIETO DI CONCORRENZA.*

1. Chi aliena l'azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta.

2. Il patto di astenersi dalla concorrenza in limiti più ampi di quelli previsti dal comma precedente è valido, purché non impedisca ogni attività professionale dell'alienante. Esso non può eccedere la durata di cinque anni dal trasferimento.

3. Se nel patto è indicata una durata maggiore o la durata non è stabilita, il divieto di concorrenza vale per il periodo di cinque anni dal trasferimento.

4. Nel caso di usufrutto o di affitto dell'azienda il divieto di concorrenza disposto dal primo comma vale nei confronti del proprietario o del locatore per la durata dell'usufrutto o dell'affitto.

5. Le disposizioni di questo articolo si applicano alle aziende agricole solo per le attività ad esse connesse, quando rispetto a queste sia possibile uno sviamento di clientela.

⁸⁵ GRAU, Eros Roberto in *A ordem econômica na Constituição de 1988 – 9ª edição*. Malheiros/2004. pg. 184.

⁸⁶ NEGRÃO, Ricardo in *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. Saraiva: São Paulo/2005. pg. 87.

⁸⁷ MAMEDE, op.cit. p.196.

⁸⁸ Disponível em http://www.sui-generis.pro.br/direito_dcom_07.htm (acesso em 05/12/2005).



comercial importava em considerar implícita a transferência da clientela, a ação foi promovida requerendo a condenação em indenização.

A tese de Carvalho de Mendonça era de que, entre as garantias devidas pelo alienante, se incluía a de fazer “boa” ao adquirente a coisa vendida, conforme previsão expressa no art. 214 do Código Comercial⁸⁹. Afirmava, ainda, que a garantia da clientela ou freguesia era da essência do contrato, sendo desnecessária a estipulação formal, pela qual o vendedor se obrigasse a não se restabelecer; esta obrigação era implícita e decorria da própria natureza do negócio.

Em posição oposta, Rui Barbosa, dentre outros vários argumentos, se concentrou no fato de que a vedação ao restabelecimento do alienante era consequência da cláusula expressa da cessão de clientela, de maneira que, inexistindo tal convenção, permitia-se o retorno ao mesmo ramo do negócio. Era a chamada “cessão de clientela”.

O Supremo decidiu de acordo com a tese defendida por Rui Barbosa (possibilidade do restabelecimento). No entanto, devemos considerar que alguns anos depois a corrente de Carvalho de Mendonça ganhou força nos tribunais, mudou a orientação do Supremo e prevalecia até a vigência do Código Civil de 2002, oportunidade em que a lei contemplou a vedação do restabelecimento.

Questões de Concurso.

123º EXAME DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL —
SECCÃO SÃO PAULO — PROVA OBJETIVA — VERSÃO 1.

48. Caio aliena a Mévio um estabelecimento empresarial e o respectivo contrato é averbado no registro de comércio competente. Os credores não foram notificados da alienação, mas Caio tem bens remanescentes suficientes para quitar todas as dívidas relativas à atividade do estabelecimento vendido. Nessa hipótese,

(A) Mévio responderá pelas dívidas, desde que elas tenham sido regularmente contabilizadas.

(B) Caio e Mévio serão responsáveis solidários por todas as dívidas.

(C) a alienação do estabelecimento será ineficaz perante os credores.

(D) a alienação do estabelecimento será nula

124º EXAME DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL —
SECCÃO SÃO PAULO — PROVA OBJETIVA — VERSÃO 1.

44. Determinado empresário aliena seu estabelecimento a outro e, em decorrência dessa operação, não permanece com bens suficientes para saldar todas as suas dívidas. Nessa hipótese, é opção que assiste ao credor que se sentir lesado com a operação:

⁸⁹ Art. 214. O vendedor é obrigado a fazer boa ao comprador a coisa vendida, ainda que no contrato se estipule que não fica sujeito a responsabilidade alguma; salvo se o comprador, conhecendo o perigo ao tempo da compra, declarar expressamente no instrumento do contrato, que toma sobre si o risco; devendo entender-se que esta cláusula não compreende o risco da coisa vendida, que, por algum título, possa pertencer a terceiro.



(A) requerer a anulação do trespasse ou pedir a falência do adquirente do estabelecimento.

(B) fazer recair eventual execução sobre os bens integrantes do estabelecimento ou pedir a falência do devedor.

(C) pedir a falência tanto do alienante quanto do adquirente do estabelecimento.

(D) mover ação de execução contra o adquirente do estabelecimento ou requerer a anulação do trespasse.

EXAME DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL — SEÇÃO SANTA CATARINA (NOVEMBRO/2003) — PROVA OBJETIVA — TIPO A.

28) Analisando as proposições abaixo, assinale a alternativa CORRETA, de acordo com o disposto no Código Civil de 2002.

I — O Estabelecimento empresarial é considerado o imóvel em que o empresário está situado para o exercício da empresa.

II — Para fins de produzir efeitos perante terceiros, a averbação do arrendamento do estabelecimento empresarial às margens da inscrição da sociedade empresária no Registro Público de Empresas Mercantis supre a publicação do negócio na imprensa oficial.

III — É nula a cláusula no contrato de alienação do estabelecimento empresarial que proíba o alienante fazer concorrência ao adquirente após a transferência, por prazo inferior a 05 (cinco) anos.

IV — O adquirente do estabelecimento empresarial responde pelos débitos do alienante, regularmente contabilizados, anteriores à transferência.

A.() Somente a proposição IV está correta.

B.() Somente as proposições III e IV estão corretas.

C.() Todas as proposições estão incorretas.

D.() Somente as proposições I, II e III estão corretas.

EXAME DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL — SEÇÃO DISTRITO FEDERAL (MARÇO 2004). PROVA OBJETIVA — 1ª FASE.

46. A empresa X S/A assumiu integralmente a atividade econômica da empresa Z S/A. Consulta-o sobre a responsabilidade pelos créditos trabalhistas dos empregados. Assinale a alternativa correta:

a) trata-se de caso típico de solidariedade ativa, devendo a empresa assumir somente os novos contratos de trabalho;

b) trata-se de caso típico de sucessão trabalhista, devendo a nova empresa assumir todos os contratos de trabalho;

c) trata-se de caso típico de sucessão trabalhista, devendo a empresa assumir somente os novos contratos de trabalho;



d) trata-se de caso típico de solidariedade passiva, cabendo à sucedida responder pelos créditos trabalhistas.

87. Na alienação do estabelecimento é correto afirmar:

a) o trespasse consiste na alienação do estabelecimento como um todo, como uma coisa coletiva;

b) A averbação à margem do registro do empresário seguido de publicação é condição de oponibilidade perante terceiros nos contratos de arrendamento ou instituição de usufruto do fundo de comércio, dispensada, contudo, no caso da compra e venda do mesmo;

c) A ausência de quitação ou consentimento expresso dos credores nos trinta dias subsequentes ao da notificação deles torna ineficaz a venda do estabelecimento;

d) A sucessão do adquirente nas obrigações do alienante depende sempre de cláusula expressa no contrato de trespasse.

Jurisprudência.

Contrato de cessão dos direitos relativos a estabelecimento comercial, englobando o ponto comercial e móveis integrantes do mesmo. Salão de beleza. Adiantamento de parte do valor avençado, sendo o restante pago através de 04 (quatro) cheques. Não apresentação pelo cedente da documentação respectiva, uma vez que não se tratava de comerciante regular, fato que o cessionário desconhecia. Sustação dos cheques. Pretensão de restituição do valor pago a título de adiantamento, bem como danos materiais e morais. Alegação do cedente no sentido de que o contrato configuraria mera compra e venda de bens móveis.

1 — *In casu*, os termos do contrato induzem à conclusão de configuração de um trespasse transferência — de estabelecimento comercial (empresarial), posto que se refere à venda do Ponto comercial (empresarial), que é um dos elementos incorpóreos do estabelecimento, englobando, também, os móveis que o guarneciam.

2 — Ao negociar a cessão dos direitos relativos ao estabelecimento prestador de serviços, englobando o ponto e os móveis, deduz-se que o autor efetivamente pretendeu adquirir um estabelecimento comercial regularmente constituído. A descoberta posterior da inexistência de registro no Registro Público de Empresas Mercantis (artigo 967 do NCC), ou seja, de que se tratava a ré de empresária individual irregular, é fato apto à procedência do pedido de restituição do valor já despendido, assim como no que tange aos aluguéis pagos pelo autor, referentes ao imóvel onde instalado o salão de beleza. 3 — Dano moral. Não configuração. Fatos que, não obstante terem



causado aborrecimentos, não chegaram a macular a honra e dignidade da parte. 4 — Provimento parcial da apelação.

(2004.001.30761 — APELACAO CIVEL. Des. Helda Lima Meireles — Julgamento: 05/04/2005 — Décima Sexta Câmara Cível do TJ/RJ).

EMBARGOS — SUCESSÃO TRABALHISTA. BANCO BANORTE E BANCO BANDEIRANTES S/A. A sucessão trabalhista opera-se sempre que a pessoa do empregador é substituída na exploração do negócio, com transferência de bens e sem ruptura na continuidade da atividade empresarial, sendo certo que a responsabilidade do sucessor abrange todos os débitos decorrentes dos contratos de trabalho vigentes ou não à época da efetivação da sucessão, consoante disposto nos artigos 10 e 448 da CLT.

(TST-E-RR-415.043/98, SBDI1, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 15.02.2002). (grifo nosso).

BELGO MINEIRA PARTICIPAÇÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. SUCESSÃO TRABALHISTA. ARRENDAMENTO. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS ARTIGOS 10 E 448 DA CLT. Os direitos adquiridos pelo empregado junto ao antigo empregador permanecem íntegros, independentemente da transformação subjetiva que possa ter ocorrido na estrutura jurídica da empresa ou de sua organização produtiva, de forma que o novo explorador da atividade econômica se torna responsável por todos os encargos decorrentes da relação de emprego. Trata-se, na verdade, da aplicação do princípio da despersonalização do empregador, onde a empresa, como objeto de direito, representa a garantia de cumprimento das obrigações trabalhistas, independentemente de qualquer alteração ou modificação que possa ocorrer em sua propriedade ou estrutura orgânica. Essa é a orientação dos artigos 10 e 448 da CLT. (grifo nosso).

(TST-E-RR-379.332/97, SBDI1, Rel. Min. Milton de Moura França, DJ 08.02.2002)

EMENTA: SUCESSÃO DE EMPREGADORES — BANCO BANORTE E BANCO BANDEIRANTES. Opera-se a sucessão de empregadores, com a conseqüente sub-rogação do sucessor na relação de emprego, quando da transferência de estabelecimento como organização produtiva, cujo conceito é unitário, envolvendo todos os diversos fatores de produção utilizados no desenvolvimento da atividade econômica, inclusive o trabalho. O negócio jurídico realizado entre o Banco Banorte e o Banco Bandeirantes, consistente na aquisição por este último da organização produtiva e econômica daquele, implica típica sucessão trabalhista, de forma que os direitos adquiridos dos empregados permanecem íntegros e passíveis de exigibilidade junto ao suces-



sor, nos exatos termos dos arts. 10 e 448 da CLT. Recurso de embargos não conhecido.

(TST— E-RR-466.439/1998.4 — AC. SBDI1 — Relator: Min. Milton de Moura França). DJ 23/02/2001. p. 637). (grifo nosso).

TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUCESSÃO. AQUISIÇÃO DE FUNDO DE COMÉRCIO OU DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ART. 133 CTN. TRANSFERÊNCIA DE MULTA. (grifo nosso).

1. A responsabilidade tributária dos sucessores de pessoa natural ou jurídica (CTN, art. 133) estende-se às multas devidas pelo sucedido, sejam elas de caráter moratório ou punitivo. Precedentes.

2. Recurso especial provido.

(REsp 544.265/CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, jul. 16.11.2004, DJ 21.02.2005 p.110).

TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. A responsabilidade prevista no artigo 133 do Código Tributário Nacional só se manifesta quando uma pessoa natural ou jurídica adquire de outra o fundo de comércio ou o estabelecimento comercial, industrial ou profissional; a circunstância de que tenha se instalado em prédio antes alugado à devedora, não transforma quem veio a ocupá-lo posteriormente, também por força de locação, em sucessor para os efeitos tributários. Recurso especial não conhecido.

(REsp 108.873/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Turma, jul. 04.03.1999, DJ 12.04.1999 p. 111). (grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA INCORPORADORA. SUCESSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR. MULTA. ARTS. 132 E 133 DO CTN. PRECEDENTES.

1. Recurso especial oposto contra acórdão que, ao apreciar embargos de terceiro aviados por adquirente de estabelecimento comercial, em face da alegada responsabilidade tributária por sucessão, asseverou que, “frustrada a penhora de bens da alienante-executada, admite-se que a constrição judicial recaia sobre valores da adquirente-sucessora, por medida de economia processual, assim como que a inexistência de bens penhoráveis que equivale à insolvência”.

2. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos. Não dão lugar a omissões, obscuridades, contradições ou ausência de motivação. O não-aca-



tamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide. Não está obrigado o magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art.131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto a quo.

3. Os arts. 132 e 133 do CTN impõem ao sucessor a responsabilidade integral, tanto pelos eventuais tributos devidos quanto pela multa decorrente, seja ela de caráter moratório ou punitivo. A multa aplicada antes da sucessão se incorpora ao patrimônio do contribuinte, podendo ser exigida do sucessor, sendo que, em qualquer hipótese, o sucedido permanece como responsável. É devida, pois, a multa, sem se fazer distinção se é de caráter moratório ou punitivo; é ela imposição decorrente do não-pagamento do tributo na época do vencimento.

4. Na expressão “créditos tributários” estão incluídas as multas moratórias. A empresa, quando chamada na qualidade de sucessora tributária, é responsável pelo tributo declarado pela sucedida e não pago no vencimento, incluindo-se o valor da multa moratória.

5. Precedentes das 1ª e 2ª Turmas desta Corte Superior e do colendo STF.

6. Recurso especial provido.

(REsp 745.007/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, jul.19.05.2005, DJ 27.06.2005 p. 299) (grifos nosso).

**AULA 14: DIREITO SOCIETÁRIO.**

Na aula passada, aprendemos que o trespasse ocorre quando o estabelecimento deixa de integrar o patrimônio do empresário ou sociedade empresária e passa a ser objeto de direito de propriedade de outro.

Nas palavras do Prof. Oscar Barreto Filho: “*deve-se falar de trespasse do estabelecimento somente quando o negócio se refere ao complexo unitário de bens instrumentais que servem à atividade empresarial, necessariamente caracterizada pela existência do aviamento subjetivo. O princípio geral que inspira toda a disciplina jurídica do trespasse, como vem expressa nas várias legislações, é sempre o de resguardar a integridade do aviamento, por ocasião da mudança da titularidade da casa comercial*”.⁹⁰

Nesta aula discutiremos a leitura do(s) seguinte(s) capítulo(s):

- Páginas 31 a 34 e 63 a 65 de O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. Sérgio Campinho. 5ª edição Renovar/2005.
- Texto inserido na Aula 02. “O Estado Empresário e a Nova Ordem Constitucional” Márcio Souza Guimarães.

Leitura Complementar.

- Páginas 131 a 151 dos Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito de Empresa (arts. 996 a 1.087), vol. IX. Newton Lucca, Rogério Monteiro, J.A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Forense: Rio de Janeiro/2005.
- Páginas 229 a 237 do Manual de Direito Comercial e de Empresa. Ricardo Negrão. Saraiva: São Paulo/2005.
- Páginas 27 a 32 e 473 a 491 do Direito Societário. José Edwaldo Tavares Borba. Renovar: Rio de Janeiro/2004.
- Páginas 372 a 382 do Curso de Direito Comercial vol I. Rubens Requião. 25ª edição. Saraiva. São Paulo/2003.
- Páginas 93 a 114 de A Ordem Econômica na Constituição de 1988. Eros Roberto Grau. 9ª edição. Malheiros. São Paulo/2004.

Ementário de Temas:

- Natureza Jurídica: Regime Jurídico de Direito Privado.
- Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública: natureza jurídica, possibilidade de falência e penhora de bens.

⁹⁰ in Teoria do Estabelecimento – Fundo de Comércio ou Fazenda Mercantil, Ed. Max Lemonad, São Paulo/1969.



Roteiro de Aula:

Ao analisarmos o art. 966 do Código Civil, na Aula 06, aprendemos que empresário é a pessoa que organiza uma atividade econômica a fim de fazer produzir ou circular, bens ou serviços. Como tal pessoa pode ser natural ou jurídica, temos que o ATO DE EMPRESA poderá ser praticado por essas duas pessoas: o EMPRESÁRIO INDIVIDUAL (pessoa natural) e a SOCIEDADE EMPRESÁRIA (pessoa jurídica).

No caso de uma sociedade empresária, quem pratica o ATO DE EMPRESA é, sempre, a sociedade e não seu administrador ou sócio, portanto, com a constituição da personalidade jurídica, a sociedade assume a capacidade legal para adquirir direitos e contrair obrigações, tornando-se pessoa distinta de seus sócios.

Se as pessoas naturais Caio, Mário e Tício constituem a pessoa jurídica *C. M. T. Sociedade Ltda*, não serão seus sócios (Caio, Mário e Tício) sujeitos de direitos e obrigações pelos negócios realizados pela Sociedade, e sim ela própria (*C. M. T. Sociedade Ltda*).

Aproveitando o exemplo acima, é possível, ainda, que Caio contrate com a *C. M. T. Sociedade Ltda*, como pessoa distinta da Sociedade. É o caso de um acionista da LIGHT que, mensalmente, paga sua conta de luz residencial⁹¹.

O Código Civil de 2002 nos artigos 45 — que trata do registro das pessoas jurídicas em geral, e 985 — que trata da personalidade jurídica da sociedade (pessoa jurídica de direito privado), repete a mesma regra do artigo 18 do Código Civil de 1916⁹².

De acordo com os artigos supra, a existência da pessoa jurídica de direito privado começa com o registro de seus atos constitutivos (contrato social ou estatuto) em cartório competente⁹³, que, no caso das sociedades simples será o Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas e, no caso das sociedades empresárias, as Juntas Comerciais.

Como pessoas jurídicas, a partir do registro, as sociedades empresariais “têm capacidade de agir para defesa dos seus fins, recorrendo a indivíduos, que são os seus órgãos; possuem patrimônio autônomo dos patrimônios dos sócios, são capazes de assumir obrigações ativas e passivas em seu próprio nome, podem estar em juízo como autores ou réus, têm nome próprio, domicílio certo e nacionalidade, como as pessoas físicas.”⁹⁴

Assumindo um posicionamento isolado, o Prof. Sérgio Campinho entende que a sociedade tem sua personalidade jurídica criada antes mesmo de levar seu ato constitutivo a registro, o que se daria no momento em que as partes começam a praticar atos que são preparatórios para a constituição da pessoa jurídica *v.g.* “...contratação de advogado para elaboração dos atos constitutivos, de contador para providenciar os livros comerciais, contratação da compra ou aluguel da sede etc.”⁹⁵. Para o ilustre professor, bastam as partes (futuros

⁹¹ Neste exemplo temos duas pessoas distintas: Caio consumidor da energia elétrica fornecida pela LIGHT e Caio acionista da Companhia (LIGHT).

⁹² “Art. 18. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do Governo, quando precisa”.

⁹³ Neste sentido, José Edwaldo Tavares Borba, Rubens Requião, Fran Martins, Ricardo Negrão e outros.

⁹⁴ MARTINS, Fran *in* Curso de Direito Comercial. FORENSE. Rio de Janeiro/2002. pg.150.

⁹⁵ MAMEDE, Gladston *in* Direito Societário: Sociedades Simples e Empresárias. ATLAS. São Paulo/2004. pg. 42.

sócios) se associarem para nascer a personalidade jurídica da sociedade. Ele cita como exemplo a sociedade em comum⁹⁶ — art. 986, e justifica:

*“Anota-se aqui uma impropriedade: se a sociedade empresária irregular não tem personalidade jurídica, não se justifica a responsabilidade subsidiária. Com efeito, todos os sócios, e não só aquele que contratou pela sociedade, deveriam ter uma responsabilidade pessoal direta, ou seja, que pode ser exigida independentemente da exaustão do patrimônio social.”*⁹⁷.

Da mesma forma, as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista também são regidas pelo Direito Privado, são pessoas jurídicas de Direito Privado.

Os incisos II e III, do art. 5º, do DL 200/67⁹⁸, dispõem, expressamente, que a Empresa Pública e a Sociedade de Economia Mista são pessoas jurídicas de direito privado. No mesmo sentido, preceitua o art. 173, §1º, II da Constituição Federal de 1988 que teve seu dispositivo modificado pela Emenda Constitucional nº 19/98.

Assim, quando o Estado praticar atividade empresária, receberá o mesmo tratamento conferido ao particular, porque ambos são pessoas jurídicas de direito privado, somente se diferenciando em virtude de obrigatoriedades estipuladas ao Estado pela própria Constituição Federal, como a obrigatoriedade de realização de concurso público, licitação etc.

A Emenda Constitucional nº 19/98, que tratou da reforma administrativa, também “corrigiu uma falha do artigo 37, XIX, da Constituição, que exigia lei específica para a criação de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação. O dispositivo era criticado porque, em se tratando de entidades de direito privado, como a sociedade de economia mista, a empresa pública e a fundação, a lei não cria a entidade, tal como o faz com a autarquia, mas apenas autoriza a criação, que se processa por atos constitutivos do Poder Executivo e transcrição no Registro Público. Com a nova redação, a distinção foi feita, estabelecendo o referido dispositivo que ‘somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.’⁹⁹”

Com a alteração na redação do art. 37, XIX da Constituição Federal de 1988¹⁰⁰, temos que a Lei autoriza a criação das empresas públicas e sociedades de economia mista, todavia, as pessoas jurídicas em questão ainda não estão criadas, sendo necessário “o cumprimento das formalidades previstas no direito privado, que variam de acordo com a forma societária”,¹⁰¹ que será adotada. Sendo certo que a sociedade de economia mista se constitui mediante

⁹⁶ “Enquanto não efetuado o arquivamento dos atos constitutivos na Junta Comercial, ditas sociedades ficam desprovidas de personalidade jurídica, consideradas, portanto, pelo Código, como sociedades não personificadas.” in O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. 5ª edição Renovar/2005. Pg.76.

⁹⁷ Op.cit. pg. 77.

⁹⁸ “Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

(...)

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)”.⁹⁹

⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Z. in Direito Administrativo. 18ª edição. ATLAS. São Paulo/2005. pg.395.

¹⁰⁰ “Art. 37, XIX. somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação...”

¹⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal in Curso de Direito Administrativo. SARAIVA/2005. pg. 116.

a Lei n.º 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas) e as empresas públicas mediante qualquer forma societária em direito admitida.

Em 2001, a Lei n.º 10.303, alterou parte da Lei 6.404/1976, revogando vários artigos inclusive o art. 242¹⁰² que tratava da impossibilidade de aplicação da falência às sociedades de economia mista.

A norma contida no artigo 242 dispunha sobre a não submissão das sociedades de economia mista à falência. “A razão do preceito — similar ao de outras legislações estrangeiras — é óbvia: o interesse público, que justifica a instituição, por lei, de uma companhia mista, não permite admitir que sua administração possa ser transferida para credores, através do síndico, como ocorre na falência. Visando, todavia, ao esclarecimento de futuros credores e financiadores, que poderiam duvidar da penhorabilidade dos bens, ou retraindo créditos, o artigo 242 ressalva expressamente a possibilidade de execução dos bens das companhias mistas”¹⁰³.

Em 2005, a Lei n.º 11.101 (Lei de Recuperação de Empresas ou Nova Lei de Falências), tratou de excluir de sua aplicação a empresa pública e a sociedade de economia mista (art. 2º, I¹⁰⁴).

Muitos autores vinculam a questão da falência e da responsabilidade patrimonial das empresas estatais¹⁰⁵ à distinção entre “prestadoras de serviço público” e as que “praticam atividade econômica propriamente dita”, mesmo após o advento da Lei n.º 11.101/2005.

A seguir veremos o posicionamento de renomados autores e juristas acerca do assunto que tem sido objeto de muito debate pela doutrina.

CELSONO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO¹⁰⁶, ao tratar das empresas públicas e sociedades de economia mista sustenta que é preciso distingui-las em “duas distintas espécies; a saber: prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica, pois o regime de umas e outras não é idêntico. Ambas, pelas razões já expostas, inobstante sejam constituídas sob forma de direito privado, sofrem o impacto de regras de direito público. As primeiras, entretanto, são alcançadas por estes preceitos com uma carga mais intensa do que ocorre com as segundas, o que é perfeitamente compreensível”

E continua o ilustre professor: “Assim, ressalta com indiscutível obviedade que o regime jurídico das sociedades mistas e empresas públicas, por decisão constitucional obrigatória para todo o País, não é o mesmo regime aplicável a empresas privadas, e nem sempre é idêntico ao destas no que concerne às relações com terceiros, na medida em que, com objetivos de melhor controlá-las, a Lei Maior impôs-lhes procedimentos e contenções (que refluem sobre a liberdade de seus relacionamentos; como o concurso público para admissão de pessoal e a licitação pública) inexistentes para a generalidade das pessoas de direito privado”.

MARÇAL JUSTEN FILHO¹⁰⁷ é bem claro neste sentido, quando afirma que “as empresas estatais se subordinam a regimes jurídicos diversos confor-

¹⁰² “As companhias de economia mista não estão sujeitas a falência mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações. (Revogado pelo art. 10 da Lei nº 10.303/01)”.

¹⁰³ LAMY FILHO, Alfredo in A Lei das S.A. RENOVAR, Rio de Janeiro/1992. pg.245.

¹⁰⁴ “Art. 2º Esta lei não se aplica a:
I - empresa pública e sociedade de economia mista;...”

¹⁰⁵ N.A. A expressão “empresa pública” não deve ser utilizada no sentido genérico de “empresa estatal”, uma vez que esta, abrange todas as entidades, empresárias ou não, cujo controle acionário é do Estado.

¹⁰⁶ Sociedades mistas, empresas públicas e o regime de direito público – Revista Diálogo Jurídico n.º 13 – abril/maio de 2002 – Salvador/BA.

¹⁰⁷ Curso de Direito Administrativo. SA-RAIVA/2005. pg. 113.

me forem exploradoras de atividades econômica ou prestadoras de serviços públicos”, justificando sua posição em virtude da própria “distinção feita pela Constituição, quando disciplina a intervenção estatal no setor econômico. ... a Constituição distingue, nos arts. 173 e 175, ‘atividade econômica (propriamente dita) e ‘serviço público’”.

O autor defende a não incidência da falência em empresa estatal, “porque somente uma lei pode determinar sua criação, dissolução ou extinção”. Além do instituto, ser incompatível com a natureza de uma entidade estatal, pois a falência conduz à transferência do controle da entidade falida para o Poder Judiciário.

NEWTON DE LUCCA,¹⁰⁸ em recente obra sob sua coordenação escreveu: “Embora esta discussão tenha perdido muito de seu interesse com a exclusão expressa das empresas públicas e sociedades de economia mista do âmbito de aplicação da nova lei falimentar (art. 2º, I), entendo não de todo dispicienda a reprodução de observações”.

De Lucca critica a falta de distinção em termos legislativos, “entre empresas prestadoras de serviço público e empresas que exercem atividade econômica”. Na opinião do autor, “não há razão plausível para que uma empresa estatal exercente de atividade econômica — seja ela pública, de economia mista ou simplesmente controlada pelo Poder Público — não se subordine às mesmas normas das empresas privadas, de acordo com o comando constitucional do § 1º do art. 173”.

Já as empresas prestadoras de serviço público, incluindo não apenas as empresas públicas e sociedades de economia mista, “são as que deveriam estar contempladas no inciso I do art. 2º da Lei n.º 1.101/2005, a serem submetidas a regime especial e não as que exercem atividade econômica da mesma forma com o que fazem as empresas privadas”.

Em tese defendida no ano de 1986, De Lucca já criticava a impossibilidade de falência das sociedades de economia mista prevista no art. 242 da Lei das S.A. (revogado pelo art. 10 da Lei nº 10.303/01) pois “ao estabelecer a não sujeição das sociedades de economia mista à falência, teria tal dispositivo irremediavelmente se desviado do comando constitucional constante do §1º do art. 173(...)”.

Continua o autor: “É incontestável que tanto a empresa pública como a sociedade de economia mista e outras estatais — desde que todas sejam exercentes de atividade econômica — deveriam sujeitar-se à falência, tal como ocorre com o direito obrigacional das empresas privadas, sob pena de, a toda evidência, não estarem sob o mesmo regime jurídico das empresas privadas, conforme estabelece disposição constitucional”.

No entanto, quanto às estatais que prestam serviço público, o autor entende que inexistem razões, “sejam elas de natureza ontológica, axiológica ou de qualquer outra espécie, para que uma empresa prestadora de serviço público

¹⁰⁸ Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falência. QUARTIER LATIN. São Paulo/2005. pg. 87, 88 e 89.

— estatal ou privada — seja tratada da mesma maneira que uma empresa — também estatal ou privada — exercente de atividade econômica”.

SÉRGIO CAMPINHO¹⁰⁹ explica que “a sociedade de economia mista, na versão original do art. 242 da Lei das S/A, estaria imune ao procedimento falimentar, apesar de seus bens serem passíveis de penhora. A regra era da responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica que a controlasse pelas dívidas da sociedade, contudo o preceito veio a ser revogado com o advento da Lei 10.303 de 2001, razão pela qual as companhias de economia mista passaram a ser sujeito passivo de falência”.

O ilustre autor faz sua crítica quanto ao “retrocesso” da Lei n.º 11.101/2005 que inseriu na legislação, novamente, matéria então revogada pela Lei n.º 10.303/2001, dizendo que: “Não nos soou feliz a iniciativa, conforme já sustentava Rubens Requião, é inconcebível que uma sociedade formada com a mescla de capitais público e privado estivesse sujeita à falência, por quanto a obrigação do Estado seria, necessariamente, a de provocar sua dissolução, em face de sua insolvência. A Lei 11.101/2005, em seu artigo 2º, exclui, explicitamente, a sociedade de economia mista e empresa pública de sua incidência, retornando, em relação à primeira, ao conceito central traduzido na versão original da Lei 6.404/1976 (Lei das S/A)”.

E conclui: “Assim, não podem ser sujeito passivo de falência ou de recuperação judicial e extrajudicial ditas pessoas jurídicas. No caso de estarem insolventes, cabe ao Estado a iniciativa de dissolvê-las, arcando com os valores necessários à integral satisfação dos credores, sob pena de não se poder realizar uma dissolução regular, a que está obrigado, em obediência aos princípios da legalidade e moralidade inscritos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988”.

PAULO F. C. SALLES DE TOLEDO¹¹⁰ aponta que “a norma começa por, acertadamente, excluir da falência e da recuperação judicial ou extrajudicial a empresa pública. Esta se caracteriza, basicamente, por ser criada por lei, por ter seu capital formado exclusivamente pela participação do Estado (aí incluída tanto a administração direta quanto a indireta), e ser fiscalizada pelo Tribunal de Contas. Por meio de empresa pública, o Estado, vestindo roupagem empresarial, intervém no domínio econômico, em segmentos em que o acentuado interesse público reclama sua atuação. Ora, sendo o capital dessas empresas inteiramente promovido pelo Estado, não faz sentido que a forma empresarial prevaleça sobre a substância. A hipótese, vista sob este ângulo, aproxima esses entes das autarquias e dos próprios órgãos da administração direta, e, quanto a estes ninguém defende a aplicação dos institutos disciplinados na LRE” — Lei de Recuperação de Empresas — Lei n.º 11.101/2005.

Em relação à sociedade de economia mista, o ilustre autor considera que, “a solução encontrada significa na verdade um retrocesso. Tenha-se em vista que ela, por definição legal, caracteriza-se principalmente por ser uma com-

¹⁰⁹ Falência e Recuperação de Empresa. RENOVAR/2006. pg.23 e 24.

¹¹⁰ Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. SARAIVA/2005. pg.5 e 6.

panhia controlada, majoritariamente, pelo Estado, titular da maioria de suas ações votantes. Nota-se que nada impede que sua participação no capital seja inferior a 50%, caso em que a maioria de seus acionistas estaria disseminada pelo público investidor. Além disso, essas sociedades atuam no mercado ao lado das empresas privadas, concorrendo com estas”.

Sobre a sociedade de economia mista, questiona o autor: “Por que motivo, em caso de insucesso empresarial, não seriam submetidas às mesmas consequências jurídicas e econômicas a que estão sujeitas as demais empresas?”.

Continua o autor: “Cumpra notar ainda que as companhias de economia mista, por expressa disposição constitucional, subordinam-se ao lado das empresas públicas (com a diferença de que, ao invés destas, seu capital não é exclusivamente estatal), ‘ao regime jurídico das empresas privadas’ — art. 173 §1º da Constituição Federal de 1988. Ora, é próprio desse regime jurídico que as empresas em crise possam fazer jus à recuperação judicial ou extrajudicial ou, sendo inviáveis, que tenham suas falências decretadas. Por que seria diferente com as sociedades de economia mista?”

Além disso, a Lei das S/A, que no art. 242, excluía da falência as sociedades de economia mista, foi neste ponto, alterada na reforma instituída pela Lei 10.303/01, sendo revogado o aludido dispositivo. Assim sendo, as sociedades de economia mista passaram, desde então, a sujeitarem-se a falência e ao pedido de concordata preventiva. Como se vê a LRE deu um passo atrás dessa matéria exatamente no momento em que se procura valorizar a atividade empresarial.

Uma última — e grave — observação: com a revogação do art. 242 da Lei da S/A, não mais se prevê de modo expresso que os bens da sociedade de economia mista são penhoráveis e executáveis (embora se possa chegar a essa mesma condição por meio da interpretação sistemática) nem se estabelece que o ente estatal controlador responde subsidiariamente pelas obrigações sociais. A responsabilidade subsidiária do Estado, apesar das críticas da doutrina, quanto ao texto legal (Fran Martins *in* Comentários à Lei da S/A FORENSE. Rio de Janeiro/1979. pg. 241 a 246) servia como contraponto a não sujeição dessas empresas à atividade econômica.”

FÁBIO ULHOA COELHO¹¹¹ ao comentar sobre o art. 2º, I, da Lei n.º 11.101/2005, dispõe: “Como são sociedades exercentes de atividade econômica controlada direta ou indiretamente por pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Territórios ou Municípios), os credores têm sua garantia representada pela disposição dos controladores em mantê-las solventes. Não é de interesse público a falência de entes integrantes da Administração Indireta. Ou seja, de desmembramento do Estado. Caindo elas em insolvência, os credores podem demandar seus créditos diretamente contra a pessoa jurídica de direito público controladora”.

¹¹¹ Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 3ª edição. SARAINA. Rio de Janeiro/2005. pg. 196

No intuito de ilustrar o entendimento majoritário transcrevemos trecho do voto do Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux, quando relator do Recurso Especial 417.794-RS onde as partes, INSS e BANCO DO BRASIL, divergiam sobre a responsabilidade subsidiária referente ao recolhimento previdenciário supostamente devido, ser apenas da empresa contratada para a execução de obras de construção civil.

“Embora as sociedades de economia mista tenham personalidade de direito privado, o regime jurídico é híbrido, sofrendo influxo do direito público. Assim, o direito a elas nem sempre será o privado. Essa derrogação parcial do direito comum é imprescindível para manter a subordinação entre a entidade e o ente que a instituiu, posto atuar como instrumento de ação do Estado.

A esse respeito, dissertou o saudoso Hely Lopes Meirelles, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª Edição, p. 694/695:

*‘Observamos que a Administração Pública não é propriamente constituída de serviços, mas, sim, de órgãos a serviço do Estado, na gestão de bens e interesses qualificados da comunidade, o que nos permite concluir, com mais precisão, que, no âmbito federal, a Administração direta é o conjunto de órgãos integrados na estrutura administrativa da União e a **Administração indireta é o conjunto dos entes (personalizados) que, vinculados a um Ministério, prestam serviços públicos ou de interesse público.***

(...)

A vinculação das entidades da Administração indireta aos Ministérios traduz-se pela supervisão ministerial, que tem por objetivos principais a verificação dos resultados, a harmonização de suas atividades com a política e a programação do Governo, a eficiência de sua gestão e a manutenção de sua autonomia administrativa, operacional e financeira, através dos meios de controle enumerados na lei (art. 26, parágrafo único, do Dec.-lei 200/67 e art. 29 da Lei 8.490/92)

*(...) Esses meios pelos quais se exerce a supervisão ministerial sujeitam os entes descentralizados a um controle que por ser prévio em alguns aspectos, como no caso da nomeação de dirigentes (exoneráveis ad nutum), fixação de despesas e aprovação do orçamento-programa e da programação financeira, **caracteriza verdadeira subordinação**, contrária à índole das empresas estatais.’ (Nosso negrito)*

Ainda nesse sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro, in *Direito Administrativo*, 13ª Edição, p. 379:

‘Essa derrogação parcial do direito comum pelo direito público existe sempre que o poder público se utiliza de institutos de direito privado; no caso das pessoas jurídicas, essa derrogação é de tal forma essencial que, na sua ausência, não haverá sociedade de economia mista, mas apenas participação acionária do Estado.

(...)



A derrogação parcial do direito comum é essencial para manter a vinculação entre a entidade descentralizada e o ente que a instituiu; sem isso, deixaria ela de atuar como instrumento de ação do Estado.”

Do exposto, se deduz que doutrina e jurisprudência vêm fazendo as necessárias e indispensáveis distinções a respeito das estatais prestadoras de serviço público e as que praticam atividade econômica, o que nem sempre nos parece razoável por entender que a prestadora de serviço público, como a LIGHT, TELEMAR, VIVO, OI, TIM etc estão perfeitamente submetidas ao sistema falimentar.

Como já visto anteriormente, sendo pessoa jurídica, a empresa pública e a sociedade de economia mista têm um patrimônio próprio, embora tenham que se utilizar, muitas vezes, de bens públicos propriamente ditos (pertencentes à pessoa pública política), de uso especial, integrados no patrimônio do ente político e afetados à execução de um serviço público — bens que são inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis.

Assim, os bens que estão afetados à execução do serviço público estarão, em tese, sujeitos ao mesmo regime jurídico aplicável aos bens públicos na forma do parágrafo único do art. 99 do Código Civil.

De outra forma, os bens que não estão diretamente afetados à execução do serviço público, onde sua falta não acarretará na paralisação do serviço, são bens inteiramente sujeitos ao regime de direito privado, salvo algumas exigências legais como licitação para sua compra ou alienação.

Neste sentido, transcrevemos trecho do voto do Exmo. Min. Luiz Fux quando relator do REsp. 521.047/SP¹¹²:

“A questão não é nova nesta Corte. Deveras, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado no sentido de que por possuir a sociedade de economia mista personalidade jurídica de direito privado, a cobrança de seus débitos está sujeita ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de prestarem serviço público uma vez que a constrição não inviabilize a prestação dos serviços públicos, tem-se que é viável a penhora sobre seus ativos financeiros”. (grifamos).

Jurisprudência.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI N. 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUICAO FEDERAL. 1. A empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada a Fazenda Publica, e apli-

¹¹² No mesmo sentido: RESP 176078/SP, RESP 343968/SP.

cável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-Lei n.º 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, §1, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido. No mesmo sentido: RE-230161; RE-100433, RE-222041, RE-220906, RE-234173.

(RE 225011/ MG — Rel. Min. Marco Aurelio — DJU 19/12/2002)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. REGIME JURÍDICO PRIVADO. REGIME TRABALHISTA.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

1. Independe a denominação do cargo ou emprego atribuído ao servidor público contratado por ente público de direito privado, que sempre estará sujeito às regras trabalhistas desse regime, conforme o disposto no inciso II do § 1º do art. 173 da CF.

2. Inadmite-se a figura do funcionário público nos quadros das empresas públicas e sociedades de economia mista, pois entes de direito privado não podem possuir vínculos funcionais submetidos ao regime estatutário, por ser este característico das pessoas jurídicas de direito público.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Porto Velho/RO, suscitado.

(CC 37.913/RO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11.05.2005, DJ 27.06.2005 p. 222) (grifamos).

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. BENS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA.

POSSIBILIDADE.

1. A sociedade de economia mista, posto consubstanciar personalidade jurídica de direito privado, sujeita-se, na cobrança de seus débitos ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de prestarem serviço público, desde que a execução da função não reste comprometida pela constrição. Precedentes.

2. Recurso Especial desprovido.

(REsp 521.047/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 16.02.2004 p. 214)



AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA DE RENDA. POSSIBILIDADE.

É possível a penhora “online” em execução contra sociedade de economia mista, desde que não resulte em prejuízo às suas atividades cotidianas. Desprovimento do recurso.

(2005.002.21563 — Agravo de Instrumento Des. Luiz Fernando de Andrade Pinto — Julgamento: 26/10/2005 — Décima Quinta Câmara Cível. TJ/RJ).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução por título judicial. Devedora que, citada, não ofereceu bem à penhora. Afirma que, por ser prestadora de serviço essencial, faz jus à execução especial (CPC, art. 730 e segs.). Improperável a tese. As sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado, não se equiparam à Fazenda Pública e contam, em seu patrimônio, com bens desvinculados da prestação do serviço público, daí serem disponíveis, alienáveis e penhoráveis. Desprovimento do recurso.

(2005.002.10960 — Agravo de Instrumento. Des. Jesse Torres — Julg. 24/08/2005 — Segunda Câmara Cível. TJ/RJ).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EMPRESA DE ECONOMIA MISTA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. PROCEDIMENTO EXECUTÓRIO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE.

As sociedades de economia mista, prestadoras de serviços públicos, têm personalidade jurídica de direito privado, estando sujeitas ao regime comum das sociedades em geral para a cobrança de seus débitos, não se aplicando as regras dos artigos 730 e 731 do CPC. A penhora de seus bens, nesse caso, submete-se às regras do artigo 659 do CPC, com exceção dos bens diretamente comprometidos com a prestação dos serviços. Recurso não provido.

(2005.002.03183 — Agravo de Instrumento. Des. Marco Aurélio Froes — Julg:12/07/2005 — Sétima Câmara Cível. TJ/RJ).

Caso.

A sociedade “XPTO S/A” venceu licitação realizada pela PETROBRÁS para a prestação de serviços médicos nas plataformas de petróleo da Bacia de Campos e Macaé, ambas cidades do estado do Rio de Janeiro. O contrato oriundo desta licitação possibilitou a XPTO, em parceria com hospitais da região, a implantação nas plataformas de vários centros de atendimento, inclusive emergências, e seu faturamento triplicou.

O valor do contrato assinado entre a XPTO e a PETROBRÁS foi expresso em moeda estrangeira convertido em moeda nacional na taxa do dia



imediatamente anterior ao do efetivo pagamento. Após alguns meses, a PETROBRÁS começou a não mais respeitar o prazo para o pagamento sendo que a conversão era realizada normalmente, o que resultou em prejuízo para a XPTO.

Apesar dos esforços empreendidos pela XPTO para cobrar as diferenças apresentadas em planilha, a PETROBRÁS não reconheceu a dívida. Assim, a XPTO efetuou o protesto de duplicatas de prestação de serviços objetivando instruir um pedido de falência.

Pergunta-se: é possível o requerimento de falência em face da PETROBRÁS?

**AULA 15: PLURALIDADE DE SÓCIOS. SOCIEDADE UNIPESSOAL.**

Vimos que, em razão da sociedade ter personalidade jurídica própria (de direito privado), seu patrimônio não se confunde com o dos sócios, em outras palavras, os “*direitos da pessoa jurídica não se confundem com os direitos de um, alguns ou todos os sócios, regra que se aplica igualmente aos deveres*”.¹¹³

Nesta aula discutiremos a leitura do(s) seguinte(s) capítulo(s):

- Páginas 355 a 371 do Curso de Direito Comercial vol I. Rubens Requião. 25ª edição. Saraiva. São Paulo/2003.

Leitura Complementar.

- Páginas 143 a 172 de O Novo Direito Societário. Calixto Salomão Filho. 2ª edição Malheiros/2002.
- Páginas 57 e 58 de O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. Sérgio Campinho. 5ª edição Renovar/2005.

Ementário de Temas:

- Pluralidade de Sócios: elemento específico das sociedades empresárias — exigência e regra supletiva.
- Sociedade Unipessoal.

Roteiro de Aula:

No Direito Brasileiro a sociedade é formada por, no mínimo, 2 pessoas — art. 981, assim, para que uma sociedade se constitua como tal, necessária se torna a pluralidade de sócios, ou seja, não existe sociedade constituída de uma só pessoa, salvo disposições previstas em lei, com caráter excepcional.

No campo legal, tratando sobre a sociedade limitada, o art. 1.087 do Código Civil de 2002 remete ao art. 1.044 que, por sua vez, refere-se ao art. 1.033 — que em seu inciso IV inclui como causa para dissolução da sociedade a falta de pluralidade dos sócios não reconstituída dentro do prazo de 180 dias, a contar do *fato unipessoalidade*. Neste sentido o mandamento legal expressa que, passado este prazo e não sendo restabelecido o quadro societário, figurando pelo menos dois sócios, será a sociedade dissolvida.

¹¹³ MAMEDE, Gladston *in* Direito Societário: Sociedades Simples e Empresárias. ATLAS. São Paulo/2004. pg.76.

Na falta de um instituto, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, que limite a responsabilidade como forma de atenuar os riscos inerentes da atividade empresarial, grande parte das sociedades limitadas são constituídas apenas para que seja possível limitar essa responsabilidade do empresário. São os casos de “sociedades faz-de-conta” uma vez que são verdadeiros empresários individuais com a roupagem de sociedade — são aquelas em que encontramos *sócios de palha*.

Na Aula 08, estudamos que a legislação brasileira, desde 2011, passou a permitir o exercício da empresa por uma pessoa natural, indo ao encontro de vários outros países como França, Espanha, Portugal, Itália, Bélgica, Países Baixos, Alemanha, Reino Unido, a pioneira Dinamarca e, na América do Sul, o Chile também conta com a empresa individual de responsabilidade limitada.

Na Europa, desde 1989, através da XII Diretiva Comunitária dos Estados Europeus admite-se a sociedade unipessoal com responsabilidade limitada com a finalidade de facultar às pessoas empreendedoras uma forma de limitação da sua responsabilidade patrimonial a fim de evitar a constituição de sociedades fictícias, com ‘sócios de favor’, dando azo a situações pouco claras no âmbito empresarial. Tal reconhecimento veio ratificar o que já era admitido em diversos países do velho continente. Na Alemanha, França, Bélgica, Holanda e Dinamarca, a sociedade unipessoal já estava incluída em seus ordenamentos jurídicos antes da aludida Diretiva.

A Itália, apesar de antes da diretiva não aceitar de forma pacífica a solução societária, tem-se revelado uma das maiores fontes de juristas defensores da tese, apesar de possuir um sistema jurídico extremamente contratualista, a exemplo do Brasil.

Transcrevemos abaixo o inteiro teor da XII Diretiva Comunitária dos Estados Europeus, no idioma português de Portugal:

“DÉCIMA SEGUNDA DIRECTIVA DO CONSELHO de 21 de Dezembro de 1989 em matéria de direito das sociedades relativa às sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio (89/667/CEE)¹¹⁴

O CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia e, nomeadamente, o seu artigo 54º,

Tendo em conta a proposta da Comissão¹¹⁵,

Em cooperação com o Parlamento Europeu¹¹⁶,

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social¹¹⁷,

Considerando que é necessário coordenar, de modo a torná-las equivalentes, determinadas garantias que são exigidas, nos Estados-membros, às sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 58º do Tratado, a fim de proteger os interesses tanto dos sócios como de terceiros;

¹¹⁴ Texto disponível em vários idiomas e com acesso através da página virtual: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31989L0667&model=guichett

¹¹⁵ JO nº C 173 de 2. 7. 1988, p. 10

¹¹⁶ JO nº C 96 de 17. 4. 1989, p. 92, e JO nº C 291 de 20. 11. 1989, p. 53

¹¹⁷ JO nº C 318 de 12. 12. 1988, p. 9

Considerando que, neste domínio, por um lado, as Directivas 68/151/CEE¹¹⁸ e 78/660/CEE¹¹⁹, com a última redacção que lhes foi dada pelo Acto de Adesão de Espanha e de Portugal, e a Directiva 83/349/CEE¹²⁰, com a última redacção que lhe foi dada pelo Acto de Adesão de Espanha e de Portugal, relativas à publicidade, validade das obrigações e invalidade da sociedade, bem como às contas anuais e às contas consolidadas, são aplicáveis ao conjunto das sociedades de capitais; que, por outro, as Directivas 77/91//CEE¹²¹ e 78/855/CEE¹²², com a última redacção que lhes foi dada pelo Acto de Adesão de Espanha e de Portugal, e a Directiva 82/891/CEE¹²³, relativas à constituição e ao capital, bem como às fusões e às cisões, só são aplicáveis às sociedades anónimas;

Considerando que, pela sua resolução de 3 de Novembro de 1986, o Conselho adoptou, em 3 de Novembro de 1986, o programa de acção para as pequenas e médias empresas (PME)¹²⁴;

Considerando que as reformas introduzidas em algumas legislações nacionais, no decurso dos últimos anos, com o objectivo de permitir a existência de sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio, deram origem a disparidades entre as legislações dos Estados-membros;

Considerando que é conveniente prever a criação de um instrumento jurídico que permita a limitação da responsabilidade do empresário individual, em toda a Comunidade, sem prejuízo das legislações dos Estados-membros que, em casos excepcionais, impõem a responsabilidade desse empresário relativamente às obrigações da empresa;

Considerando que uma sociedade de responsabilidade limitada pode ter um único sócio no momento da sua constituição, ou então por força da reunião de todas as partes sociais numa só pessoa; que, enquanto se aguarda a coordenação das disposições nacionais em matéria de direito dos grupos, os Estados-membros podem prever certas disposições especiais, ou sanções, aplicáveis no caso de uma pessoa singular ser o único sócio de diversas sociedades ou quando uma sociedade unipessoal ou qualquer outra pessoa colectiva for o único sócio de uma sociedade; que o único objectivo desta faculdade é atender às particularidades actualmente existentes em determinadas legislações nacionais; que os Estados-membros podem, para esse efeito, e em relação a casos específicos, prever restrições ao acesso à sociedade unipessoal ou a responsabilidade ilimitada do sócio único; que os Estados-membros são livres de estabelecer regras para enfrentar os riscos que a sociedade unipessoal pode apresentar devido à existência de um único sócio, designadamente para garantir a liberação do capital subscrito;

Considerando que a reunião de todas as partes sociais numa única pessoa, bem como a identidade do único sócio, devem ser objecto de publicidade de num registo acessível ao público;

¹¹⁸ JO nº L 65 de 14. 3. 1968, p. 8.

¹¹⁹ JO nº L 222 de 14. 8. 1978, p. 11

¹²⁰ JO nº L 193 de 18. 7. 1983, p. 1.

¹²¹ JO nº L 26 de 30. 1. 1977, p. 1

¹²² JO nº L 295 de 20. 10. 1978, p. 36

¹²³ JO nº L 378 de 31. 12. 1982, p. 47

¹²⁴ JO nº C 287 de 14. 11. 1986, p. 1.

Considerando que as decisões adoptadas pelo sócio único, na qualidade de assembleia geral de sócios, devem assumir a forma escrita;

Considerando que a forma escrita deve ser igualmente exigida para os contratos celebrados entre o sócio único e a sociedade por ele representada, desde que esses contratos não digam respeito a operações correntes celebradas em condições normais,

ADOPTOU A PRESENTE DIRECTIVA:

Artigo 1º. As medidas de coordenação prescritas pela presente directiva aplicam-se às disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas às seguintes formas de sociedade:

- no que se refere à Alemanha: *die Gesellschaft mit beschränkter Haftung*,
- no que se refere à Bélgica: *la société privée à responsabilité limitée/de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*,
- no que se refere à Dinamarca: *anpartsselskaber*,
- no que se refere à Espanha: *la sociedad de responsabilidad limitada*,
- no que se refere à França: *la société à responsabilité limitée*,
- no que se refere à Grécia: *η εταιρεία περιορισμένης εφθυμψ*
- no que se refere à Irlanda: *the private company limited by shares or by guarantee*,
- no que se refere a Itália: *la società a responsabilità limitata*,
- no que se refere ao Luxemburgo: *la société à responsabilité limitée*,
- no que se refere aos Países Baixos: *de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*,
- no que se refere a Portugal: *a sociedade por quotas*,
- no que se refere ao Reino Unido: *the private company limited by shares or by guarantee*.

Artigo 2º.

1. A sociedade pode ter um sócio único no momento da sua constituição, bem como por força da reunião de todas as partes sociais numa única pessoa (sociedade unipessoal).

2. Enquanto se aguarda uma coordenação das disposições nacionais em matéria de direito dos grupos, as legislações dos Estados-membros podem prever disposições especiais ou sanções aplicáveis:

- a) Quando uma pessoa singular for o sócio único de várias sociedades, ou
- b) Quando uma sociedade unipessoal ou qualquer pessoa colectiva for o sócio único de uma sociedade.

Artigo 3º. Quando a sociedade se torne unipessoal por força da reunião de todas as partes sociais numa única pessoa, tal facto, bem como a identidade do sócio único, deve ou ser indicado no processo ou transcrito no registo, nos



termos dos nos 1 e 2 do artigo 3º da Directiva 68/151/CEE, ou ser transcrito num registo mantido na sociedade e acessível ao público.

Artigo 4º.

1. O sócio único exerce os poderes atribuídos à assembleia geral de sócios.
2. As decisões adoptadas pelo sócio único no domínio a que se refere o nº 1 devem ser lavradas em acta ou assumir a forma escrita.

Artigo 5º.

1. Os contratos celebrados entre o sócio único e a sociedade por ele representada devem ser lavrados em acta ou assumir a forma escrita.
2. Os Estados-membros podem decidir não aplicar o disposto no número anterior às operações correntes celebradas em condições normais.

Artigo 6º. As disposições da presente directiva são aplicáveis nos Estados-membros que permitam a existência de sociedades unipessoais, na acepção do nº 1 do artigo 2º, também em relação às sociedades anónimas.

Artigo 7º. Um Estado-membro pode decidir não permitir a existência de sociedades unipessoais no caso de a sua legislação prever a possibilidade de o empresário individual constituir uma empresa de responsabilidade limitada com um património afecto a uma determinada actividade desde que, no que se refere a essas empresas, se prevejam garantias equivalentes às impostas pela presente directiva bem como pelas outras disposições comunitárias aplicáveis às sociedades referidas no artigo 1º

Artigo 8º.

1. Os Estados-membros porão em vigor, antes de 1 de Janeiro de 1992, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva. Desse facto informarão a Comissão.
2. No que se refere às sociedades já existentes em 1 de Janeiro de 1992, os Estados-membros podem prever que as disposições da presente directiva só se apliquem a partir de 1 de Janeiro de 1993.
3. Os Estados-membros comunicarão à Comissão o texto das principais disposições de direito nacional que adoptem no domínio regido pela presente directiva.

Artigo 9º. Os Estados-membros são destinatários da presente directiva.

Feito em Bruxelas, em 21 de Dezembro de 1989.

Pelo Comunidade

O Presidente

E. CRESSON”

Portugal admitia a responsabilização limitada, porém não mediante a forma societária, e, sim, como empresa individual dotada de limitação. Permaneceu com esse sistema até 1996, quando, por meio do art. 2º do Decreto-Lei nº 257/1996, acrescentou os art. 270-A e segs ao Código das Sociedades Comerciais, criando, assim, as sociedades unipessoais.

Um elaborado parecer emitido pelo Ministério da Justiça de Portugal¹²⁵, justificou a necessidade das mudanças e, principalmente, a criação da sociedade unipessoal, *verbis*:

“As sociedades de responsabilidade limitada são a forma por excelência escolhida pelas pequenas e médias empresas. É clara entre nós a propensão dos empresários para a utilização deste tipo de sociedades como forma de enquadramento jurídico das suas empresas. As sociedades unipessoais por quotas existem em quase todos os Estados membros da Comunidade Europeia, já por razões jurídicas, já por razões económicas. Importa introduzi-las no nosso direito das sociedades.

Na verdade, estas sociedades podem facilitar o aparecimento e, sobretudo, o desenvolvimento de pequenas empresas, que, como é reconhecido, constituem, principalmente em épocas de crise, um factor não só de estabilidade e de criação de emprego mas também de revitalização da iniciativa privada e da actividade económica em geral. Permitem, efectivamente, que os empreendedores se dediquem, sem recurso a sociedades fictícias indesejáveis, à actividade comercial, beneficiando do regime da responsabilidade limitada.

A criação do estabelecimento individual de responsabilidade limitada pelo Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto, não atingiu esses resultados. Fiel à doutrina tradicional, o legislador de então não conseguiu ultrapassar a concepção contratualista da sociedade e por isso rejeitou qualquer concessão à sua concepção institucional. Quedou-se pela constituição de um património autónomo afectado a um fim determinado, mas desprovido dos benefícios da personalidade jurídica. Afastou-se expressamente das soluções já nessa altura adoptadas pela Alemanha e pela França. Portugal tornou-se o único Estado membro da Comunidade Europeia a optar pela via do estabelecimento individual de responsabilidade limitada. Teve-se como indiscutível que a sociedade unipessoal não era instrumento apropriado à realidade do nosso país e daí enveredar-se por uma pretensa e difícil inovação. Negou-se a personalização a algo que a reclamava.

É certo que a instituição das sociedades unipessoais por quotas levantou inicialmente delicados problemas doutrinários. Não faltou quem considerasse um «absurdo» a existência legal de sociedades unipessoais. Essa dificuldade recebeu uma resposta teórica, em que a sociedade unipessoal constituiria a excepção à regra das sociedades pluripessoais. Mas importa sobretudo facultar às pessoas uma forma de limitação da sua responsabilidade que não passe pela constituição de sociedades fictícias, com «sócios de favor», dando azo a situações pouco claras no tecido empresarial.

Foi esta realidade que justificou a Directiva n.º 89/667/CE, bem como as alterações legislativas ocorridas, designadamente em Espanha com a Lei 2/1995, de 23 de Março, em França com a Lei n.º 85/697, de 11 de Julho, na

¹²⁵ A íntegra do Decreto-Lei n.º 257/96 pode ser lida em <http://www.iapmei.pt/iapmei-leg-03.php?lei=2545> (acesso em 07/12/2005)

Itália com o Decreto Legislativo n.º 88, de 3 de Março de 1993, e na Bélgica com a Lei de 14 de Julho de 1987.

É ainda o reconhecimento dessa realidade que serve de primacial fundamento à presente institucionalização. Impõe-se, pois, sem abjurar, de momento, nenhuma das figuras legalmente estabelecidas, criar um novo tipo de sociedade, em que a responsabilidade do sócio único seja limitada. Sobretudo em relação às pequenas e médias empresas, espera-se que este novo tipo de sociedade constitua mais uma escolha que facilite a sua legalização e uma adaptação maior ao importante papel que desempenham no tecido económico nacional.

Daí que a criação de sociedades unipessoais por quotas possa ser originária ou superveniente. Não se acolhe, nesta fase inicial, a possibilidade, que a prática imporá ou não, da criação autónoma e por tempo indeterminado da sociedade anónima unipessoal.

Para a cabal prossecução dos objectivos enunciados, foram consagrados alguns princípios de segurança, tanto do sócio único como de terceiros.

Foram também tidas em conta as injunções da referida directiva e a necessidade de prosseguir na via da harmonização das legislações dos Estados membros da União Europeia.”

Em virtude do princípio da preservação da empresa, o Direito Brasileiro permite, de forma excepcional, a sociedade unipessoal, que pode ser temporária (ou incidental ou eventual) ou permanente.

Será temporária (ou incidental ou eventual) quando, por um fator qualquer, somente um sócio permanecer, *v.g.*, a exclusão ou a retirada de um sócio.

No caso da sociedade por ações, a unipessoalidade incidental é retratada no art. 206, I, “d” da Lei 6404/1976¹²⁶. O prazo da unipessoalidade temporária nas sociedades por ações é de até 2 anos. O regime do Código Civil dispõe que a unipessoalidade deve ser reconstituída em 180 dias (art. 1.033, IV). Desde 2011, há a possibilidade de transformação da sociedade unipessoal em EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), nos termos do p.º do art. 1.033.

A unipessoalidade pode ser permanente — é a hipótese da subsidiária integral que pode ocorrer numa sociedade por ações (art. 251¹²⁷ da Lei 6404/76). A subsidiária integral deve vir na forma de S/A sendo o único sócio uma sociedade brasileira.

Deve-se tomar cuidado com a Empresa Pública, pois pode se apresentar como único sócio ou acionista um dos entes públicos, desde que haja autorização legal para a criação da sociedade, capital integralmente público, adotando uma das modalidades societários disponíveis no direito societário.

A limitação da responsabilidade patrimonial, verificada na EIRELI, funciona como verdadeiro incentivo ao indivíduo que deseja exercer atividade

¹²⁶ Art. 206. Dissolve-se a companhia:
I - de pleno direito:
(...)

d) pela existência de 1 (um) único acionista, verificada em assembleia-geral ordinária, se o mínimo de 2 (dois) não for reconstituído até à do ano seguinte, ressalvado o disposto no artigo 251.

¹²⁷ SEÇÃO V - Subsidiária Integral

Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira.



de empresária, mas que teme disponibilizar todo o seu patrimônio para tal. Com a extensão da responsabilidade limitada aos empresários individuais há a formação de novas empresas e novos postos de trabalho, gerando riquezas.

Atividades e Questões Propostas:

— Analisar juridicamente a seguinte situação: uma sociedade em que verificamos um sócio que tem como outro sócio a esposa com 98%, praticando todos os atos como se fosse empresário individual.

QUESTÕES DE CONCURSO:

EXAME DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL — SEÇÃO DISTRITO FEDERAL (2005.1). PROVA OBJETIVA — 1ª FASE

67. De forma originária podemos afirmar que na atual legislação empresária brasileira:

- a) só é possível uma sociedade com mais de um sócio;
- b) o empresário individual é uma sociedade empresária;
- c) a subsidiária integral é uma sociedade de um único sócio;
- d) só é possível a sociedade com um único sócio durante prazo de até um ano antes do encerramento devido à morte de um dos sócios.

CASO CONCRETO

Pedro e Theo são médicos e sócios de uma sociedade limitada, desde 1965, cujo objeto é a exploração de uma clínica médica de atendimento popular. A divisão das quotas é a seguinte: Pedro (75%) e Theo (25%). Com o passar dos anos, o filho de Theo, João, que desde os 16 anos trabalhava no auxílio de funções administrativas e, muito “querido” por todos, obtém graduação em medicina. João, a partir de então, passa a clinicar e assumir a administração da sociedade. Passados 20 anos, o quadro fático na clínica era o seguinte: João (45) clinicava e administrava todos os negócios da clínica, estando seu pai “aposentado”. O outro sócio (majoritário – Pedro) continuava a trabalhar na clínica com os poucos clientes que lhe procuravam, mas muito satisfeito com a atuação de João, apesar do descontentamento de sua família – vários familiares trabalhavam na clínica, alguns como médicos e outros em diversas funções. O falecimento de Pedro ocorre e João fica impedido, pelo segurança da clínica, de ingressar no recinto, sob o argumento de que “tinha ordem de não deixá-lo entrar, pois ele não era sócio”. Procurado por João, qual deve ser a consulta jurídica?

JURISPRUDÊNCIA.

O acórdão a seguir, da lavra do ilustre Des. Luis Felipe Haddad integrante da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, considera como *entidade de fato unipessoal*, a sociedade constituída com a seguinte divisão de cotas: 99% para sócio “A” + 1% para sócio “B”, e, atribui à existência de DOIS sócios *a razão formal no evitar decerto a responsabilidade ilimitada*.

RESPONSABILIDADE CIVIL DE CONCESSIONÁRIA DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. CORTE DE ENERGIA ELÉTRICA. C.DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

Civil. Administrativo. Constitucional. Processual Civil. Demanda indenizatória nas esferas material e moral. Pequena empresa mercantil que teve o fornecer de energia elétrica suspenso por cinco dias, pela entidade delegatária, com base no não-pagamento de tarifa mensal por mais de 30 dias. Defesa, com preliminar de ilegitimidade ativa ad causam. Decisório que a desacolheu. Agravo Retido no hostilizar. Sentença de procedência em parte. Apelação apenas da Ré, reiterando o mesmo Agravo. Sendo a empresa demandante uma sociedade por cotas, porém a sócia principal detendo 99% das mesmas e o outro sócio o irrisório sobejante, a indicar mascaramento de comércio unipessoal, tanto faz que as contas da dita energia estejam no nome da pessoa jurídica quanto no da sócia aludida. Assim, a referida suscitação não se sustenta. Positivado como ficou o atraso no pagamento da conta de junho de 2002, obrado aos 02 de agosto de tal ano junto com a do mês de julho, agiu a Autora com negligência. Mas tal fator apenas mitiga a responsabilidade objetiva da Ré, empresa delegatária de serviço público da União, que supervisiona e fiscaliza seu atuar através da ANEEL. Aqui adequado o artigo 37, § 6º, da Carta Magna, na teoria do risco administrativo. E que também consta do CODECON (Lei no 8078/1990). O qual se harmoniza com a Lei nº 8987/1995. Dado o risco negocial ao encargo do litigante de maior força econômica. Tudo a inverter o ônus probatório para que, em dúvida, milite em prol da pretensão. Obrigação das empresas prestadoras de serviços essenciais de avisarem os tomadores, de modo claro e preciso, do proceder da suspensão, na hipótese de mora tarifária.
(...)

(Apelação Cível 2003.001.33444 — Rel. Des. Luiz Felipe Haddad — Julg: 25/05/2004 — Terceira Câmara Cível. TJ/RJ.)

(...) O ingresso do menor na sociedade, filho do único sócio remanescente, forte na autoridade paterna, teve por escopo driblar a impossibilidade jurídica, no direito brasileiro, da continuidade da exploração das atividades via sociedade unipessoal. (grifamos).



(Apelação Cível 70005152525 Rel: Maria Isabel de Azevedo Souza — Julg: 13/07/2005— Segunda Câmara Cível. TJ/RS).

SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. DISSOLUÇÃO PARCIAL. UNICO SÓCIO REMANESCENTE. E POSSIVEL A DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE POR QUOTAS, REMANESCENDO APENAS UM SÓCIO, COM A RETIRADA DOS DEMAIS. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS. CONVENIÊNCIA SOCIAL DA CONTINUIDADE DA PESSOA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE MAIOR PROVA PARA ESSE JUÍZO DE CONVENIÊNCIA. (grifamos).

(Apelação Cível 588064063, Rel: Ruy Rosado de Aguiar Júnior — Julg: 01/11/1988 — Quinta Câmara Cível. TJ/RS).

Caso:

Sociedade MALHA FINA LTDA. constituída antes do advento do Código Civil de 2002 por dois sócios, sendo que um deles veio a falecer. Há cláusula no contrato social dispondo que o falecimento de um dos sócios será causa de dissolução da sociedade. Elaborar um parecer.

Nesse sentido, transcrevemos a ementa do acórdão proferido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de Recurso Especial n.º 61.278-SP, julgado em 06.04.1998, tendo como relator o Ministro César Asfor Rocha:

COMERCIAL. SOCIEDADE POR QUOTA. MORTE DE UM DOS SÓCIOS. HERDEIROS PRETENDENDO A DISSOLUÇÃO PARCIAL. DISSOLUÇÃO TOTAL REQUERIDA PELA MAIORIA SOCIAL. CONTINUIDADE DA EMPRESA. Se um dos sócios de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada pretende dar-lhe continuidade, como na hipótese, mesmo contra a vontade da maioria, que busca a sua dissolução total, deve-se prestigiar o princípio da preservação da empresa, acolhendo-se o pedido de sua desconstituição apenas parcial, formulado por aquele, pois a sua continuidade ajusta-se ao interesse coletivo, por importar em geração de empregos, em pagamento de impostos, em promoção do desenvolvimento das comunidades em que se integra, e em outros benefícios gerais. Recurso conhecido e provido. (grifo nosso)

**AULAS 16 E 17: SÓCIOS.**

Nesta aula discutiremos a leitura do(s) seguinte (s) capítulo(s):

- Páginas 58 a 61 e 193 a 198 de O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. Sérgio Campinho. 5ª edição Renovar/2005.

Leitura Complementar.

- Páginas 248 a 291 do Manual de Direito Comercial e de Empresa. Ricardo Negrão. Saraiva: São Paulo/2005.
- Páginas 40 a 47 do Direito Societário. José Edwaldo Tavares Borba. Renovar: Rio de Janeiro/2004.
- Páginas 95 a 96 e 424 a 440 do Curso de Direito Comercial vol I. Rubens Requião. 25ª edição. Saraiva. São Paulo/2003.
- Páginas 207 a 208 do Manual de Direito Comercial. Waldo Fazzio Júnior. 4ª edição. Atlas. São Paulo/2004.
- Páginas 127 a 128 dos Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito de Empresa (arts. 996 a 1.087), vol. IX. Newton Lucca, Rogério Monteiro, J.A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Forense: Rio de Janeiro/2005.
- Páginas 138 a 139 e 166 a 169 e 221 a 222 do Curso de Direito Comercial. Fran Martins. Forense: Rio de Janeiro/2002.

Ementário de Temas:

- Capacidade para ser sócio.
- Sócio menor e sócio incapaz.
- Sócios casados.
- Servidor Público como sócio.

Roteiro de Aula:

Como desenvolvido até então, as sociedades adquirem personalidade jurídica com a inscrição de seus atos constitutivos em registro próprio, na forma da lei¹²⁸.

Em regra¹²⁹, uma sociedade se constitui por escrito, com a elaboração do seu ato constitutivo, que será o Contrato Social¹³⁰, no caso de uma sociedade na forma de LIMITADA ou o Estatuto Social, se a forma adotada for de SOCIEDADE ANÔNIMA.

¹²⁸ Art. 985. 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).

¹²⁹ Exceção: Art. 991 e segs.

¹³⁰ Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Para ser válido, o ato constitutivo de uma sociedade deve resultar de um consenso, para tanto, é necessária a manifestação de vontade dos contratantes que devem ter capacidade para celebrar um negócio jurídico além de outras exigências legais para evitar a nulidade ou a anulabilidade do contrato.

O tema “capacidade civil” já foi objeto de análise, quando tratamos da “capacidade para ser empresário” e vimos que, de acordo com o Código Civil, quando a maioria civil é alcançada, o exercício pleno de todos os atos vinculados às atividades empresarial e civil são permitidos.

Especificamente quanto à capacidade para ser sócio, esta deve ser analisada sob a perspectiva de que ser sócio, nada mais é do que ser proprietário de quotas ou ações, cuja natureza jurídica é de bem móvel.

Assim, enquanto o empresário individual exerce a empresa, o sócio — apesar de viabilizar sua existência — é apenas um quotista ou acionista, ou seja, proprietário de bens móveis, não podendo ser confundido com a figura do empresário.

SÓCIO MENOR E SÓCIO INCAPAZ.

A participação de menor em sociedade empresária, desde a edição do Código Comercial (1850), foi tema muito controvertido na doutrina e na jurisprudência. A questão foi levada ao STF, em 1976, com o julgamento do RE n.º 82.433-SP cujo relator foi o min. Xavier de Albuquerque, assim ementado:

“Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Participação de menores, com capital integralizado e sem poderes de gerência e administração com cotistas. Admissibilidade reconhecida, sem ofensa ao art. 1 do Código Comercial. Recurso Extraordinário não conhecido”.

(RE 82433/SP. Rel: Min. Xavier de Albuquerque — Tribunal Pleno — Julg: 26/05/1976 — DJ 08-07-1976).

Tal decisão deu origem à possibilidade de arquivamento do contrato social da sociedade que tem como sócio um menor, motivando o DNRC a expedir o Ofício-circular n.º 22 em 1976, e, posteriormente a edição da Instrução Normativa n.º 29 em 1991.¹³¹

Destarte as normas administrativas do DNRC, o questionamento da doutrina permanece em virtude da natureza jurídica da sociedade. Por se tratar de *sociedade de pessoas*, numa sociedade empresária na forma de limitada, deve haver a aceitação, pela sociedade, da presença do sócio interdito ou de um sucessor (incapaz ou não).

³¹ Art. 17 - O arquivamento de atos de sociedades por cotas de responsabilidade limitada, da qual participem menores, será procedido pelo órgão de registro, desde que.

I - o capital da sociedade esteja totalmente integralizado, tanto na constituição, como nas alterações contratuais;

II - não seja atribuído ao menor quaisquer poderes de gerência ou administração;

III - o sócio menor seja representado ou assistido, conforme o caso.

O argumento da doutrina é no sentido de que as sociedades de pessoas “*são constituídas tendo em vista a qualidade das pessoas que nelas se associam...*”¹³². Assim, no caso de interdição de sócio (incapacidade superveniente), a deliberação será sobre manter a sociedade sem a presença daquele que não está em condições de exercer a atividade esperada. Já em se tratando de sucessão (hereditária), o problema seria o fato de aceitar o ingresso de uma pessoa estranha à sociedade — o (s) herdeiro (s).

A Lei 12.399, de 1º de abril de 2011, regulamenta a matéria:

“Art. 974.
.....
.....

§ 3º O Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais deverá registrar contratos ou alterações contratuais de sociedade que envolva sócio incapaz, desde que atendidos, de forma conjunta, os seguintes pressupostos:

I — o sócio incapaz não pode exercer a administração da sociedade;

II — o capital social deve ser totalmente integralizado;

III — o sócio relativamente incapaz deve ser assistido e o absolutamente incapaz deve ser representado por seus representantes legais.”

A questão nunca foi fonte de problemas para as sociedades anônimas. Não existe obrigação patrimonial assumida por um menor quando este é proprietário de uma ação (que é bem móvel!) devidamente integralizada, portanto seu “pai ou tutor, desempenha simples ato de administração dos bens do menor”.

“A situação é extremamente comum, bastando pensar-se numa criança que receba de presente, para a garantia de seu futuro, ações da Petrobrás. Como a titularidade de quotas e ações é franqueada aos incapazes, deve-se entender que a própria contratação da sociedade também o é, desde que feita pelo representante legal ou, se incapacidade relativa, pelo próprio incapaz devidamente assistido, em ambos os casos, cumpridas as exigências e respeitados os limites legais. De qualquer sorte o incapaz não poderá ser administrador da sociedade, pois não tem autoridade (capacidade) para tanto”¹³³.

Com vistas à proteção do patrimônio do incapaz, o Código Civil asseverou a obrigatoriedade de limitar a responsabilidade entre o patrimônio daquele e as obrigações assumidas pela sociedade¹³⁴.

No mesmo sentido, sendo o patrimônio do incapaz profuso, a combinação dos artigos 1.745¹³⁵ e 1.781¹³⁶ do Código Civil, possibilita ao juiz condicionar o exercício da tutela e da curatela à prestação de alguma caução.

Entendemos¹³⁷ que os meios de proteção oferecidos pelo sistema jurídico são suficientes para garantir, ao incapaz e ao menor impúbere (com menos de 16 anos) ou púbere (maior de 16 e com menos de 18 anos), representado

¹³² REQUIÃO, Rubens *in* Curso de Direito Comercial 1º vol. 25ª edição. Sarai-va/2003. pg. 95.

¹³³ MAMEDE, Gladston *in* Direito Societário: Sociedades Simples e Empresárias. ATLAS. São Paulo/2004. pg. 79.

¹³⁴ Art. 974 §2º.

¹³⁵ Art. 1.745. Os bens do menor serão entregues ao tutor mediante termo especificado deles e seus valores, ainda que os pais o tenham dispensado.

Parágrafo único. Se o patrimônio do menor for de valor considerável, poderá o juiz condicionar o exercício da tutela à prestação de caução bastante, podendo dispensá-la se o tutor for de reconhecida idoneidade.

¹³⁶ Art. 1.781. As regras a respeito do exercício da tutela aplicam-se ao da curatela, com a restrição do art. 1.772 e as desta Seção.

¹³⁷ No mesmo sentido: Ricardo Negrão, Fran Martins, Waldo Fazzio Júnior, José Edwaldo Tavares Borba, Sérgio Campinho. Contra: Rubens Requião

ou assistido, e, desde que o capital social esteja integralizado e não lhes seja atribuída função de administrador, o ingresso em sociedade:

- na condição de herdeiro de sócio falecido (com disposição expressa no contrato neste sentido. Havendo “vedação do ingresso de sócios em virtude de sucessão, conferindo à sociedade o perfil *intuitu personae*, pensamos que os sócios remanescentes terão que optar pela liquidação da parte do pré-morto com o reembolso aos herdeiros de seus haveres”.¹³⁸);
- pela constituição originária de contrato de sociedade ou pela aquisição posterior de quotas ou ações (havendo elevação do capital social, necessário se faz sua imediata integralização, sob pena da Junta Comercial não realizar o respectivo arquivamento).

A orientação do Departamento Nacional de Registro do Comércio — DNRC, sobre capacidade e impedimentos para ser sócio, está disposta no Manual de Atos de Registro do Comércio aprovado pela Instrução Normativa n° 98/2003¹³⁹, *verbis*:

SÓCIOS CASADOS

Assim como a questão da possibilidade do “menor” ser sócio, a sociedade entre cônjuges também foi objeto de controvérsias na doutrina nacional e estrangeira.

No Direito francês a sociedade entre cônjuges era proibida sob as seguintes justificativas:

- eram sociedades constituídas para burlar as leis que regulavam o regime matrimonial de bens;
- mesmo com a associação de terceiro (sócio), a regra da maioria ficaria comprometida uma vez que os cônjuges votariam num mesmo sentido.

Atualmente, o Código Civil Francês admite a constituição de sociedade por cônjuges, sob qualquer forma¹⁴⁰ e permite a doação entre eles, mas considera-as revogáveis.

Em Portugal, o art. 8º¹⁴¹ do Decreto-lei 262/86 (com atualizações posteriores) que instituiu o Código das Sociedades Comerciais, permite que cônjuges contratem e participem de sociedade desde que somente um deles assumam responsabilidade ilimitada.

¹³⁸ FAZZIO JÚNIOR, Waldo in Manual de Direito Comercial. 4ª edição. Atlas. São Paulo/2004. pg 208.

¹³⁹ <http://www.dnrc.gov.br>

¹⁴⁰ Article 1832-1. Même s'ils n'emploient que des biens de communauté pour les apports à une société ou pour l'acquisition de parts sociales, deux époux seuls ou avec d'autres personnes peuvent être associés dans une même société et participer ensemble ou non à la gestion sociale.

Les avantages et libéralités résultant d'un contrat de société entre époux ne peuvent être annulés parce qu'ils constitueraient des donations déguisées, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique.

¹⁴¹ Artigo 8.º. Participação dos cônjuges em sociedades.

1. É permitida a constituição de sociedades entre cônjuges, bem como a participação destes em sociedades, desde que só um deles assumam responsabilidade ilimitada.

2. Quando uma participação social for, por força do regime matrimonial de bens, comum aos dois cônjuges, será considerado como sócio, nas relações com a sociedade, aquele que tenha celebrado o contrato de sociedade ou, no caso de aquisição posterior ao contrato, aquele por quem a participação tenha vindo ao casal.

3. O disposto no número anterior não impede o exercício dos poderes de administração atribuídos pela lei civil ao cônjuge do sócio que se encontrar impossibilitado, por qualquer causa, de a exercer nem prejudica os direitos que, no caso de morte daquele que figurar como sócio, o cônjuge tenha à participação.

No Direito argentino, o art. 27¹⁴² do Código de Comércio (Lei n.º 19.550/72), permite a constituição de sociedade formada por cônjuges, ainda que exclusivamente, e sob qualquer forma.

No Brasil, J. X. Carvalho de Mendonça¹⁴³ em posicionamento que predominou durante muitos anos na doutrina e jurisprudência, entendia que não era lícito aos cônjuges constituírem sociedade, “*por ofender-se, antes de tudo o instituto do poder marital, produzindo, necessariamente, a igualdade de direito, incompatível com os direitos do marido como chefe do casal*”, sendo nulas, portanto, as sociedades entre os esposos¹⁴⁴.

Com o advento Lei n.º 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada), a mulher foi excluída do rol dos relativamente incapazes, previsto no art. 6º do Código Civil de 1916 e, viu garantida a separação de seu patrimônio do marido, ainda que o regime matrimonial fosse da comunhão (a possibilidade dessa separação dependeria da análise de cada caso).

Em 1968, o Supremo Tribunal Federal considerou que não eram nulas de pleno direito as sociedades entre os cônjuges, no famoso caso julgado no RE nº 61.582-GB cujo relator foi o min. Victor Nunes Leal, assim ementado:

“1) Sociedade de cônjuges. Por si só, não induz sonegação fiscal, segundo decidiu o tribunal federal de recursos. Dissídio de jurisprudência não comprovado. 2) Controvérsia sobre a nulidade, ou não, de sociedade entre marido e mulher. Aspecto novo em face da L. 4.121-62”.

(RE 61582/ GB — Rel: Min. Victor Nunes — Primeira Turma — Julg: 28/11/1968 — DJ 21-03-1969).

No mesmo sentido, em 1985, firmara-se entendimento em nossos tribunais em admitir a sociedade na forma limitada entre os cônjuges, desde que sua constituição não fosse instrumento de fraude ou de alteração do regime matrimonial, conforme caso julgado no RE 104597/PR, com a seguinte ementa:

“Sociedade por quotas. Marido e mulher. Sócios exclusivos. Legitimidade. Sem dispositivo legal que a proíba, expressa ou implicitamente, é válida a sociedade comercial entre cônjuges, mesmo comunheiros, somente desconstituível pelos defeitos invalidantes de sua formação.”

(RE 104597/PR — Rel: Min. Rafael Mayer — Primeira Turma — Julg: 10/05/1985 — DJ 31/05/1985).

Com o advento do Código Civil de 2002, o entendimento decorrente de lenta e intensa discussão e textualização doutrinária e jurisprudencial que permitia a constituição de sociedade empresária entre marido e mulher, de forma retrógrada, restringe a associação entre cônjuges, ressaltando apenas para os que não estiverem casados sob o regime de comunhão universal de bens ou da separação de bens¹⁴⁵. Portanto se o regime de bens do casamento for da comunhão ou separação total e os cônjuges constituírem uma sociedade, esta será nula¹⁴⁶.

¹⁴² Artículo 27. — Los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada.

Quando uno de los cónyuges adquiere por cualquier título la calidad de socio del otro en sociedades de distinto tipo, la sociedad deberá conformarse en el plazo de seis (6) meses o cualquiera de los esposos deberá ceder su parte a otro socio o a un tercero en el mismo plazo.

¹⁴³ DE MENDONÇA, J. X. Carvalho. Tratado de Direito Comercial Brasileiro. 7ª. ed., v. III. Freitas Bastos. Rio de Janeiro/1963.

¹⁴⁴ No mesmo sentido: Waldemar Ferreira. Pela proibição, mas sustentando que não há nulidade absoluta: Egberto Lacerda Teixeira.

¹⁴⁵ Art. 977. Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória.

¹⁴⁶ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Em razão da proibição constante do art. 977 do Código Civil, ao DNRC foi elaborado um pedido de consulta sobre qual o procedimento a ser adotado em relação àquelas sociedades entre cônjuges, casados sob os regimes da comunhão universal de bens ou de separação obrigatória, constituídas anteriormente ao Código Civil de 2002 (em suma, se haveria necessidade de alteração de sócio ou regime de casamento).

A consulta foi respondida em 04 de agosto de 2003, mediante o parecer jurídico DNRC/COJUR N° 125/03¹⁴⁷, redigido pela então coordenadora jurídica do DNRC, que transcrevemos a seguir:

“A norma do artigo 977 do CC proíbe a sociedade entre cônjuges tão somente quando o regime for o da comunhão universal de bens (art. 1.667) ou da separação obrigatória de bens (art. 1.641). Essa restrição abrange tanto a constituição de sociedade unicamente entre marido e mulher, como destes junto a terceiros, permanecendo os cônjuges como sócios entre si.

De outro lado, em respeito ao ato jurídico perfeito, essa proibição não atinge as sociedades entre cônjuges já constituídas quando da entrada em vigor do Código, alcançando, tão somente, as que viessem a ser constituídas posteriormente. Desse modo, não há necessidade de se promover alteração do quadro societário ou mesmo da modificação do regime de casamento dos sócios-cônjuges, em tal hipótese.”

Assim sendo, a sociedade empresária constituída entre cônjuges casados sob o regime de comunhão universal ou da separação obrigatória de bens, regida pela legislação anterior, é *ato jurídico perfeito*, e os cônjuges continuarão proprietários da empresa em virtude do *direito adquirido*.

Novamente, perfilhamo-nos à orientação dos Enunciados da III Jornada de Direito Civil:

204 — Art. 977: *A proibição de sociedade entre pessoas casadas sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória só atinge as sociedades constituídas após a vigência do Código Civil de 2002*¹⁴⁸.

205 — Art. 977: *Adotar as seguintes interpretações ao art. 977: (1) a vedação à participação de cônjuges casados nas condições previstas no artigo refere-se unicamente a uma mesma sociedade; (2) o artigo abrange tanto a participação originária (na constituição da sociedade) quanto a derivada, isto é, fica vedado o ingresso de sócio casado em sociedade de que já participa o outro cônjuge*¹⁴⁹.

SERVIDOR PÚBLICO COMO SÓCIO.

Vimos na Aula 07, que existem pessoas com plena capacidade civil, mas que são impedidas por lei de praticar atividade empresarial em virtude de exercerem profissão ou função incompatível, ou em razão de sanção legal.

¹⁴⁷ http://www.dnrc.gov.br/facil/Pareceres/pa125_03.htm

¹⁴⁸ Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Professor UERJ, Marlon Tomazette, Procurador do Distrito Federal e professor e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professor UERJ.

¹⁴⁹ Autores: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores UERJ.



A proibição legal que atinge os servidores públicos restringe-se à prática da atividade empresarial e não é extensiva à participação dele em sociedade empresária — a vedação se dirige ao exercício da função de empresário.

Portanto, o servidor público pode ser quotista ou acionista de sociedade empresária. Exceção à regra é normalmente disposta nos estatutos profissionais respectivos (geralmente, o que se proíbe é a prática da atividade empresarial e a administração), como exemplos que veremos a seguir:

— Lei n.º 8.112/1990: dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

“Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

X — 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; (Redação dada pela Lei nº 11.094, de 2005)”.

ACÓRDÃO

“Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, prover o apelo. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária (Presidente), os eminentes Senhores DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS E DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES.

Porto Alegre, 01 de junho de 2005.”

RELATÓRIO

DESA. MARIA BERENICE DIAS (RELATORA-PRESIDENTE)

P. R. F. L. e E. D. S. interpõem pedido de autorização judicial para alteração do regime de bens do casamento, noticiando terem casado pelo regime da separação total de bens. No entanto, ao longo dos treze anos de matrimônio, construíram, mediante esforço comum, uma empresa, mas que, por força do regime de bens contratado, constituirá bem incomunicável. E, por força do art. 977 do Código Civil, os cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens estão impedidos de contratar entre si. Requerem o deferimento do postulado (fls. 2/3).

O Ministério Público manifestou-se pelo deferimento da pretensão (fls. 22/24).

Sentenciando, o magistrado julgou improcedente o pedido formulado pelos requerentes (fls. 33/34).

Os autores interpuseram embargos de declaração, os quais foram julgados improcedentes pelo juízo *a quo* (fls. 36/49).

Inconformados, apelam os requerentes, asseverando serem casados pelo regime da separação total de bens, sendo que, ao longo do casamento, constituíram uma empresa com o esforço comum. Assim, com o advento do Novo Código Civil, necessitam adequar a empresa à nova legislação. Sustentam a possibilidade de aplicação do art. 1.639, §2º, do Código Civil aos casamentos celebrados anteriormente à vigência desse estatuto legal. Requerem o provimento do recurso (fls. 53/62).

O Ministério Público opinou pelo provimento do apelo (fls. 66/71).

Subiram os autos a esta Corte, tendo a Procuradoria de Justiça manifestado-se pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 74/78).

Foi observado o disposto no art. 551, §2º, do Código de Processo Civil. É o relatório.”

JURISPRUDÊNCIA.

RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DEMANDA PROPOSTA POR PESSOA JURÍDICA REPRESENTADA PELOS HERDEIROS DO SÓCIO FALECIDO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA SOCIEDADE. ARTIGO 335, N. 4¹⁵⁰, DO CÓDIGO COMERCIAL.

Não há no acórdão recorrido qualquer omissão, contradição ou obscuridade, pois o egrégio Tribunal de origem apreciou toda a matéria recursal devolvida e expôs seu posicionamento, fundamentadamente.

A questão discutida nos autos se insere no contexto daquelas que podem ser apreciadas a qualquer momento processual pelo juiz da causa.

Aqui se não cuidou da hipótese de substituição processual, visto que a empresa demandou o seu direito em nome próprio. Na verdade, o que se está a impugnar é a regularidade da representação da empresa pelos sucessores dos sócios pré-mortos.

De acordo com os elementos de convicção reunidos nos autos — cujo reexame é inadmissível em recurso especial —, concluiu o douto colegiado “a quo” estar provada a condição de herdeiros.

Não se pode desprestigiar o princípio da preservação da empresa, uma vez que, in casu, exurge cristalina a intenção dos herdeiros de prosseguir com os negócios do sócio falecido, pois ao invés de promoverem a dissolução da sociedade, de comum acordo partilharam as cotas, tudo com a aprovação do espólio do outro sócio, que passou mesmo a integrar o pólo ativo da demanda.

Recurso especial não conhecido.

¹⁵⁰ Art. 335. As sociedades reputam-se dissolvidas:

(...)

4. Pela morte de um dos sócios, salvo convenção em contrário a respeito dos que sobreviverem.



(REsp 237.772/SP, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 08.10.2002, DJ 19.05.2003 p. 153) — *grifamos*.

Caso Concreto: Casal interpõe pedido de autorização judicial para alteração do regime de bens do casamento, qual seja, da separação total de bens, pois pretendem se tornar sócios de uma sociedade limitada.

QUESTÕES DE CONCURSO:

XIII CONCURSO PARA INGRESSO NA CLASSE INICIAL DA CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Pode o menor de 21 anos de idade, excluída a hipótese da sua emancipação civil, exercer, independentemente, atos de comércio e sujeitar-se à falência?

XX CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

- a. Pode um menor ser sócio de uma sociedade limitada?
- b. E se o capital social não estiver integralizado?

XI CONCURSO PARA JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO DO TRF 4ª REGIÃO (2004).

Assinalar a alternativa correta.

No trato do Direito de Empresa pelo Código Civil (Lei nº 10.406/02) é certo dizer:

- i. o empresário casado pode, só mediante outorga conjugal, dependendo do regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real.
- ii. a pessoa legalmente impedida de exercer atividade própria de empresário, se a exercer, responderá pelas obrigações contraídas, sujeitando-se, inclusive, à falência.
- iii. é defeso aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, quando casados no regime da comunhão universal de bens, podendo fazê-lo, porém, quando o regime for o de separação obrigatória.
- iv. a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede deve ser feita dentro do prazo de 90 (noventa) dias contados do início das respectivas atividades.

EXAME DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO RIO GRANDE DO SUL (02/2005) 1ª FASE — PROVA OBJETIVA.

10. Com relação ao Direito de Empresa, regulado no Código Civil, assinale a assertiva incorreta.

- a. O empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa.



- b. É facultado aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, mesmo que tenham se casado no regime da comunhão universal de bens.
- c. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.
- d. A pessoa legalmente impedida de exercer a atividade própria de empresário, se a exercer, responderá pelas obrigações contraídas.

EXAME DA ORDEM DOS ADVOGADOS — SECCIONAL PARANÁ (12/2003) 1ª FASE — PROVA OBJETIVA.

22. Assinale a alternativa INCORRETA:

- a. O menor responderá com todos os seus bens pessoais, inclusive aqueles que possuía antes da sucessão, no caso de vir a ser autorizada a continuidade da empresa, que recebeu por herança.
- b. Para o exercício de atividade empresarial exige-se que a pessoa esteja em pleno gozo da capacidade civil e não esteja legalmente impedido.
- c. Ao servidor público federal é vedado, por lei, participar da gerência ou administração de empresa privada, sendo-lhe vedado ainda o exercício, em nome próprio, de atividade comercial, podendo tão somente participar como acionista, quotista ou comanditário.
- d. A pessoa legalmente impedida de exercer atividade própria de empresário, se vier a exercê-la, responderá por todas as obrigações contraídas.

124º EXAME DE ORDEM DOS ADVOGADOS — SECÇÃO SÃO PAULO. 1ª FASE — PROVA OBJETIVA.

46. Pessoa física com menos de 16 anos de idade pode ser titular de estabelecimento comercial se:

- a) o explorar com seus recursos próprios.
- b) tiver autorização dos pais ou do tutor.
- c) o receber por herança e tiver autorização judicial
- d) for sócia de sociedade empresária.

123º EXAME DE ORDEM DOS ADVOGADOS — SECÇÃO SÃO PAULO. 1ª FASE — PROVA OBJETIVA.

41. É obrigação de qualquer sócio de sociedade empresária

- a) contribuir para a formação do patrimônio social.
- b) prestar serviços à sociedade.
- c) exercer o direito de voto nas deliberações sociais.
- d) abster-se de praticar atos que possam implicar concorrência com a sociedade.



AULA 16: NOME EMPRESARIAL.

Nas aulas de estabelecimento empresarial e seu trespasse tivemos um primeiro contato com os elementos incorpóreos que fazem parte da formação do estabelecimento. Na aula de hoje estudaremos o tema “nome empresarial” e as questões conceituais, espécies e jurisprudência acerca desse tema.

Nesta aula discutiremos a leitura do(s) seguinte(s) capítulo(s):

- Páginas e 187 a 204 do Manual de Direito Comercial e de Empresa. Ricardo Negrão. Saraiva: São Paulo/2005.
- Páginas 339 a 342 (sobre nome de domínio na internet) de O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. Sérgio Campinho. 5ª edição. Renovar/2005.

Leitura Complementar:

- Páginas 143 a 173 (sobre registro de marca) do Manual de Direito Comercial e de Empresa. Ricardo Negrão. Saraiva: São Paulo/2005.
- Páginas 221 a 269 (sobre nome e marca) do Curso de Direito Comercial vol I. Rubens Requião. 25ª edição. Saraiva. São Paulo/2003.
- Páginas 115 a 148 (sobre marca e propriedade industrial) do Manual de Direito Comercial. Waldo Fazzio Júnior. 4ª edição. Atlas. São Paulo/2004.
- Páginas 325 a 338 de O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. Sérgio Campinho. 5ª edição. Renovar/2005.

Ementário de Temas:

- Artigos 1.155 a 1.168 do Código Civil.
- Estrutura do nome empresarial: firma (individual e social) e denominação.
- Princípios: veracidade, novidade e publicidade.
- Obrigatoriedade de indicação do objeto social no nome empresarial.
- Proteção ao nome empresarial.
- A natureza jurídica do nome empresarial e a possibilidade de alienação.
- Indicação de ME e EPP ao final do nome é possível?



- Nome empresarial, marca e título do estabelecimento. Proteção.
- Caso: Odebrecht.

Roteiro de Aula:

A etimologia da palavra “nome” mostra sua origem do latim gnom-em, donde se tem gnos-ere que significa conhecer, saber. O nome é, portanto, um meio para se permitir o conhecimento do que é nomeado, para permitir que se saiba de quem se trata, saber quem é¹⁵¹.

O Direito Civil positivado confere a toda pessoa, natural ou jurídica, o direito de ter um nome.¹⁵² Em diversos artigos do Código Civil, o nome apresenta-se como instrumento de grande importância, *v.g.*, quando permite a nomeação de alguém.¹⁵³

No Direito Empresarial, a função do nome não é diferente. É através dele que identificamos e individualizamos aquele que pratica atividade empresarial e se obriga nos atos a ela pertinentes.

Assim, temos que o nome empresarial identifica o empresário individual e a sociedade empresária nas relações jurídicas de qualquer natureza, seja para tratar de assuntos internos ou de terceiros. Apresenta-se no direito brasileiro como: firma individual, firma social ou denominação. É na letra da lei que encontramos a forma correta de adoção do nome empresarial por cada tipo de empresário (individual ou coletivo).

No linguajar cotidiano usa-se, de forma incorreta, a palavra “firma” e “empresa” como sinônimo de empresário ou de sociedade empresária. Sabemos que “empresa” é atividade, já a firma (individual e social) e a denominação, são espécies que compõem o gênero “nome empresarial”.

Firma Individual¹⁵⁴ é utilizada pelo empresário individual — haverá sempre o nome civil do empresário, acompanhado de expressão que dê a conhecer a atividade, como, *v.g.*, JOÃO CABRAL MOTORES.

Firma Social ou Razão Social¹⁵⁵ só poderá ser utilizado por sociedades, sendo composto pelo nome civil de um dos sócios, como nas hipóteses das sociedades em nome coletivo e em comandita simples, *v.g.*, JOÃO CABRAL e CIA MOTORES LTDA.

Denominação¹⁵⁶ será também utilizada por sociedades, identificada com base na presença de uma expressão lingüística diversa do nome civil — expressão “fantasia”, *v.g.*, MOTORES AVANÇADOS LTDA. ou CIA DE MOTORES AVANÇADOS.

Existe exceção à regra acima disposta, em relação às sociedades anônimas, podendo haver a presença de nome civil no nome empresarial para fins de homenagem, em virtude da regra inserta no § 1º do artigo 3º da Lei 6.404/76¹⁵⁷

¹⁵¹ MAMEDE, Gladston *in* Direito Empresarial Brasileiro – Ed Atlas/2004.

¹⁵² Artigos 16 e 52 do Código Civil.

¹⁵³ Artigos 22, 23, 24, 49, 468, 470 entre outros do Código Civil.

¹⁵⁴ Art. 1.156 do Código Civil.

¹⁵⁵ Art. 1.157 a 1.159 do Código Civil.

¹⁵⁶ Art. 1.158 do Código Civil.

¹⁵⁷ Art. 3º A sociedade será designada por denominação acompanhada das expressões “companhia” ou “sociedade anônima”, expressas por extenso ou abreviadamente mas vedada a utilização da primeira ao final.

§ 1º O nome do fundador, acionista, ou pessoa que por qualquer outro modo tenha concorrido para o êxito da empresa, poderá figurar na denominação.

e p.ú. do art. 1.160 do Código Civil. Contudo, mesmo existindo um nome civil continuará a ser uma denominação.

A parte final do art. 1.158 § 2º, permite que o nome empresarial apresente uma mistura de firma e denominação. É o caso de numa denominação constar também o nome de um ou mais sócios.

Para a formação do nome empresarial, alguns princípios deverão ser atendidos¹⁵⁸, são eles: da veracidade, da novidade e da publicidade.

Princípio da veracidade: estabelece que o nome dos sócios deve compor a firma social¹⁵⁹ assim como nome do empresário deve compor a firma individual.

O artigo 1.165 do Código Civil é reforçado pelo princípio da veracidade, e, nas palavras do Prof. Sérgio Campinho, “em razão desse princípio é que o nome civil do sócio que vier a falecer, for excluído ou retirar-se da sociedade, não pode ser conservado na razão social”.¹⁶⁰

Princípio da novidade: reflete a necessidade de individualização, de ser adotado um nome novo e diferente de outro já existente.

A intenção do legislador foi evitar confusões e a concorrência desleal uma vez que “projetando a própria identidade da empresa (*sic*), o nome empresarial influencia incisivamente o público consumidor, tornando-a imediatamente conhecida, bem assim a seus produtos e serviços”.¹⁶¹

OBRIGATORIEDADE DE INDICAÇÃO DO OBJETO SOCIAL NO NOME EMPRESARIAL.

O art. 1.158 do Código Civil, traz de volta uma regra do Decreto n.º 3.708/19, que em seu artigo 2º exigia que as denominações das sociedades limitadas dessem a conhecer o objeto social. Tal regra, havia sido abolida em 1994 pela Lei de Registro Público de Empresas Mercantis¹⁶², tanto em relação às firmas quanto às denominações.

Essa exigência, considerada retrógrada por muitos, tem sido alvo de inúmeras críticas no meio jurídico pelo fato de restringir a liberdade dos sócios na escolha do nome de sua sociedade, além de ser inconveniente para algumas sociedades que tenham objetos sociais amplos, cuja demonstração no nome irá gerar problemas de publicidade.

Nesse contexto, o PL 7.070/92, em trâmite no Congresso Nacional, propõe a modificação dos artigos 1.158, 1.160, 1.163, 1.165, 1.166, 1.167 e 1.168 do Código Civil, apresentando como justificativa que “as disposições constantes do novo Código Civil, ao reintroduzirem a obrigatoriedade de indicar o objeto social na denominação, não estão em sintonia com os avanços que já constavam do Direito Brasileiro”.

PROTEÇÃO DO NOME EMPRESARIAL.

¹⁵⁸ Lei 8.934/94. Art. 34. O nome empresarial obedecerá aos princípios da veracidade e da novidade.

¹⁵⁹ Exceto para a Sociedade Anônima.

¹⁶⁰ *in* O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. 5ª edição. Renovar/2005. pg 330.

¹⁶¹ FAZZIO JUNIOR, Waldo *in* Manual de Direito Comercial. 4ª edição. Atlas. São Paulo/2004. pg.90.

¹⁶² Art. 35. Não podem ser arquivados: (...)

III - os atos constitutivos de empresas mercantis que, além das cláusulas exigidas em lei, não designarem o respectivo capital, bem como a declaração precisa de seu objeto, cuja indicação no nome empresarial é facultativa;

A proteção ao nome empresarial está presente nos seguintes diplomas legais:

- Constituição Federal de 1988, artigo 5º, XXIX — além de garantir proteção à propriedade das marcas, também protege o nome empresarial, que compreende a firma ou denominação da pessoa física ou jurídica, designada em todo o exercício de suas atividades.
- Convenção da União de Paris, art. 8º — internalizada em nosso ordenamento jurídico através do Decreto 635/92. Prevê a proteção em esfera internacional do nome empresarial, independentemente de registro, sendo suficiente a proteção obtida no país de origem.
- Lei nº 8.934/94 — que revogou a Lei nº 4.726/65 —, em seu art. 33, prescreve: “A proteção ao nome empresarial decorre automaticamente do arquivamento dos atos constitutivos de firma individual e de sociedades, ou de suas alterações”. E no art. 34, dispõe: “O nome empresarial obedecerá aos princípios da veracidade e da novidade”.
- Instrução Normativa nº 53/96 do DNRC que dispõe sobre a formação de nome empresarial, sua proteção e dá outras providências.

O critério de proteção do nome empresarial também está presente no Código Civil onde, mediante uma análise do art. 1.163 em conjunto com o art. 1.166, temos que ela decorre automaticamente do arquivamento de ato constitutivo ou de alteração que implique em mudança do nome, e circunscreve-se à unidade da federação em que foi registrado¹⁶³.

A limitação territorial imposta pelo art. 1.166 do Código Civil é objeto de muitas críticas pela doutrina, pois colide com o art. 8º da Convenção de Paris que garante a todos os países membros proteção internacional ao nome empresarial de estrangeiros independentemente de registros, causando uma disparidade de tratamento injustificável, contrariando o preceito de igualdade, contemplado no caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Para dirimir essa questão o PL 7.070/92 apresenta nova redação para os arts. 1.163 e 1.166 do Código Civil, sugerindo que as buscas de anterioridade feitas de ofício pelas Juntas Comerciais continuem restritas às inscrições feitas em seu registro. No entanto, se admita que terceiros possam apresentar oposição, com base em registros de nome empresarial efetuados em outros Estados ou mesmo de procedência estrangeira. Preservando-se, assim, a eficácia nacional ou internacional destes.

A NATUREZA JURÍDICA DO NOME EMPRESARIAL E A POSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO.

O nome empresarial possui função:

- subjetiva: pois identifica o empresário como pessoa jurídica.

¹⁶³ Essa proteção pode ser estendida mediante requerimento próprio perante a Junta Comercial da unidade da federação onde se deseja a proteção, que fará o encaminhamento ao DNRC – Departamento Nacional de Registro do Comércio para avaliação.



- objetiva: pois promove a individualização, diferenciando o empresário em face dos demais.

Essa dupla função resulta numa grande dificuldade por parte da doutrina, em estabelecer a natureza jurídica do nome empresarial.

O Prof. Ricardo Negrão¹⁶⁴ cita Gabriel F. Leonardos que, ao estudar a função objetiva do nome, apresentou três possibilidades quanto a sua natureza:

- a) é um direito de propriedade imaterial, semelhante àquele que disciplina marcas e patentes;
- b) é um direito pessoal, sucedâneo do direito de personalidade, numa concepção empresarial, isto é, um direito de personalidade comercial;
- c) é um direito pessoal do empresário, derivado da repressão à concorrência desleal.

Para o Prof. Sérgio Campinho, o nome empresarial “funciona como o nome civil da pessoa natural e, como tal, não pode ser objeto de transmissão, porquanto é por seu intermédio que se identifica a pessoa física (*sic*) ou jurídica do empresário. Nesse sentido, não se permite, conforme proclama o artigo 1.164 do Código Civil, seja objeto de alienação”. O ilustre professor ainda destaca o aspecto de bem patrimonial incorpóreo do nome empresarial, que compõe o estabelecimento¹⁶⁵.

Para Gladston Mamede, o nome empresarial deve ser compreendido como Direito de Personalidade, pois “como de resto o nome de toda e qualquer pessoa jurídica, é atributo moral de sua personalidade, merecendo proteção específica do Direito das Pessoas, inclusive o aforamento de ações indenizatórias por danos que lhe sejam impingidos”. O professor salienta que também “deve-se reconhecer no nome empresarial um bem moral, bem que compõe o patrimônio moral do empresário ou da sociedade empresária, não comportando transmissão e, portanto, alienação, sucessão hereditária, penhor, penhora etc. Mas são, a exemplo do nome civil, passíveis de alterações, embora em hipóteses distintas das previstas para aqueles”.¹⁶⁶

INDICAÇÃO DOS IDENTIFICADORES: ME (MICROEMPRESA) E EPP (EMPRESA DE PEQUENO PORTE).

O nome empresarial, além da informação sobre o tipo societário (S.A., Ltda, etc), poderá apresentar-se com a informação de microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP).

A classificação como ME ou EPP tem por base o regime fiscal a que se submeterá a sociedade — a avaliação será feita pelo ente fiscal. Assim, no momento da constituição da sociedade, tal indicação não poderá ser levada ao registro, pois se trata de classificação fiscal e não empresarial, portanto, somente após a classificação concedida pelo FISCO é que poderá a sociedade se

¹⁶⁴ in Manual de Direito Comercial e de Empresa. Saraiva: São Paulo/2005. pg.189.

¹⁶⁵ in O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. 5ª edição. Renovar/2005. pg. 331.

¹⁶⁶ in Direito Empresarial Brasileiro – vol.1. Atlas/2004. pg 111.



apresentar dessa forma — aí sim, deve ser levada ao registro tal modificação (publicidade).

NOME EMPRESARIAL, MARCA E TÍTULO DO ESTABELECIMENTO.

Vimos que o nome identifica o empresário e a sociedade empresária, portanto, não pode jamais ser confundido com outros elementos identificadores da empresa, como a marca, o título de estabelecimento e o nome de domínio. O Prof. Ricardo Negrão estabelece a distinção:

“... o nome é atributo da personalidade, através do qual o comerciante exerce o comércio; a marca é sinal distintivo de um produto ou de um serviço; título de estabelecimento é a designação de um objeto de direito — o estabelecimento empresarial; e insígnia é um sinal, emblema, formado por figuras, desenhos, símbolos, conjugados ou não a expressões nominativas. Esta e o título do estabelecimento têm em comum sua idêntica destinação: designar o estabelecimento do empresário; na forma, contudo, diferem: a insígnia utiliza a forma emblemática e o título, nominativa”.¹⁶⁷

O Prof. Fabio Ulhoa Coelho aponta as seguintes diferenças entre nome empresarial e marca¹⁶⁸:

a) em relação ao órgão de registro:

NOME — Junta Comercial

MARCA — INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial)¹⁶⁹

b) em relação ao âmbito de proteção:

NOME — protegido no Estado da Junta em que foi registrado, podendo alcançar proteção nacional.

MARCA — todo o território nacional (art. 129 da Lei 9.279/96).

c) em relação à extensão da proteção quanto ao objeto:

NOME — não encontra qualquer limitação à sua proteção à área de atuação da atividade empresária.

MARCA — protegida somente para produtos ou serviços assinalados no depósito, isto é, se existir outra marca igual, mas para indicar produto ou serviço diferente, não há violação do direito marcário. Exceto para a marca de alto renome.

d) em relação ao prazo de duração:

NOME — indeterminado, sem necessidade de renovação.

¹⁶⁷ *in* Manual de Direito Comercial e de Empresa. Saraiva: São Paulo/2005. pg.192.

¹⁶⁸ *in* Curso de Direito Comercial – vol.I, 8ª edição. Saraiva/2004. pg.183 e 184.

¹⁶⁹ O INPI é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo (MCTI), responsável pela concessão de patentes, registro de marcas, transferência de tecnologia etc. Tem por finalidade executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência da assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados e acordos internacionais sobre a propriedade industrial. Na sua *homepage*, encontramos legislação específica, informações sobre como obter uma patente ou registro de marcas, guias de classificação internacional etc.



MARCA — perdura por 10 anos, mas pode ser eternamente protegida se houverem renovações.

O título de estabelecimento não possui um destino específico para registro. A proteção poderá ser alcançado com o registro na Junta Comercial, como nome empresarial, ou então no INPI, como marca. Por exemplo: apesar de *Casas Bahia Ltda* ser um nome empresarial, o título do estabelecimento *Casas Bahia*, para gozar de proteção, foi registrado no INPI como marca.

Jurisprudência

DIREITO COMERCIAL. COLIDENCIA DE MARCA (REGISTRO NO INPI) COM NOME COMERCIAL (ARQUIVAMENTO DOS ATOS CONSTITUTIVOS DA SOCIEDADE NA JUNTA COMERCIAL). PROTEÇÃO JURÍDICA. RECURSO PROVIDO.

I— no sistema jurídico nacional, tanto a marca, pelo código de propriedade industrial, quanto o nome comercial, pela convenção de Paris, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 75.572/75, são protegidos juridicamente, conferindo ao titular respectivo o direito de sua utilização.

II— havendo colidência entre marca e parte do nome comercial, a fim de garantir a proteção jurídica tanto a uma quanto a outra, determina-se ao proprietário do nome que se abstenha de utilizar isoladamente a expressão que constitui a marca registrada pelo terceiro, de propriedade desse, sem prejuízo da utilização do seu nome comercial por inteiro, quer nos letreiros quer no material de propaganda ou documentos e objetos.

(REsp 40.598/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 19.08.1997, DJ 29.09.1997 p. 48208)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA — JUSTIÇA ESTADUAL E FEDERAL — AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE USO DE NOME COMERCIAL — JUNTA COMERCIAL.

Se o litígio versa sobre abstenção de uso de nome comercial, apenas por via reflexa será atingido o registro efetuado na Junta Comercial, o que afasta o interesse da União. Portanto, o processo deverá ter curso perante a justiça do estado.

Conflito de competência conhecido, para declarar a competência do Juízo da Oitava Vara Cível de Curitiba-PR.

(CC 37.386/PR, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14.05.2003, DJ 09.06.2003 p. 168).



PESSOA JURÍDICA. ASSOCIAÇÕES (RELIGIOSAS). NOMES (PROTEÇÃO). REGISTRO (ANTECEDÊNCIA). PRECEITO COMINATÓRIO (IMPROCEDÊNCIA).

1. Formal e materialmente, não há norma que proteja nome de associação destinada a desenvolver atividade religiosa; de fins, portanto, não econômicos. Inaplicabilidade do Cód. de Prop. Industrial, ainda que sob as luzes dos arts. 4º da Lei de Introdução e 126 do Cód. de Pr. Civil.

2. Regência do caso pelos arts. 114, I e 115 da Lei nº 6.015/73.

3. Não há meios jurídicos que garantam a propriedade do nome de religioso, “podendo ser ostentado, pronunciado, venerado e adotado por quantos seguidores e/ou cultores tenha ou venha a ter, individualmente ou organizados em associações” (acórdão estadual), haja vista o que ordinariamente acontece com as igrejas cristãs pelo mundo afora.

4. Recurso especial fundado na alínea a, de que a Turma não conheceu.

(REsp 66.529/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 21.09.1999, DJ 19.06.2000 p. 138)

PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. DOMÍNIO DA INTERNET. UTILIZAÇÃO POR QUEM NÃO TEM O REGISTRO DA MARCA NO INPI.

A Justiça Estadual é competente para processar e julgar ação em que o titular, junto ao INPI, do registro da marca *tantofaz.com*, sob a especificação de portal da internet, pretende impedir o seu uso por outrem.

Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 341.583/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 06.06.2002, DJ 09.09.2002 p. 231)

Questões de Concursos.

PROVA DO CONCURSO PARA JUIZ SUBSTITUTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. PROVA PREAMBULAR — 20/07/2003. DIREITO COMERCIAL.

Acerca do registro de empresas, assinale a opção correta.

1. A proteção ao nome empresarial é decorrência do registro efetuado em juntas comerciais.
2. O empresário, nos termos do Código Civil de 2002, não está obrigado a promover seu registro em junta comercial.
3. O registro dos atos constitutivos de empresas individuais, confere ao empresário, personalidade jurídica própria.



4. As sociedades empresárias adquirem sua personalidade jurídica a partir da celebração do contrato social, ainda que este não esteja registrado.

PROVA DO CONCURSO PARA JUIZ DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE — 01/02/04 — PROVA OBJETIVA: TIPO 1.

64. João de Deus, Maria dos Anjos e Pedro Santos decidiram constituir uma sociedade empresária em que todos os sócios tenham as mesmas responsabilidades sociais. Para tanto, entre outros pontos, precisam definir o nome empresarial. Acerca dessa situação hipotética, julgue os itens seguintes, quanto à correta aplicação das normas legais relativas à formação de nomes empresariais.

1. A sociedade é limitada e seu nome poderá ser Comércio de Cereais João de Deus e Maria dos Anjos Limitada
2. A sociedade é em nome coletivo e seu nome poderá ser João de Deus & Maria dos Anjos.

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. CARGO: PROCURADOR FEDERAL DE 2ª CATEGORIA. PROVA OBJETIVA. 25/04/2004 (MАНHÁ).

Marque, na folha de respostas, para cada item: o campo designado com o código C, caso julgue o item CERTO; ou o campo designado com o código E, caso julgue o item ERRADO.

103. No caso de sociedade cujos sócios respondam ilimitadamente, deverá ser adotada firma social que designe o nome de pelo menos um deles, seguido da expressão e companhia ou de sua abreviatura.

EXAME DE ORDEM — SEÇÃO DE MINAS GERAIS — MARÇO / 2004 — 2ª ETAPA

ÁREA: DIREITO COMERCIAL.

Questão 01.

Antônio e Benedito constituíram sociedade empresária sediada em Belo Horizonte, que adotou o nome empresarial “Sol e Mar Turismo Ltda”, cujos atos constitutivos foram devidamente arquivados, em fevereiro de 2003, na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais. Em viagem de férias para o Espírito Santo, Antônio constatou que, no município de Guarapari, existe outra sociedade, também atuante no ramo do turismo, que adota idêntico nome empresarial “Sol e Mar Turismo Ltda”. Na oportunidade, Antônio dirigiu-se à Junta Comercial do Estado do Espírito Santo e confirmou a inscrição da referida sociedade, que arquivou seus atos constitutivos em junho de 2003.



Antônio e Benedito, receosos de que a sociedade da qual são sócios venha a ser confundida com a existente em Guarapari-ES, formula consulta sobre a possibilidade de ser proposta medida judicial para que a “Sol e Mar Turismo Ltda” capixaba deixe de usar tal expressão como seu nome empresarial. Responda a consulta, analisando todos os aspectos do problema.

Questões de Concursos

PROVA DO CONCURSO PARA JUIZ SUBSTITUTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. PROVA PREAMBULAR — 20/07/2003. DIREITO COMERCIAL.

Acerca do registro de empresas, assinale a opção correta.

1. A proteção ao nome empresarial é decorrência do registro efetuado em juntas comerciais.
2. O empresário, nos termos do Código Civil de 2002, não está obrigado a promover seu registro em junta comercial.
3. O registro dos atos constitutivos de empresas individuais, confere ao empresário, personalidade jurídica própria.
4. As sociedades empresárias adquirem sua personalidade jurídica a partir da celebração do contrato social, ainda que este não esteja registrado.

PROVA DO CONCURSO PARA JUIZ DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE — 01/02/04 — PROVA OBJETIVA: TIPO 1.

64. João de Deus, Maria dos Anjos e Pedro Santos decidiram constituir uma sociedade empresária em que todos os sócios tenham as mesmas responsabilidades sociais. Para tanto, entre outros pontos, precisam definir o nome empresarial. Acerca dessa situação hipotética, julgue os itens seguintes, quanto à correta aplicação das normas legais relativas à formação de nomes empresariais.

1. A sociedade é limitada e seu nome poderá ser Comércio de Cereais João de Deus e Maria dos Anjos Limitada.
2. A sociedade é em nome coletivo e seu nome poderá ser João de Deus & Maria dos Anjos.

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. CARGO: PROCURADOR FEDERAL DE 2ª CATEGORIA. PROVA OBJETIVA. 25/04/2004 (MANTHÁ).



Marque, na folha de respostas, para cada item: o campo designado com o código C, caso julgue o item CERTO; ou o campo designado com o código E, caso julgue o item ERRADO.

103. No caso de sociedade cujos sócios respondam ilimitadamente, deverá ser adotada firma social que designe o nome de pelo menos um deles, seguido da expressão e companhia ou de sua abreviatura.

EXAME DE ORDEM — SEÇÃO DE MINAS GERAIS — MARÇO / 2004 — 2ª ETAPA

ÁREA: DIREITO COMERCIAL.

Questão 01.

Antônio e Benedito constituíram sociedade empresária sediada em Belo Horizonte, que adotou o nome empresarial “Sol e Mar Turismo Ltda”, cujos atos constitutivos foram devidamente arquivados, em fevereiro de 2003, na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais. Em viagem de férias para o Espírito Santo, Antônio constatou que, no município de Guarapari, existe outra sociedade, também atuante no ramo do turismo, que adota idêntico nome empresarial “Sol e Mar Turismo Ltda”. Na oportunidade, Antônio dirigiu-se à Junta Comercial do Estado do Espírito Santo e confirmou a inscrição da referida sociedade, que arquivou seus atos constitutivos em junho de 2003.

Antônio e Benedito, receosos de que a sociedade da qual são sócios venha a ser confundida com a existente em Guarapari-ES, formula consulta sobre a possibilidade de ser proposta medida judicial para que a “Sol e Mar Turismo Ltda” capixaba deixe de usar tal expressão como seu nome empresarial. Responda a consulta, analisando todos os aspectos do problema.



AULA 17: CONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Ementário de Temas:

- Origem.
- Evolução histórica.
- Direito Brasileiro.
- Esferas trabalhista, tributária e falência e recuperação de empresa.

Roteiro de Aula:

Vimos que a sociedade é detentora de personalidade jurídica própria e que esta autonomia tem como principais efeitos:

- ser considerada sujeito de direito, com capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações.
- o patrimônio da sociedade é distinto do patrimônio dos sócios;
- a existência jurídica independente, uma vez que a sociedade se mantém mesmo na falta dos sócios.

No cenário jurídico-social, a fraude não é um fenômeno novo. Sempre houve a tentativa de se fugir à responsabilidade patrimonial mediante inúmeros artifícios, alcançados pelo instituto da fraude contra credores, disposto no artigo 106 e seguintes do Código Civil, repisado no Novo Código Civil (arts. 158 e seguintes), como demonstra YUSSEF SAID CAHALI em monografia sobre o tema¹⁷⁰. Verificaremos que a teoria da desconsideração dispõe sobre a utilização do mecanismo societário para a prática de atos fraudulentos.

A prática de atividade empresária sob a forma de sociedade, para algumas mentes, acaba por incentivar a realização de atos escusos, se prestando a sociedade como ser imaterial servidor de abrigo ao fraudador. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram mecanismos para descortinar a sociedade, retirando o véu protetor, viabilizando o alcance daqueles que se camuflam (sócios).

A decisão judicial precursora da teoria da desconsideração da personalidade jurídica remonta ao ano de 1809, no caso *Bank of United States v. Deveaux*¹⁷¹, quando o juiz Marshall manteve a jurisdição das cortes federais sobre as *corporations* — a Constituição Americana (art. 3º, seção 2ª) reserva a tais órgãos judiciais as lides entre cidadãos de diferentes Estados. Ao fixar a

¹⁷⁰ in Fraude Contra Credores. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002

¹⁷¹ WORMSER, Maurice in "Piercing the veil of corporate entity", Columbia Law Review, Columbia, 12:496-518, 1912, p. 498.

competência acabou por desconsiderar a personalidade jurídica, sob o fundamento de que não se tratava de sociedade, mas sim de sócios contendedores.

O caso que mais teve repercussão mundial foi o ocorrido na Inglaterra (Salomon v. Salomon & Co.) que, ao contrário do indigitado, não foi o pioneiro, datando, portanto, de 1897. De toda sorte, tal julgado delineou o instituto da desconsideração. Aaron Salomon com mais 6 membros de sua família criou uma *company*, em que cada sócio era detentor de uma ação, reservando 20.000 ações a si, integralizando-as com o seu estabelecimento empresarial, sendo certo que Aaron Salomon já praticava atividade empresarial sob forma de empresário individual. Os credores oriundos de negócios realizados pelo empresário Aaron Salomon viram a garantia patrimonial restar abalada em decorrência do esvaziamento de seu patrimônio em prol da *company*. Com esse quadro, o juízo de primeiro grau declarou a fraude com o alcance dos bens do sócio Aaron Salomon. Ressalte-se, entretanto, que a *House of Lords*¹⁷², reconhecendo a diferenciação patrimonial entre a companhia e os sócios, não identificando nenhum vício na sua constituição, reformou a decisão exarada. Como aponta Piero Verrucoli¹⁷³, a teoria da desconsideração teve sua difusão contida em virtude do efeito vinculante das decisões da Casa dos Lordes.

Em razão do berço da teoria (EUA e Inglaterra) alguns termos em língua estrangeira são de comum utilização: *disregard of legal entity*; *piercing the corporate veil* e *lifting the corporate veil*.

O desenvolvimento da teoria ganhou força no direito norte-americano, chegando ao direito brasileiro pela fala de Rubens Requião¹⁷⁴, em palestra proferida na Universidade Federal do Paraná, baseando o raciocínio na fraude e no abuso de direito.

O direito positivo reconheceu a *disregard doctrine* na regra inserta no artigo 28¹⁷⁵ da Lei 8.078/90 (Código de Defesa e Proteção das Relações de Consumo); no artigo 18¹⁷⁶ da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste), hoje revogado pelo art. 34 da Lei 12.529/11, mantida a mesma redação; no artigo 4^o¹⁷⁷ da Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) e, mais recentemente, no artigo 50 do Código Civil.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem como pressuposto a consideração da personalidade jurídica, com as respectivas consequências advindas da separação do sócio e sociedade, *v.g.*, diferenciação de nome, nacionalidade, domicílio e, principalmente, patrimônio.

Os dispositivos do Código Comercial (1850) referentes às sociedades davam margem à dúvida sobre a consideração da personalidade jurídica, ao asseverar que dentre os sócios, ao menos um deveria ser comerciante, nos termos dos artigos 311¹⁷⁸; 315¹⁷⁹ e 317¹⁸⁰. Em 1916, o Código Civil dirimiu qualquer controvérsia ao indicar o nascimento da personalidade jurídica¹⁸¹, bem como ao asseverar que as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros¹⁸². O mesmo caminho foi percorrido pelo Código Civil de 2002, nos artigos 45¹⁸³ e 985¹⁸⁴.

¹⁷² Equivalente ao Senado no Brasil.

¹⁷³ VERRUCOLI, Piero. *in* Il Superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella "common law" e nella "civil law", Milano, Giuffrè, 1964, ps. 90-2 e p. 103.

¹⁷⁴ *in* Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais 410/12.

¹⁷⁵ Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

¹⁷⁶ 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

¹⁷⁷ Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

¹⁷⁸ Art. 311 - Quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se associam para fim comercial, obrigando-se uns como sócios solidariamente responsáveis, e sendo outros simples prestadores de capitais, com a condição de não serem obrigados além dos fundos que forem declarados no contrato, esta associação tem a natureza de sociedade em comandita.

Se houver mais de um sócio solidariamente responsável, ou sejam muitos os encarregados da gerência ou um só, a sociedade será ao mesmo tempo em nome coletivo para estes, e em comandita para os sócios prestadores de capitais.

As sociedades em comum terão como conseqüência restrições, sendo a mais grave a ausência de limitação da responsabilidade dos sócios¹⁸⁵, como acentua José Edwaldo Tavares Borba¹⁸⁶, exemplificando: “Constitui, portanto, um grande risco participar de sociedade irregular, pois qualquer que seja a sua espécie, ainda que a da sociedade limitada, a responsabilidade dos sócios será ilimitada”.

Nesse sentido, não terá cabimento a utilização do mecanismo da descon sideração da personalidade jurídica para as sociedades em comum, isto porque a irregularidade já tem por efeito o alcance indiscriminado dos sócios¹⁸⁷.

No Direito Brasileiro, a descon sideração da personalidade jurídica passou a ser destaque em livros de renomados autores:

Para o Prof. Sérgio Campinho, a “doutrina da descon sideração da personalidade jurídica” nasceu para coibir a manipulação da pessoa jurídica, por sócios e administradores inescrupulosos, com vistas à consumação de fraudes ou abusos de direito, cometidos por meio da personalidade jurídica da sociedade que lhes serve de anteparo¹⁸⁸.

Nas palavras do Prof. Ricardo Negrão, no caso de abusos praticados por sócios que prejudiquem credores e terceiros “vem-se admitindo o superamento da personalidade jurídica com o fim exclusivo de atingir o patrimônio dos sócios envolvidos na administração da sociedade. Por essa razão a teoria do superamento da personalidade jurídica — *disregard of legal entity* — é também conhecida como teoria da penetração”¹⁸⁹.

Primeiro jurista a tratar da matéria no Brasil, Rubens Requião ensina que o propósito da teoria em questão é o “de demonstrar que a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e contida pela *teoria da fraude contra credores* e pela *teoria do abuso de direito*”¹⁹⁰.

O Prof. Gladston Mamede explica que a teoria da descon sideração da personalidade jurídica foi desenvolvida pela doutrina e mais tarde acolhida pelo legislador para permitir que “os efeitos de obrigações da pessoa jurídica sejam estendidos àqueles que, de fato ou de direito, sejam seus sócios, administradores ou sociedades coligadas” e tenham se utilizado da personalidade jurídica para a prática de atos ilícitos ou fraudatórios, lesando terceiros em benefício próprio¹⁹¹.

A legislação tributária e a trabalhista permite a responsabilização pessoal dos sócios quando a sociedade for utilizada, pelo sócio, para fraudar o fisco e o empregado. Neste caso, os bens particulares dos sócios podem vir a ser penhorados a fim de assegurar o pagamento da execução.

Na esfera trabalhista é onde se dá, de forma mais corriqueira, o afastamento do efeito da separação patrimonial e autonomia da pessoa jurídica, sendo alvo de duras críticas por parte de muitos autores. No meio trabalhista, basta que a pessoa jurídica não tenha bens suficientes para satisfação da obrigação trabalhista para que os bens dos sócios fiquem expostos à constrição judicial

¹⁷⁹ Art. 315 - Existe sociedade em nome coletivo ou com firma, quando duas ou mais pessoas, ainda que algumas não sejam comerciantes, se unem para comerciar em comum, debaixo de uma firma social.

Não podem fazer parte da firma social nomes de pessoas que não sejam sócios comerciantes.

¹⁸⁰ Art. 317 - Diz-se sociedade de capital e indústria aquela que se contrai entre pessoas, que entram por uma parte com os fundos necessários para uma negociação comercial em geral, ou para alguma operação mercantil em particular, e por outra parte com a sua indústria somente.

O sócio de indústria não pode, salvo convenção em contrário, empregar-se em operação alguma comercial estranha à sociedade; pena de ser privado dos lucros daquela, e excluído desta.

¹⁸¹ Art. 18. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do Governo, quando precisa.

¹⁸² Art. 20. As pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros.

¹⁸³ Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

¹⁸⁴ Art. 985. 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).

¹⁸⁵ Art. 990. 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.

¹⁸⁶ *in* Direito Societário. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 67.

¹⁸⁷ Nesse sentido, foi aprovado na III JORNADA DE DIREITO CIVIL o Enunciado 229: “A responsabilidade ilimitada dos sócios, pelas deliberações infringentes da lei ou do contrato, torna desnecessária a aplicação da descon sideração da personalidade jurídica, por não constituir a autonomia patrimonial da pessoa jurídica escudo para a responsabilização pessoal e direta”.

A responsabilidade ilimitada dos sócios, pelas deliberações infringentes da lei ou do contrato, torna desnecessária a aplicação da descon sideração da per-

Desconsidera-se a limitação da responsabilidade e não se observa qualquer requisito para tanto, como a prova do abuso ou fraude do administrador ou do sócio, confusão patrimonial, desvio de finalidade etc.

O art. 889 da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT determina que na execução da sentença trabalhista serão aplicadas as regras que presidem o executivo fiscal¹⁹². Assim, o dispositivo do art. 135, III do Código Tributário Nacional¹⁹³ deve ser observado nos processos trabalhistas, limitando-se a execução direta sobre os bens do dirigente ou administrador da sociedade, no caso de prova de abuso de poder ou ofensa à lei, ao contrato social ou estatutos, por parte do administrador, diretor, gerente, evitando-se a exposição do sócio, especialmente o minoritário ou administrador, inocente.

Na verdade, não é o que acontece!

Trecho de artigo veiculado no Valor Econômico de 06/05/2004 intitulado: Executivos são novo alvo de ações contra empresas na Justiça, trás como exemplo pessoa “que teve uma pequena participação societária em uma empresa até 1993, na qual não tinha qualquer poder de decisão ou papel administrativo. Em 2003, dez anos depois de romper a sociedade, ele foi surpreendido com o bloqueio de suas contas bancárias por ordem da Justiça do Trabalho. A empresa foi condenada em uma ação trabalhista e todos aqueles que fizeram parte da sociedade foram executados”.

Trazemos como outro exemplo, uma decisão da Segunda Câmara do Tribunal Regional do Trabalho — TRT de Campinas que trouxe à tona a polêmica questão sobre a desconsideração da personalidade jurídica no direito do trabalho. Na ação mencionada, a Vara do Trabalho de Campo Limpo Paulista/SP¹⁹⁴, determinou a execução de uma ex-sócia da sociedade Fionda Indústria e Comércio, em razão do não pagamento de uma dívida trabalhista.

A ex-sócia recorreu ao TRT e, no exame do recurso, o relator constatou que a sociedade executada foi desativada, não podendo efetuar a quitação, e, que o vínculo empregatício ocorreu na época em que a agravante ainda era sócia, sendo ela parte legítima para quitar a dívida. A Segunda Turma decidiu que se a empresa e os atuais sócios não têm bens para pagar a dívida, os sócios que se retiraram da sociedade devem quitá-la com bens pessoais.

A Lei 11.101/05 mantém o sistema legal da limitação da responsabilidade, estabelecendo em seu art. 82¹⁹⁵, que a responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova de sua insuficiência para cobrir o passivo.

sonalidade jurídica, por não constituir a autonomia patrimonial da pessoa jurídica escudo para a responsabilização pessoal e direta.

¹⁸⁸ *in* O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. 5ª edição. Renovar/2005. pg.65.

¹⁸⁹ *in* Manual de Direito Comercial e de Empresa. Saraiva: São Paulo/2005. pg. 234.

¹⁹⁰ *in* Curso de Direito Comercial vol. I. 25ª edição. Saraiva. São Paulo/2003. pg. 378.

¹⁹¹ *in* Direito Societário: Sociedades Simples e Empresárias. Atlas. São Paulo/2004. pg. 243.

¹⁹² Art. 889 - Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

¹⁹³ Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

¹⁹⁴ AGRAVO DE PETIÇÃO Nº: 00806-2002-105-15-00-6

Caso 1

Pedro e Mário eram os únicos sócios da sociedade XPTO Ltda. Em razão da quebra da *affectio societatis*, Pedro ajuizou ação de dissolução parcial da sociedade, cujo pedido foi julgado improcedente, admitindo-se a continuação da sociedade com o sócio remanescente. Mário não consegue “arrumar” outro sócio e a sociedade não se reconstitui dentro do prazo legal. Um dos fornecedores da sociedade fica sem receber seu pagamento e ingressa com ação em face de Mário, com fundamento na teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Pergunta-se:

- 1) A sociedade unipessoal é admitida no direito brasileiro?
- 2) Qual a responsabilidade de Mário durante o prazo de recomposição do quadro societário?
- 3) O que Mário deveria ter feito findo o prazo legal?
- 4) A fundamentação alegada pelo credor para imputar responsabilidade ao sócio remanescente foi correta? Justifique.

Caso 2

Rachel Montila, sócia controladora de Montila's Asset Management Ltda, adquire, em nome da sociedade, grande quantidade de produtos importados, com notas subfaturadas, para pagamento parcelado em 20 meses, a saber: bolsas, no valor de R\$ 20.000,00; relógios, no valor de R\$ 30.000,00 e sapatos, no valor de R\$ 10.000,00. Foram pagas apenas as duas primeiras parcelas. Você, procurado pelo credor, qual será a linha de assessoria jurídica? E se a falência de Montila's Asset Management Ltda tivesse sido decretada?

Jurisprudência.

Desconsideração.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE DE EXECUÇÃO. ALTERAÇÃO NO CONTRATO SOCIAL. TRANSFERÊNCIA DE BENS E COTAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. APLICAÇÃO. ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL. RECURSO DESACOLHIDO.

I — O acórdão impugnado, examinando as circunstâncias dos autos, decidiu que as alterações contratuais realizadas inviabilizam a execução, caracterizando fraude. Afirmou, ademais, que não há notícia da existência de bens de propriedade da devedora, para fins de penhora. Nesse passo, o recurso especial encontra óbice no enunciado n. 7 da súmula/STJ.

¹⁹⁵ Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º Prescreverá em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a ação de responsabilização prevista no caput deste artigo.

§ 2º O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.



II — **Comprovada a existência de fraude de execução, mostra-se possível a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade Jurídica** para assegurar a eficácia do processo de execução.

(REsp 476.713/DF, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 20.03.2003, DJ 01.03.2004 p. 186) — grifamos.

Questões de Concursos.

PROVA DO CONCURSO PARA JUIZ DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE — 01/02/04 — PROVA OBJETIVA: TIPO 1.

68. O nascimento e a extinção da personalidade são fatos jurídicos que balizam o critério temporal para o início e o término das obrigações dos sócios. Acerca dessa matéria, julgue os itens subseqüentes.

1. Em regra, as obrigações dos sócios começam imediatamente com o contrato social, porém esse pode fixar outra data de início das obrigações.
2. Dissolvida uma sociedade, extinguem-se as obrigações dos sócios.

176º CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DO ESTADO DE SÃO PAULO/2004.

74. A desconconsideração da pessoa jurídica, para estender, aos bens particulares dos administradores ou seus sócios, os efeitos de certas e determinadas obrigações, exige que seja constatado

- (A) o encerramento da liquidação da pessoa jurídica.
- (B) o estado de insolvência da pessoa jurídica, caracterizado pela absoluta ausência de bens.
- (C) o uso abusivo da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.
- (D) o decreto da falência da pessoa jurídica.



AULA 18: DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Nesta aula discutiremos a leitura do(s) seguinte(s) capítulo(s):

- Páginas.....do Manual de Direito Comercial e de Empresa. Ricardo Negrão. Saraiva: São Paulo/2005.
- Páginas..... de O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. Sérgio Campinho. 5ª edição. Renovar/2005.
-Fábio Ulhoa Coelho.

Ementário de Temas:

- Teoria menor e teoria maior

Roteiro de Aula:

TEORIA MENOR

A teoria menor da desconsideração dispensa raciocínio mais acurado para a incidência do instituto, bastando que a diferenciação patrimonial da sociedade e do sócio se afigure como obstáculo à satisfação de credores. Todas as vezes que a pessoa jurídica não tiver bens suficientes em seu patrimônio para a satisfação do crédito ou até mesmo em razão de sua iliquidez, os sócios seriam responsabilizados. Em alguns julgados verifica-se até mesmo o alcance de outra pessoa jurídica não-sócia, só pelo fato de ser detentora da mesma marca; *v.g.*, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por maioria, que o defeito de uma filmadora da marca *Panasonic* adquirida no exterior deveria ser suportado pela sociedade nacional somente pelo fato de deter o direito ao uso da marca, como se afere da ementa do acórdão a seguir:

“DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA (“PANASONIC”). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA,



PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA.

I — Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País.

II — O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje “bombardeado” diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.

III — Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.

IV — Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes.

V — Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos.

(REsp 63.981/SP¹⁹⁶, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 11.04.2000, DJ 20.11.2000 p. 296).” — *grifamos*.

A aplicação da *disregard doctrine* não pode se resumir a aspecto tão superficial, sob pena de abalo da segurança jurídica necessária ao bom convívio social. As formas de organização societária se apresentam sob diversas espécies para que o empreendedor possa amoldá-las às suas necessidades.

¹⁹⁶ AR 2931/06 julgada, por maioria, improcedente (DJU 01.02.06). Elnf na AR 002931 admitido em 31.03.06 – aguardando julgamento.

Como hipótese para reflexão, vejamos que não se pode conceber que um acionista de uma grande companhia corra o risco de ver a desconsideração decretada alcançando-o, violando toda a evolução impressa pela reforma da lei das sociedades anônimas (Lei 10.303/2001), no sentido da captação de recursos populares (poupança popular).

Da mesma forma, a insolvência ou falência, pura e simples, não pode se afigurar como requisito para a desconsideração, apesar de registrada no artigo 28¹⁹⁷ da Lei 8.078/90, devendo estar atrelada ao fato da má administração, senão a insegurança seria tão intensa que um fator econômico externo, como a alta desenfreada do dólar, poderia levar à “quebra” uma sociedade que sempre cumpriu com as suas obrigações, sem que haja qualquer ingerência sobre a causa, surpreendendo os sócios honestos que, via de consequência, restariam arredios à realização de novos investimentos.

Com efeito, a estabilidade dos investidores (*rectius*: sócios) é de curial importância para o fortalecimento da economia do país, como observa Luiz Leonardo Cantidiano ao citar parecer do Deputado Antonio Kandir¹⁹⁸, oferecido à Comissão de Finanças e Tributação, quando da tramitação do projeto de lei que culminou na Lei 10.303/2001: “Isto posto, apresenta-se o ensejo para aprimorar as instituições do mercado de capitais, cuja democratização conduzirá a um maior dinamismo do capitalismo no país, vez que trata-se de um mercado através do qual o empresário no Brasil poderá obter capitais a um preço mais acessível, facilitando o processo de mobilização da poupança pública em atividade produtiva. Com o incremento desse mercado, poderemos nutrir sólidas expectativas no desenvolvimento das empresas que atuam no país, consolidando sua competitividade no cenário interno e externo, que se traduzirá em uma maior oferta de empregos e melhor distribuição de rendas e riquezas.”

O princípio da autonomia patrimonial necessita ser relevado para que se alcance os objetivos de crescimento de um país classificado como “em desenvolvimento”, nos moldes da nossa nação.

TEORIA MAIOR

A teoria maior se fundamenta em maior apuro e precisão do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, baseando-se em requisitos sólidos identificadores da fraude — a utilização da couraça protetora para camuflar atos eivados de fraude pelo sócio com a utilização da sociedade.

A regra é a consideração da personalidade jurídica, prevalecendo, sobretudo, a diferenciação patrimonial da sociedade e seus sócios, tendo sede, apenas excepcionalmente, o mecanismo pelo qual se ignora o véu societário, diante de situações específicas, como acentua Rolf Serick, em monografia precursora sobre o assunto: “a jurisprudência há de enfrentar-se continuamente com os

¹⁹⁷ Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

¹⁹⁸ CANTIDIANO, Luiz Leonardo. Reforma da Lei das S.A.. São Paulo: Renovar, 2002, p. 11.

casos extremos em que resulta necessário averiguar quando pode prescindir-se da estrutura formal da pessoa jurídica para que a decisão penetre até o seu próprio substrato e afete especialmente a seus membros”.¹⁹⁹

Rubens Requião trilhou o mesmo raciocínio ao delinear o instituto: “Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos”.²⁰⁰

Com efeito, a insuficiência patrimonial, a falência, insolvência ou inadimplência não se apresentam como causas para a desconsideração, como ressaltado no seguinte aresto: “Agravado de instrumento. Contrato firmado com pessoa jurídica. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada — para reforma de imóvel, firmado, apenas, pelo representante legal da construtora. Inexistindo, qualquer situação, dentre as previstas no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, não há razão legal para a “desconsideração da personalidade jurídica” da sociedade ré, a autorizar o chamamento dos sócios, cuja responsabilidade — até para fins tributários — está, em princípio, limitada à cota social subscrita”.²⁰¹

A positivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como asseverado, se deu com a Lei 8.078/90, cuja redação foi copiada pela Lei 8.884/94, possibilitando equívocos, pois há alusão expressa à falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocada por má administração, dando azo à interpretação literal da incidência. Todavia, os idealizadores das normas que tutelam as relações de consumo, em obra coletiva, explicitam a adoção da regra: “De todo o exposto, o que se verifica é a tendência cada vez mais freqüente, em nosso Direito, de desfazer o mito da intangibilidade dessa ficção conhecida como pessoa jurídica — exacerbada, ultimamente pela personificação das sociedades unipessoais — sempre que for usada para acobertar a fraude à lei ou o abuso das formas jurídicas”.²⁰²

Assim, necessária se faz a análise do caso específico com fulcro na existência de má administração, ressaltando que inaptidão para o negócio ou eventual insucesso não a caracterizam, necessitando o intuito deliberado de mal administrar, acabando por recair no abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, consoante disposto na primeira parte do dispositivo²⁰³.

A regra inserta no §5º do art. 28 da Lei 8.078/90²⁰⁴ merece comentário, sob pena de cair por terra todo o raciocínio desenvolvido sobre a teoria maior, à medida que parece concretizar a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica. Zelmo Denari aduz que a eficácia do texto legal foi comprometida em razão do veto presidencial ao §1º do indigitado artigo²⁰⁵:

¹⁹⁹ SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, trad. Jose Puig Brutau, Barcelona, Ariel, 1958.

²⁰⁰ Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais 410/12. pg 278.

²⁰¹ Agravo de Instrumento nº 3663/97. 2ª Câmara Cível do TJ/RJ. Rel. Des. Maria Stella Rodrigues, decisão em 14/10/97, por unanimidade.

²⁰² GRINOVER, Ada e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 210.

²⁰³ Art. 28 - O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

²⁰⁴ Art. 28, § 5º - Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

²⁰⁵ §1º - A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que o integram.

“Dando fecho aos comentários desta seção, resta comentar que o reconhecimento da valia e eficácia normativa do §5º do art. 28 está condicionado à interpretação que se der às razões de veto opostas pelo presidente da República ao seu §1º. Remetendo-nos aos argumentos de fundo aduzidos no subtítulo “Legitimidade Passiva” (cf. item 4 retro), e admitindo que houve um “equivoco remissivo de redação”, pois as razões de veto foram direcionadas ao §5º do art. 28, não se pode deixar de reconhecer o comprometimento da eficácia deste parágrafo, no plano das relações de consumo”. Mesmo que não se prevaleçam tais argumentos, outro enfoque afigura-se conclusivo, ao se encarar a regra de que o parágrafo está ligado ao caput, o qual não pode ser modificado pelo apêndice.

O Código Civil adota a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em seu artigo 50²⁰⁶, cuja proposição original foi inspirada por Rubens Requião²⁰⁷. Apesar da novel legislação fazer alusão ao abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, não haverá modificação no cenário contemporâneo, sendo o abuso da personalidade jurídica o cerne do instituto, restando clarificado que o desvio de finalidade e a confusão patrimonial são exemplificativos²⁰⁸, pois o fato de um pai utilizar todos os bens de seu filho e este último também agir da mesma forma em relação ao genitor haverá notável confusão patrimonial, mas não fraude, salvo se tiver por fim a escusa da responsabilidade patrimonial.

EFEITOS

A aplicação da *disregard doctrine* terá por conseqüência o alcance daquele que se utilizou indevidamente da diferenciação patrimonial — o sócio, seja pessoa natural ou jurídica. O descortinamento se dará para o caso concreto e de forma momentânea, isto é, retira-se o véu, alcança-se o patrimônio daquele que perpetrou o ato e, novamente, retorna-se o véu à origem para cumprir com seu objetivo de incentivo aos investimentos. Não se pode asseverar que determinada sociedade teve a sua desconsideração chancelada em processo judicial, com decisão transitada em julgado, estando, portanto, os sócios ao alvedrio de todas as responsabilidades rubricadas, a partir de então, no passivo societário. Em suma, repise-se, a desconsideração é momentânea e para o caso concreto.

Não há que se falar em despersonalização, mas sim desconsideração. A despersonalização acarreta no fim da personalidade, o que somente adviria com a extinção da sociedade.

Rubens Requião indica que: “pretende a doutrina penetrar no âmago da sociedade, superando ou desconsiderando a personalidade jurídica, para atingir e vincular a responsabilidade do sócio”, arrematando, adiante: “não se

²⁰⁶ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

²⁰⁷ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 22ª ed., 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 279

²⁰⁸ N.A. Assim decidiu a comissão de Direito de Empresa, da qual fizemos parte, criada pelo Conselho da Justiça Federal em conjunto com o Superior Tribunal de Justiça na Jornada de Direito Civil, com a finalidade de interpretar regras do Novo Código Civil. Enunciado nº 51 – “Art. 50: a teoria da desconsideração da personalidade jurídica - *disregard doctrine* - fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microsistemas legais e na construção jurídica sobre o tema.”

trata, é bom esclarecer, de considerar ou declarar nula a personificação, mas de torná-la ineficaz para determinados atos.”²⁰⁹

CASO

A sociedade limitada Jihad's Tapetes Ltda. sofre execução fiscal da Fazenda Nacional, sendo certo que não tem ativos suficientes para honrar a dívida. Assim, o fisco pretende ingressar no patrimônio pessoal do sócio Jihad, o qual, imediatamente, procura sua advogada Dr. Camila Noronha, a qual propõe uma reunião de sócios para o estudo do caso. Qual a solução?

JURISPRUDÊNCIA.

Teoria maior e teoria menor.

RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SHOPPING CENTER DE OSASCO-SP. EXPLOÇÃO. CONSUMIDORES. DANOS MATERIAIS E MORAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PESSOA JURÍDICA. DESCONSIDERAÇÃO. TEORIA MAIOR E TEORIA MENOR. LIMITE DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REQUISITOS. OBSTÁCULO AO RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES. ART. 28, § 5º.

— Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.

— A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

— A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

— Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova

²⁰⁹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 22ª ed., 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 277.

capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

— A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

— Recursos especiais não conhecidos.

(REsp 279.273/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04.12.2003, DJ 29.03.2004 p. 230)

Simples inadimplemento não justifica desconsideração.

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. PRECEDENTES.

1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

2. Em qualquer espécie de sociedade comercial é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros, solidária e ilimitadamente, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou da lei (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76).

3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.

4. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.

5. Precedentes desta Corte Superior.

6. Embargos de divergência rejeitados.

(REsp 260.107/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10.03.2004, DJ 19.04.2004 p. 149) — grifamos.



QUESTÕES DE CONCURSOS.

PROVA DO CONCURSO PARA JUIZ DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS/2005. — Prova Objetiva.

Questão nº 2

Com respaldo no Código Civil, pode o Juiz de Direito decidir, em algum caso, 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 estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica? MARQUE A ALTERNATIVA CORRETA:

- (A) Sim; no caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial.
- (B) Sim; no caso de o sócio retirar-se da sociedade e os bens da pessoa jurídica não bastarem para satisfazer a obrigação.
- (C) Sim; no caso de liquidação da pessoa jurídica.
- (D) Não; porque não se poderá contrariar o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios componentes.

84º CONCURSO PARA INGRESSO NA CLASSE INICIAL DA CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO SÃO PAULO — PROVA PREAMBULAR (outubro/2005).

99. A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of legal entity* ou a *lifting the corporate veil*) pode ser decretada, incidentalmente, no ambiente falencial, em caso de falência da sociedade empresária limitada?

- (A) Sim, nas hipóteses de insolvência grave, quando o ativo for inferior a 50% do ativo.
- (B) Sim, quando depois de decretada a falência, o ativo da empresa tiver sido transferido para outra empresa.
- (C) Sim, desde que a sociedade falida tenha sido encerrada há menos de um ano do requerimento da falência, com débitos fiscais não saldados.
- (D) Sim, mas na ação individual do consumidor e na reclamação trabalhista, respectivamente, nas hipóteses previstas no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90, art. 28 e seus parágrafos) ou, por analogia, quando ocorrer prejuízo para o direito de seus empregados trabalhistas.
- (E) Sim, quando algum dos sócios, na gestão da sociedade, tenha agido fraudulentamente.



82º CONCURSO PARA INGRESSO NA CLASSE INICIAL DA CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO SÃO PAULO — PROVA PREAMBULAR (março/2003).

XXVIII CONCURSO PARA INGRESSO NA CLASSE INICIAL DA CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO — PROVA ESCRITA PRELIMINAR (15.01.2006)

18ª questão: — Direito Empresarial: Valor — 05 pontos

O inadimplemento de uma obrigação dá azo à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica?

RESPOSTA OBJETIVAMENTE JUSTIFICADA.



AULA 19: DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Nesta aula discutiremos a leitura do(s) seguinte(s) capítulo(s):

Páginas..... do Manual de Direito Comercial e de Empresa. Ricardo Negrão. Saraiva: São Paulo/2005.

Páginas..... de O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. Sérgio Campinho. 5ª edição. Renovar/2005.

Ementário de Temas:

- Formas de efetivação
- Disposição Legal e Jurisprudencial.

Roteiro de Aula:

As formas de efetivação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica têm sido definidas pela doutrina e jurisprudência, quando inúmeras questões foram chanceladas pelo crivo jurisdicional.

DESCONSIDERAÇÃO DIRETA

Nas hipóteses em que a fraude for de plano aferida haverá a intenção preliminar de se pugnar pela desconsideração para alcance daquele que efetivamente praticou o ato lesivo. Situações existem que a utilização do anteparo protetor é flagrante como, *v.g.*, aluguel de um imóvel em nome da sociedade para ser utilizado como residência de um dos sócios; enfrentado no seguinte acórdão: “Responsabilidade. Civil. Locação. Aluguer. Pagamento. No contrato de locação, o pagamento e a obrigação principal do inquilino, se a avenca foi realizada por pessoa jurídica, fraudulentamente, os bens dos sócios respondem pelo pagamento.”²¹⁰.

Muito comum também o empresário individual²¹¹ se travestir sob a forma de sociedade, apresentando-se no quadro societário com 98% das cotas, sendo os outros 2% de propriedade de um homem de palha²¹², como assentou o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “Com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica visa-se a coibir o uso irregular da forma societária, geradora da personalidade jurídica, para fins contrários ao direito”. A pessoa da sociedade não se confunde com a do sócio, e isso é um princípio jurídico básico, porém, não é uma verdade absoluta, e merece ser desconsi-

²¹⁰ RESP 150809 / SP. 6ª Turma do STJ. Rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO. Decisão em 02/06/1998, por unanimidade.

²¹¹ Art. 966 do Código Civil

²¹² FILHO, Alfredo Lamy e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. A Lei das S.A.. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 255. Expressão utilizada para designar aqueles sócios que existem apenas para se alcançar a pluralidade, uma vez que o ordenamento jurídico não admite, como regra, a unipessoalidade societária.

derada quando a “sociedade” é apenas um “alter ego” de seu controlador, em verdade comerciante individual”²¹³.

Como ato corriqueiro também merece registro o abandono do estabelecimento. Não se pode, a todo evidente, “quando os negócios não estão indo bem, fechar as portas e mudar de ramo”, deixando os credores desguarnecidos. A fraude se torna clara quando simplesmente são cerradas as portas, deixando credores ao alvedrio da sorte, por ser de responsabilidade do comerciante (individual ou coletivo, *rectius*: sociedade) indicar no registro competente o local em que pode ser encontrado²¹⁴. Tal prática tem recebido severa resposta jurisdicional: “Recusa, por evidente ocultação, do recebimento do ato citatório para início da execução. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro registra alguns acórdãos em que se tomou em conta a moderna teoria do Superamento da Personalidade Jurídica, também conhecida como “teoria da penetração”, hoje largamente divulgada nos Estados Unidos (*disregard of legal entity*), para reconhecer a responsabilidade dos sócios de sociedade por quotas de responsabilidade limitada pelas obrigações sociais decorrentes de ato ilícito ou fraudulento. Desconsideração da pessoa jurídica; citação na pessoa dos sócios da sociedade limitada.”²¹⁵.

O abandono do estabelecimento também é destinatário de tratamento legal repressivo no sistema falimentar, considerado como ato que dá ensejo a decretação de falência, bem como à propositura de ação revocatória.²¹⁶

Ademais, mesmo assente a possibilidade em se alcançar diretamente o patrimônio do sócio, deixando de lado a couraça protetora, não se afigura aconselhável a propositura de demanda apenas em face deste, sendo mais eficaz a inclusão da sociedade no pólo passivo, sob a forma de litisconsórcio passivo (facultativo). Isto porque ambos ofertarão preliminar de ilegitimidade passiva, a qual somente será apreciada quando da análise do mérito²¹⁷, pois o acolhimento de uma delas acarretará no pré-julgamento da outra. De forma incisiva o E. Superior Tribunal de Justiça foi além ao dispor que a presença da sociedade no pólo passivo é imprescindível: “A despersonalização da pessoa jurídica é efeito da ação contra ela proposta; o credor não pode, previamente, despersonalizá-la, endereçando a ação contra os sócios”²¹⁸.

DESCONSIDERAÇÃO INCIDENTAL

A fraude, pela sua estrutura, se apresenta eivada de mácula, portanto, sendo de difícil percepção inicial. Assim, é provável que somente com a propositura da demanda em face da sociedade, no desenrolar do curso cognitivo processual, se tenha acesso ao *concilium fraudis*, momento em que se pugnará pela desconsideração da personalidade para a retirada do escudo protetor, alcançando aquele que efetivamente é o autor do ato. Nesse contexto surge a discussão sobre a possibilidade de ser decretada a desconsideração no mesmo

²¹³ Apelação Cível nº 2001.001.27044. 2ª Câmara Cível do TJ/RJ. Rel. Des. Elisabete Filizzola. Julgado em 29/05/2002

²¹⁴ Nesse sentido, dispõem as normas sobre o assunto:

- Art. 53, III, “e” do Decreto 1.800/96 (regulamenta a Lei 8.934/94 – Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins).

Art. 53 – Não podem ser arquivados:

III – os atos constitutivos e os de transformação de sociedades mercantis, se deles não constarem os seguintes requisitos, além de outros exigidos em lei: e) o nome empresarial, o município da sede, com endereço completo, e o foro, bem como os endereços completos das filiais declaradas;

- Art. 46, I e Art. 968, IV ambos do Código Civil.

Art. 46 - O registro declarar:

I - a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver;

Art. 968. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha:

IV - o objeto e a sede da empresa.

²¹⁵ Agravo de Instrumento nº 442/96. 4ª Câmara Cível do TJ/RJ. Rel. Des. Celso Guedes, decisão em 23/10/96, por unanimidade.

²¹⁶ Nesse sentido dispõe a Lei 11.101/05:

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou ten f) ausenta-se 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;ta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;

Art. 130. São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida.

²¹⁷ Não se podendo dizer que a preliminar se confunde com o mérito, porque senão não seria preliminar.

²¹⁸ REsp. 282266/RJ; 3ª Turma do STJ. Rel. Min. ARI PARGENDLER. Decisão em 18/04/2002, por unanimidade.

processo (incidental) ou então se curial se faz a deflagração de demanda autônoma para tanto.

A jurisprudência tem chancelado o posicionamento de que a existência do contraditório é indispensável, não obstante a possibilidade da materialização incidental. O E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que: “A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que só pode ser decretada após o devido processo legal, o que torna a sua ocorrência em sede liminar, mesmo de forma implícita, passível de anulação”.²¹⁹ Da mesma forma o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “Agravado de Instrumento. Medida cautelar de arresto. Grupo societário. Inclusão do sócio no pólo passivo. Impossibilidade. Na medida cautelar, seja preparatória, seja incidental, não se pode admitir a inclusão do sócio do grupo societário supostamente responsável pelas reparações pleiteadas, sem a prévia desconsideração da personalidade jurídica desta, em processo de cognição plena. Hipótese de arresto de percentagem de renda da sócia, em que se impõe o devido processo legal, que não se confunde com a simples medida cautelar”.²²⁰

A preservação do contraditório não afasta a possibilidade da decretação incidental da desconsideração; o que não é viável é o pedido de disregard, tendo como consequência uma perfunctória decisão judicial determinando a constrição de um bem do sócio. A oitiva daquele sobre qual recai a imputação da fraude e posteriormente o seu alcance, sem olvidar do princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais²²¹, é de indispensável relevo.

O Código Civil positiva a teoria em tela, em sua parte geral, na regra inserta no art. 50, restando patente a possibilidade de sua implementação incidental, ao indicar que o pedido pode ser formulado pela parte ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo — só há parte ou atuação do Ministério Público como custos legis quando presente o processo.

No sentido acima esposado, a 3ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça precisou: “A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros”.²²²

Na mesma linha, no processo falimentar, quando do decreto de quebra ou até mesmo em decisão futura pode ser implementada a desconsideração, como acentuou a 3ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça: “Provada a existência de fraude, é inteiramente aplicável a Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica a fim de resguardar os interesses dos credores prejudicados”²²³. Também assim assertou a 7ª Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “Falência. Sociedade por cotas. Decretação da indisponibilidade dos bens de ex-sócios. Possibilidade aplicação da teoria da

²¹⁹ AGRESP 422583/PR. 1ª Turma do STJ. Relator: Min. JOSÉ DELGADO, decisão em 20/06/2002, por unanimidade.

²²⁰ Agravo de Instrumento nº 8173/98, 4ª Câmara Cível do TJ/RJ. Rel. Jair Pontes de Almeida, decisão em 17/12/98, por unanimidade.

²²¹ Art. 93, IX da C.R.F.B. de 1988. — “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;”

²²² ROMS 14168 / SP; 3ª Turma do STJ. Rel. Min. NANCY ANDRIGHI (1118), decisão em 30/04/2002, por unanimidade. No mesmo sentido e com o mesmo teor: RESP 332763 / SP; RECURSO ESPECIAL 2001/0096894-8.

²²³ RESP 211619/SP. 3ª Turma do STJ. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Relator p/ Acórdão Min. Waldemar Zveiter, decisão em 16/02/2001, por unanimidade.

desconsideração da personalidade jurídica da sociedade se no curso do processo apurar-se se houve prática de atos violadores de administração, assegurando-se ao ex-sócio o direito de ampla defesa”²²⁴.

DESCONSIDERAÇÃO “INVERSA”

A utilização de mecanismos para se furtrar à responsabilidade, em virtude do avançado grau de degradação moral do ser humano, tem dado azo à utilização da desconsideração da personalidade jurídica para a tutela de interesses legítimos, invertendo o percurso da sua aplicação original. Em vez do sócio, utilizar-se da sociedade como escudo protetivo, passa a agir ostensivamente, escondendo seus bens na sociedade, ou seja, o sócio não mais se esconde, mas sim a sociedade é por ele ocultada.

A terminologia desconsideração “inversa” surge com a possibilidade vislumbrada de se desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade para o alcance de bens da própria sociedade, contudo, em decorrência de atos praticados por terceiros — sócios.

Situação que tem cotidianamente sido concretizada é a do cônjuge que pretende se separar do outro e se empenha no esvaziamento do patrimônio do casal, transferindo os bens para uma sociedade; quando do advento do desfecho do matrimônio a meação do cônjuge enganado será reduzida a praticamente nada. Nesse desiderato restou decidido: “Separação Judicial. Reconvencção. Desconsideração da personalidade jurídica. Meação. O abuso de confiança na utilização do mandato, com desvio dos bens do patrimônio do casal, representa injúria grave do cônjuge, tornando-o culpado pela separação. Inexistindo prova da exagerada ingestão de bebida alcoólica, impropede a pretensão reconvençional. É possível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, usada como instrumento de fraude ou abuso à meação do cônjuge promovente da ação, através de ação declaratória, para que estes bens sejam considerados comuns e comunicáveis entre os cônjuges, sendo objeto de partilha. A exclusão da meação da mulher em relação às dívidas contraídas unilateralmente pelo varão, só pode ser reconhecida em ação própria, com ciência dos credores”²²⁵.

Outro fato ordinário é o da pessoa natural “dividir seu patrimônio” de forma bastante interessante: constitui-se uma sociedade para guarnecer o ativo, ficando o passivo a cargo da própria pessoa (sócio). Os terceiros que contratam com o sócio (pessoa natural) imaginam, pela teoria da aparência — reside em endereço nobre, utiliza automóveis de luxo e nutre hábitos apurados, como o de freqüentar excelentes restaurantes, degustando vinhos e charutos de alta qualidade — ser pessoa merecedora de crédito; na verdade, todos os bens aparentemente do sócio são de propriedade de outra pessoa (jurídica)

²²⁴ Agravo de instrumento nº 2001.002.09655 do TJ/RJ. Rel. Des. Carlos C. Lavigne de Lemos, decisão em 30/04/2002.

²²⁵ Apelação Cível nº 1999.001.14506. TJ/RJ. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Leticia Sardas, julgado em 07/12/1999

— sociedade. Nesse sentido terá sede a desconsideração para se declarar que o arcabouço jurídico societário serve de escudo aos atos fraudulentos do sócio.

DESCONSIDERAÇÃO INDIRETA

As transformações econômicas mundiais, com destino à globalização e ao rompimento das fronteiras, influenciam diretamente na estrutura do mercado que se organiza, em grande maioria, sob a forma de sociedades. A consequência é a reestruturação dos mecanismos de atuação empresarial. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, ao comentarem a Lei 6.404/76, já trataram desse quadro ressaltando que: “no seu processo de expansão, a grande empresa levou à criação de constelações de sociedades coligadas, controladoras e controladas, ou grupadas — o que reclama normas específicas que redefinem, no interior desses grupamentos, os direitos das minorias, as responsabilidades dos administradores e as garantias dos credores.”²²⁶

A desconsideração da personalidade jurídica para alcançar quem está por trás dela não se afigura suficiente, pois haverá outra ou outras integrantes das constelações societárias que também têm por objetivo encobrir algum fraudador. Marçal Justen Filho acentua o alcance do instituto: “É a ignorância, para casos concretos e sem retirar validade de ato jurídico específico, dos efeitos da personificação jurídica validamente reconhecida a uma ou mais sociedades, a fim evitar um resultado incompatível com a função da pessoa jurídica”²²⁷.

A jurisprudência tem adotado tal posicionamento: “Hipótese em que o acórdão embargado admitiu a aplicação da doutrina do “disregard of legal entity”, para impedir a fraude contra credores, considerando válida penhora sobre bem pertencente a embargante, nos autos de execução proposta contra a outra sociedade do mesmo grupo econômico.”²²⁸. No mesmo sentido: “Sendo as empresas mera fachada de seu presidente comum, é de ser aplicado à hipótese a teoria da “disregard”, agasalhada em nosso ordenamento, pelo art. 28, da Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor)”²²⁹.

A vontade da sociedade controlada, subsidiária integral, coligada, integrante do grupo ou consórcio pode estar maculada pela do controlador efetivo²³⁰, como demonstra Daniela Storry Lins: “A nosso ver, tomando em consideração a concepção em que se funda a desconsideração da personalidade jurídica, esta se vincula à existência de controle societário, a partir do momento em que a vontade da empresa muitas vezes identifica-se com a vontade de seu controlador, que pode, assim, aplica-la abusivamente, tornando-se imprescindível estabelecer in casu os exatos limites e efeitos da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica”²³¹.

²²⁶ *in* A Lei das S.A.. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 253.

²²⁷ FILHO, Marçal Justen., *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1987 p. 57.

²²⁸ AERESP 86502/SP. 2ª Seção do STJ. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, decisão em 14/05/1997, por unanimidade

²²⁹ Apelação Cível n.º 3654/1999. 9ª Câmara Cível do TJ/RJ, Rel. Des. Jorge Magalhães, decisão em 27/04/1999, por unanimidade.

²³⁰ Não necessariamente o acionista controlador, na acepção técnica, mas aquele que, por alguma forma, delinea os rumos.

²³¹ LINS, Daniela Storry. *Aspectos Polêmicos Atuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 69.



Caso 1

Em processo de separação consensual de um casal, verifica-se que somente há a partilhar quotas de uma sociedade limitada. Todavia, um dos cônjuges aduz que algo está errado, pois moravam em um apartamento duplex com vista para o mar, têm dois carros (uma BMW X5 e uma Range Rover, ambas 2011), além de uma casa em Angra dos Reis, de 2.000 metros quadrados, bem como um helicóptero que realiza o transporte para Angra. Como proceder?

Caso 2

Padaria Bom Dia Ltda deixou de recolher o ICMS. Proposta execução fiscal, o oficial de justiça retorna com o mandado de citação negativo indicando que o local se encontra com aspecto de abandono e que diligenciando na vizinhança obteve informação de que a padaria deixou o local há 3 anos. O sócio é citado para pagar o débito fiscal e lhe procura. Responda:

- 1) Como deve ser encaminhada a sua defesa, sendo certo que Padaria Bom Dia Ltda não promoveu a sua liquidação?
- 2) Qual seria a consulta jurídica, caso a padaria lhe procurasse antes do fechamento das portas?

Jurisprudência.

Caso INTERUNION — Grupo Econômico — desconsideração indireta.

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE.

1. Recurso especial contra acórdão que manteve decisão que, desconsiderando a personalidade jurídica da recorrente, deferiu o arresto do valor obtido com a alienação de imóvel.

2. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de fundamentação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial,

se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto a quo.

3. **“A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupo econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, onde se visualiza a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores.** No caso sub judice, impedir a desconsideração da personalidade jurídica da agravante implicaria em possível fraude aos credores. Separação societária, de índole apenas formal, legitima a irradiação dos efeitos ao patrimônio da agravante com vistas a garantir a execução fiscal da empresa que se encontra sob o controle de mesmo grupo econômico” (Acórdão a quo).

4. **“Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo.** Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros” (RMS nº 12872/SP, Relª Minª Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ de 16/12/2002).

5. Recurso não-provido.

(REsp 767.021/RJ, Rel. MIN. JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16.08.2005, DJ 12.09.2005 p. 258)

Desconsideração Inversa.

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PESSOA JURÍDICA. DÍVIDA EM NOME DE SÓCIO. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO.

I — A possibilidade das dívidas particulares contraídas pelo sócio serem salgadas com a penhora das cotas sociais a este pertencentes, não tem o condão de transformar a própria sociedade em devedora.

II — A pessoa jurídica tem existência distinta dos seus membros, de forma que, resguardadas hipóteses excepcionais não verificadas no caso, um não responde pelas dívidas contraídas pelo outro, sendo, portanto, devida a expedição da Certidão Negativa de Débito em nome da sociedade.

Recurso Especial a que se nega provimento.



(REsp 117.359/ES, Rel. Min.. NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA TURMA, julgado em 15.08.2000, DJ 11.09.2000 p. 235)

Desconsideração Indireta Incidental

Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Falência. Grupo de sociedades. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Desconsideração da personalidade jurídica da falida. Extensão do decreto falencial às demais sociedades do grupo. Possibilidade. Terceiros alcançados pelos efeitos da falência. Legitimidade recursal. — Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo.

— Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implica prestigiar a fraude à lei ou contra credores.

— A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros.

— Os terceiros alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica da falida estão legitimados a interpor, perante o próprio Juízo Falimentar, os recursos tidos por cabíveis, visando à defesa de seus direitos.

Decisão por unanimidade.

ROMS 14168/SP; RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/04/2002, DJ:05/08/2002. p.323).

No mesmo sentido, com o mesmo teor: RESP 332763/SP.

**AULAS 19 E 20: CAPITAL SOCIAL.**

Nas últimas aulas, vimos que em situações específicas é possível a desconsideração da autonomia conferida por lei à pessoa jurídica, para poder alcançar os bens particulares dos sócios e vinculá-los às responsabilidades assumidas com credores e terceiros. Aprendemos que esta desconsideração da personalidade jurídica “*apenas suspende a eficácia do ato constitutivo, no episódio sobre o qual recai o julgamento, sem invalidá-lo*”, o que demonstra a preocupação da lei com a preservação da sociedade “*que não será atingida por ato fraudulento de um de seus sócios, resguardando-se, desta forma, os demais interesses que gravitam ao seu redor, como o dos empregados, dos demais sócios, da comunidade etc*”²³².

Nesta aula discutiremos a leitura do(s) seguinte(s) capítulo(s):

- Páginas.....do Manual de Direito Comercial e de Empresa. Ricardo Negrão. Saraiva: São Paulo/2005.
- Páginas 63 e 64 de Direito Societário. José Edwaldo Tavares Borba. 9ª edição. Renovar: Rio de Janeiro 2004.

Ementário de Temas:

- Natureza jurídica.
- Dividido em quotas ou ações.
- Diferença: capital social e patrimônio.
- Constituição do capital social: integralização e subscrição.
- Aumento e diminuição.
- Ação de integralização de capital social para cobrança do sócio remisso.

Roteiro de Aula:

Já foi visto que a constituição do capital social é elemento formador do contrato social, juntamente com a “pluralidade de sócios”, a *affectio societatis* e a “participação nos lucros e nas perdas”.

O capital social representa o referencial que os sócios consideraram dever a sociedade possuir para dar conta dos objetivos ajustados no contrato social. Nas palavras do Prof. Waldemar Ferreira: “Cumpra aos organizadores da sociedade calcular, ao menos aproximadamente, o montante do capital de que ela necessitará para exercer sua atividade e produzir os lucros, que constituem

²³² COELHO, Fábio Ulhoa *in* Manual de Direito Comercial. 8ª edição. Saraiva. São Paulo/1997. pg. 114.

o objetivo de quantos dela co-participarem, e para o qual tenha cada sócio possibilidade financeira de contribuir”.²³³

No Brasil, a lei não define o valor do capital mínimo que, somente será exigido para a constituição de sociedades empresárias que se dediquem a determinadas atividades, como táxi aéreo²³⁴, as bancárias²³⁵, as securitárias²³⁶ e outras. A legislação portuguesa adota o “capital mínimo”²³⁷, assim como a alemã, italiana e francesa. Por outro lado, o capital máximo é previsto pelas legislações, espanhola e suíça.

O capital social é dividido em partes, denominadas quotas ou, no caso das sociedades por ações, ações.

Quantidade, valor, igualdade ou desigualdade das quotas²³⁸, são definidas com liberdade pelo contrato social, sendo certo que numa sociedade com capital social de R\$ 100.000,00²³⁹, por exemplo, poderemos ter, entre outras, as seguintes formações:

- sócio A: 1 quota com valor de R\$ 40.000,00
- sócio B: 1 quota com valor de R\$ 35.000,00
- sócio C: 1 quota com valor de R\$ 25.000,00

ou

- sócio A: 4.000 quotas com valor de R\$ 10,00 cada uma
- sócio B: 3.500 quotas com valor de R\$ 10,00 cada uma
- sócio C: 2.500 quotas com valor de R\$ 10,00 cada uma

O Prof. Fran Martins explica que, diferentemente da ação, “não há, para representar as quotas, um documento especial”²⁴⁰. Para provar sua participação na sociedade o sócio precisará de uma via do contrato social.

DIFERENÇA: CAPITAL SOCIAL E PATRIMÔNIO

O capital social é o fundo originário e essencial da sociedade fixado através da soma da contribuição dos sócios — é uma expressão numérica. O patrimônio social é o patrimônio da sociedade no sentido econômico, isto é, o conjunto de bens (dinheiro e outros), compreendendo não apenas o capital social, mas tudo o que a sociedade possui e venha a possuir durante a sua existência, incluindo-se as dívidas (passivo).

Quando a sociedade inicia suas atividades, é comum que o único item encontrado em seu patrimônio (ativo, passivo e patrimônio líquido) seja o capital social. Com o início das atividades, o ativo começa a se modificar, bem como o passivo, pois dívidas são necessárias para alavancagem da empresa. Leciona José Edwaldo Tavares Borba, que o “capital é um valor formal e estático, enquanto o patrimônio é real e dinâmico. O capital não se modifica no dia-a-dia da empresa — a realidade não o afeta, pois se trata de uma cifra contábil. O patrimônio encontra-se sujeito ao sucesso ou insucesso da

²³³ *in* Tratado de Direito Comercial – vol.3. Saraiva. São Paulo/1961. pg.123..

²³⁴ Portaria nº190/GC-5/2001 (DAC) que aprova as Instruções Reguladoras para autorização e funcionamento de empresas de táxi aéreo e de serviço aéreo especializado e dá outras providências. Art. 15. O valor do capital social mínimo, aplicável às empresas de táxi aéreo ou de serviço aéreo especializado, será fixado pelo DAC através de regulamentação específica.

²³⁵ Segundo a Resolução nº 2607/99 do Banco Central do Brasil, instituições financeiras e outras instituições autorizadas a operar por referido órgão devem possuir um valor mínimo de capital social integralizado. No caso de bancos comerciais, por exemplo, este valor é de R\$ 17.500.000,00

²³⁶ As sociedades seguradoras autorizadas a operar no Brasil no grupamento dos seguros de ramos elementares, de acordo com a Resolução nº 73 do Conselho Nacional de Seguros Privados, não poderão possuir capital social integralizado inferior a R\$ 7.200.000,00.

²³⁷ - Sociedade por quotas: capital social mínimo de 5.000 Euros.

- Sociedade unipessoal por quotas: constituída por um único sócio, pessoa singular ou coletiva, que é o titular da totalidade do capital social mínimo de 5.000 Euros.

- Sociedade anônima: valor nominal mínimo do capital é de 50.000 Euros e não pode ser constituída por um número de sócios inferior a 5, salvo quando a lei o dispense.

Fonte: Associação Empresarial de Portugal.

²³⁸ Código Civil. Art. 1.055. O capital social divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio.

²³⁹ N.A. O somatório do valor das quotas, obrigatoriamente, será igual ao valor do capital social estipulado no contrato.

²⁴⁰ *in* Curso de Direito Comercial. 28ª edição. Forense. Rio de Janeiro/2002.

sociedade, crescendo na medida em que esta realize operações lucrativas, e reduzindo-se com os prejuízos que se forem acumulados”²⁴¹.

O capital social pode ser constituído com dinheiro ou bens, sendo vedada, expressamente, a contribuição em serviço²⁴² (trabalho), o que é permitida, apenas, na sociedade simples²⁴³.

Ao integralizar²⁴⁴ o capital social, os sócios pagam à vista pelas quotas ou ações; quando subscrevem²⁴⁵ se comprometem a integralizar, ou seja, assumem o compromisso com a sociedade de adquirir, em determinado prazo, um certo número de quotas ou ações para constituição do capital social.

Para a formação do capital social, o sócio poderá contribuir com bem imóvel, havendo a necessidade de atribuir-lhe valor uma vez que o capital social tem que ser expresso em moeda corrente²⁴⁶. Neste caso, todos os sócios responderão, solidariamente, pela exata estimação deste bem, até o prazo de 5 (cinco) anos contados da data do registro da sociedade²⁴⁷. Por isso, deve-se observar o art. 8º da Lei 6.404/76²⁴⁸ que trata da avaliação de bens imóveis e solicitar um laudo de avaliação àquele sócio, para certificar-se do real valor do bem imóvel alienado²⁴⁹ por ele.

Ricardo Negrão destaca uma novidade trazida pela Lei n.º 8.934/94 sobre a incorporação de imóveis à sociedade, que está disposta no art. 35, VII²⁵⁰ quando exige, “além da designação do capital social no contrato levado a registro, a descrição e identificação do imóvel, sua área, dados relativos a sua titularização, bem como o número da matrícula no Registro Imobiliário e, quando necessária, a outorga uxória ou marital”²⁵¹.

AUMENTO E REDUÇÃO DO CAPITAL SOCIAL.

Vimos que o capital “é a expressão, em moeda corrente, dos contingentes trazidos pelos sócios para a formação da *arca communis*, ou seja, do acervo de bens indispensáveis ao exercício da atividade mercantil (sic)... da sociedade”.²⁵² Por se tratar de uma cifra, é possível estipular-se um valor maior ou menor como suficiente para que a sociedade continue realizando seus fins.

O art. 1.081 do Código Civil dispõe sobre a possibilidade do capital social ser aumentado. Este aumento pode concretizar-se através de aporte de novos valores como o desembolso por parte dos sócios ou mesmo por terceiros.

Já a redução do capital social, está prevista no art. 1.082 do Código Civil que afirma ser possível descapitalizar a sociedade quando o capital social for excessivo em relação ao objeto social.

Em ambos os casos (aumento ou redução), o capital social deve estar totalmente integralizado mediante a correspondente modificação do contrato.

Ação de integralização de capital social para cobrança do sócio remisso.

Quando os sócios assinam o contrato social para constituição da sociedade, subscrevem as quotas de capital com as quais participarão do negócio e

²⁴¹ in Direito Societário. 9ª edição. Renovar: Rio de Janeiro 2004. pg.63.

²⁴² Código Civil. Art. 1.055, §2º. É vedada contribuição que consista em prestação de serviços.

²⁴³ Código Civil. Art. 1.006. O sócio, cuja contribuição consista em serviços, não pode, salvo convenção em contrário, empregar-se em atividade estranha à sociedade, sob pena de ser privado de seus lucros e dela excluído. Enunciado nº 206 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo CJF/STJ dispõe nesse sentido: Arts. 981, 983, 997, 1.006, 1.007 e 1.094: A contribuição do sócio exclusivamente em prestação de serviços é permitida nas sociedades cooperativas (art. 1.094, I) e nas sociedades simples propriamente ditas (art. 983, 2ª parte).

²⁴⁴ Principal obrigação do sócio, a integralização é o pagamento feito pelo sócio à sociedade. Integralizar é ato de alienação; é o mesmo que pagar.

²⁴⁵ Subscrição é a promessa de integralização.

²⁴⁶ Código Civil. Art.997, III.

²⁴⁷ Art. 1.055 §1º do Código Civil.

²⁴⁸ Art. 8º A avaliação dos bens será feita por 3 (três) peritos ou por empresa especializada, nomeados em assembleia-geral dos subscritores, convocada pela imprensa e presidida por um dos fundadores, instalando-se em primeira convocação com a presença de subscritores que representem metade, pelo menos, do capital social, e em segunda convocação com qualquer número.

§ 1º Os peritos ou a empresa avaliadora deverão apresentar laudo fundamentado, com a indicação dos critérios de avaliação e dos elementos de comparação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados, e estarão presentes à assembleia que conhecer do laudo, a fim de prestarem as informações que lhes forem solicitadas.

§ 2º Se o subscritor aceitar o valor aprovado pela assembleia, os bens incorporar-se-ão ao patrimônio da companhia, competindo aos primeiros diretores cumprir as formalidades necessárias à respectiva transmissão.

§ 3º Se a assembleia não aprovar a avaliação, ou o subscritor não aceitar a avaliação aprovada, ficará sem efeito o projeto de constituição da companhia.

§ 4º Os bens não poderão ser incorporados ao patrimônio da companhia por valor acima do que lhes tiver dado o subscritor.

§ 5º Aplica-se à assembleia referida neste artigo o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 115.

§ 6º Os avaliadores e o subscritor responderão perante a companhia, os acionistas e terceiros, pelos danos



assumem a obrigação de integralizá-las, ou seja, contribuir com recursos para o capital da sociedade.

Assim, temos que é obrigação fundamental e indispensável de cada sócio a integralização da sua quota de capital, porém, esta obrigação não precisa ser realizada imediatamente (à vista). É recomendável que no contrato social haja uma cláusula fixando o tempo e a forma para a realização desse pagamento (a prazo). Neste sentido, temos os seguintes artigos do Código Civil:

“Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

(...)

IV — a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la;”

“Art. 1.004. Os sócios são obrigados, na forma e prazo previstos, às contribuições estabelecidas no contrato social, e aquele que deixar de fazê-lo, nos trinta dias seguintes ao da notificação pela sociedade, responderá perante esta pelo dano emergente da mora.”

“Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.”

O sócio que não cumpre com a obrigação de integralizar sua quota (ou quotas) dentro do prazo, é chamado de sócio remisso e, na forma do art.

que lhes causarem por culpa ou dolo na avaliação dos bens, sem prejuízo da responsabilidade penal em que tenham incorrido; no caso de bens em condomínio, a responsabilidade dos subscritores é solidária.

²⁴⁹ N.A. Quando o capital social é integralizado com bens imóveis, se está diante de um ato de alienação. “Alienar” significa “tornar alheio”, “tornar de terceiro”.

²⁵⁰ Art. 35. Não podem ser arquivados:
(...)

VII - os contratos sociais ou suas alterações em que haja incorporação de imóveis à sociedade, por instrumento particular, quando do instrumento não constar:

- a) a descrição e identificação do imóvel, sua área, dados relativos à sua titulação, bem como o número da matrícula no registro imobiliário;
- b) a outorga uxória ou marital, quando necessária;

²⁵¹ *in* Manual de Direito Comercial e de Empresa. Saraiva: São Paulo/2005. pg.293.

²⁵² FERREIRA, Waldemar *in* Tratado de Direito Comercial – vol.3. Saraiva. São Paulo/1961. pg.122.



1.004 do Código Civil responderá, perante a sociedade, pelo dano emergente da mora.

A sociedade (e não os sócios) poderá cobrar em juízo o que for devido pelo sócio remisso, ou expulsá-lo²⁵³, sendo certo que para essa última hipótese necessária se fará a presença de justa causa, não podendo ser utilizada a inadimplência como via oblíqua para afastar sócios indesejáveis (esse tema será objeto da próxima aula).

Vimos então que a efetiva responsabilidade de cada sócio é pela integralização de sua quota, entretanto, em se tratando de uma sociedade limitada, responderá de forma solidária com os demais, na hipótese de algum sócio não cumprir com sua integralização.

Portanto, caso o capital social esteja totalmente integralizado, em regra, o patrimônio pessoal dos sócios não responde por dívidas da sociedade. Porém, em existindo parte do capital social ainda não integralizada, os sócios responderão solidariamente pela quantia que falta para completar o capital social, cabendo ação de regresso contra o sócio que efetivamente não integralizou sua parte.

CASO.

Os amigos de longa data Padilha, Izan e Fabião, resolvem constituir uma sociedade limitada denominada de Bernardo's Empreendimentos e Participações Ltda., cujo objeto será a prestação de serviços de consultoria empresarial para empreendimentos na área de T.I. (tecnologia da informação). Para tanto, Padilha diz ser o proprietário de uma sala que servirá de escritório para o desenvolvimento da empresa, pretendendo integralizar sua parte no capital social com o referido bem imóvel. Os sócios concordam com o preço, indicado por Padilha, para imóvel, todavia, para fins de precaução, receosos com o a regra inserta no art. 1.055, §1º do Código Civil, lhe procuram com as seguintes questões:

- a) Qual deve ser a forma de integralização do capital com o bem imóvel?
- b) É necessária a realização de escritura pública?
- c) O instrumento que efetivar a integralização deve ser levado ao Registro Imobiliário?
- d) Sendo Padilha casado, é necessário a outorga conjugal?
- e) É devido o imposto de transmissão de bens imóveis (ITBI)?

Os sócios Izan e Fabião efetuaram a subscrição de suas quotas para integralização em 6 meses. Ultrapassado esse prazo, ausente a integralização, qual deve ser a medida adotada?

JURISPRUDÊNCIA:

²⁵³ Código Civil. Art. 1.058. Não integralizada a quota de sócio remisso, os outros sócios podem, sem prejuízo do disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, tomá-la para si ou transferi-la a terceiros, excluindo o primitivo titular e devolvendo-lhe o que houver pago, deduzidos os juros da mora, as prestações estabelecidas no contrato mais as despesas



2005.002.07916 — AGRAVO DE INSTRUMENTO
DES. HENRIQUE MAGALHAES DE ALMEIDA — Julgamento:
13/09/2005 — DECIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL

Agravo de instrumento. Arrolamento de bens de sociedade. Nomeação de sócio como fiel depositário. Possibilidade. O fato de terem os sócios integralizado o capital social no momento da constituição da sociedade, torna os bens adquiridos para tal finalidade econômica de propriedade da sociedade. O fato do contrato de compra e venda dos bens encontrar-se em nome da, agravante não a torna proprietária exclusiva dos bens se estes foram empregados na sociedade e se o capital social foi totalmente integralizado. Agravo que se conhece, mas a que, se nega provimento.

QUESTÕES DE CONCURSOS.

28º EXAME DE ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL — SEÇÃO DO RIO DE JANEIRO. PROVA OBJETIVA. 1ª FASE.

35 — Assinale a resposta correta:

- a) A companhia terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos acionistas será sempre ilimitada;
- b) A sociedade anônima não pode ter fim lucrativo;
- c) A contribuição do sócio para o capital social na limitada pode consistir em prestação de serviços;
- d) Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

42 — Na sociedade por ações é possível:

- a) Ter o capital dividido em ações e a responsabilidade dos acionistas ser limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas;
- b) Privar o acionista de participar dos lucros sociais;
- c) Criar ações ao portador;
- d) Fixar o capital social expresso em moeda estrangeira.

27º EXAME DE ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL — SEÇÃO DO RIO DE JANEIRO — PROVA DISCURSIVA — 2ª FASE.

4 — No capital social de uma sociedade limitada empresária, defina qual é a natureza jurídica da cota.



AULA 21: EXCLUSÃO DE SÓCIO.

Na aula anterior, aprendemos que o capital social é dividido em quotas ou ações e sua formação consiste no somatório das contribuições que cada sócio realiza (integraliza) ou promete realizar (subscreve). Assim, uma vez organizada a sociedade, o dinheiro e/ou bens que cada sócio se obrigou a entregar para a constituição do capital social se transmite, deixando de pertencer ao sócio para se incorporar o patrimônio da sociedade.

Nesta aula discutiremos a leitura do(s) seguinte(s) capítulo(s):

- Páginas 114 a 119 (Simples) e 184 a 187 (Ltda) e 207 a 209 de O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. Sérgio Campinho. 5ª edição. Renovar/2005.
- Páginas 38 a 40 e 125 a 126 do Direito Societário. José Edwaldo Tavares Borba. 9ª edição. Renovar/2004.

Ementário de Temas:

- Exclusão de sócio.
- Sócio Remisso.
- *Affectio societatis*.
- Justa causa.
- Procedimento extrajudicial de exclusão do sócio.
- Procedimento judicial de exclusão de sócio.

Roteiro de Aula:

E exclusão de sócio tem por base coibir a presença de um sócio que interfere no desenvolvimento da empresa. O intuito pessoal do sócio de perturbar a atividade não pode pôr em risco a empresa, com vários dependentes — empregados, fisco e comunidade.

Nesse sentido, uma das hipóteses em que se admitirá a exclusão do sócio será a presença de um sócio remisso — aquele que subscreveu quotas e não integralizou dentro do prazo pactuado, incidindo em violação grave ao dever primordial do sócio que é contribuir para o capital social, e conseqüentemente para a formação da base patrimonial da sociedade, gerando, assim, risco financeiro ao desenvolvimento da empresa.

O sócio inadimplente “estará sujeito a notificação premonitória da sociedade, com concessão do prazo de trinta dias para adimplir suas obrigações.

Transcorrido o prazo, estará constituído legalmente em mora, devendo responder perante a sociedade pelo dano dela decorrente (artigo 1.044).²⁵⁴

A sociedade poderá ingressar com uma Ação de Integralização de Capital, que nada mais é senão uma execução de título extrajudicial, (contrato social assinado por duas testemunhas). O autor desta ação será a sociedade e réu, o sócio. Os outros sócios não serão autores porque estão ligados à sociedade e não entre si (a natureza do ato constitutivo da sociedade é de contrato plurilateral). Lembre-se de que ninguém é sócio de ninguém, mas sim sócio da sociedade.

É facultado à sociedade excluir o sócio remisso, conforme dispõe o art. 1.058 do Código Civil, que contemplou o previsto no art. 7º do Decreto n.º 3.708/19²⁵⁵, contudo, deve corroborar-se à justa causa, como preceituado pelos tribunais.

Neste sentido, a interpretação do STF e do STJ não admite que o sócio que pura e simplesmente não integraliza suas quotas, seja expulso. É necessário, também “justa causa” (vide Jurisprudência, ao final).

O conceito de “justa causa” no âmbito do Direito Societário, surge com a natureza do contrato social (plurilateral), que, como ensinou Tullio Ascarelli, se caracteriza pela “reunião das partes e a comunhão de escopo que caracterizam a sociedade”²⁵⁶, sendo assim, indispensável a colaboração entre todos os sócios — *affectio societatis*.

O sócio que não colabora ou impede a sociedade de desenvolver a sua atividade, figurará como inadimplente do contrato social, com a conseqüente quebra da *affectio societatis*. Neste caso, a plurilateralidade do contrato de sociedade levará a resolução somente com o sócio inadimplente, não afetando o contrato entre os demais. É o que nos ensina Tullio Ascarelli: “A peculiaridade de maior relevo do contrato plurilateral diz com efeito respeito à disciplina da sua nulidade ou anulação que pode respeitar a adesão de uma entre as partes não afetando o contrato no seu conjunto”.²⁵⁷

O Código Civil chancelou em seu texto a previsão jurisprudencial da “justa causa”. O art. 1.085 do Código Civil ao dispor sobre “ato de inegável gravidade que esteja colocando em risco a continuidade da empresa” corresponde à “justa causa” como quebra da *affectio societatis*.

PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DE EXCLUSÃO DO SÓCIO.

O artigo 1.085 do Código Civil permite a exclusão extrajudicial de sócio caso estejam presentes os seguintes requisitos:

- a) deliberação por sócios que representem mais da metade do capital social;
- b) ato de inegável gravidade que esteja colocando em risco a continuidade da empresa;

²⁵⁴ CAMPINHO, Sérgio *in* O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. 5ª edição. Renovar/2005. pg.97.

²⁵⁵ Art. 7º Em qualquer caso do art. 289 do Código Comercial poderão os outros sócios preferir a exclusão do sócio remisso. Sendo impossível cobrar amigavelmente do sócio, seus herdeiros ou sucessores a soma devida pelas suas quotas ou preferindo a sua exclusão, poderão os outros sócios tomar a si as quotas anuladas ou transferi-las a estranhos, pagando ao proprietário primitivo as entradas por ele realizadas, deduzindo os juros da mora e mais prestações estabelecidas no contrato e as despesas.

²⁵⁶ *in* Ensaio e Pareceres. Saraiva. São Paulo/1952. pg.168.

²⁵⁷ *Op.cit.* pg.168.



- c) previsão no contrato social permitindo a exclusão extrajudicial por justa causa.

O procedimento para a exclusão extrajudicial está previsto no parágrafo único desse artigo: deve a exclusão ser “deliberada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir o comparecimento e exercício do direito de defesa”.

A exclusão extrajudicial por justa causa somente pode se dar para sócios minoritários, uma vez que depende de deliberação por sócios que representem mais da metade do capital social, além disso, o art. 1.085 está inserido na seção VII, sob o título “Da resolução da sociedade em relação a sócios minoritários”.

A exclusão de sócio majoritário somente poderá se dar de forma judicial e atendendo aos requisitos do artigo 1.030 do Código Civil, como veremos a seguir.

Apesar do novo Código Civil ter contemplado a previsão jurisprudencial da “justa causa” para exclusão de sócio, o mecanismo previsto no p.º do art. 1.085 acarretará em empecilho a sua efetivação, bastando citar a previsão de realização de reunião só para tal deliberação, com prazo razoável para a defesa do sócio “acusado”.

PROCEDIMENTO JUDICIAL DE EXCLUSÃO DO SÓCIO.

A possibilidade de exclusão de sócio pela via judicial, é uma forma de proteger os sócios minoritários de eventuais desmandos dos sócios majoritários e está prevista no art. 1.030 do Código Civil, *verbis*: “mediante a iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente”..

O termo “falta grave”, referido no artigo, pode ser considerado como sinônimo de “ato de inegável gravidade”, o que configura, portanto, o inadimplemento das obrigações assumidas no contrato plurilateral de sociedade, a ensejar a quebra da *affectio societatis*, justificando, assim, a exclusão.

A propositura da Ação de Exclusão será objeto de deliberação sendo necessária a concordância da maioria absoluta dos sócios, computados pela participação no capital social, e não por cabeça, como pode parecer, pois assim se afere a disposição de poderes entre os sócios. O sócio a ser excluído não participará da votação.

A ação tramitará pelo rito ordinário, tendo a sociedade como autora e o sócio que se pretende excluir como réu.

Caso Gerador.

Numa sociedade limitada, o sócio majoritário é excluído por justa causa sem que haja previsão expressa no contrato social neste sentido. Pergunta-se:

- a) a situação descrita é juridicamente possível?
- b) o sócio excluído vota na reunião de deliberação específica para a exclusão?
- c) existe algum valor a ser recebido pelo sócio excluído?
- d) o contrato social poderá dispor qual será a forma de reembolso das quotas daquele sócio?

Jurisprudência.

“Diante da grave providência — exclusão de sócio, para o resguardo de eventual injustiça é que se admite a ação anulatória da deliberação tomada pela sociedade e a reparação a que fará jus o excluído. Os interesses econômicos e de natureza moral devem ficar devidamente esclarecidos, assegurando-se a garantia do contraditório.(...) por outro lado, **não padece a dúvida de que é possível a exclusão de sócio independentemente de cláusula contratual, por deliberação majoritária dos cotistas, desde que haja justa causa para o ato.** É de se ponderar, no entanto, que a exclusão, como medida grave, fundada em justa causa, pode ficar sujeita ao controle jurisdicional em termos de valoração jurídica, resguardando-se inclusive o direito de defesa do excluído.”

(RE 115.222-BA, sessão de 13.12.88, publicado na RTJ nº 128, pág. 886) — grifamos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR VISANDO O AFASTAMENTO E EXCLUSÃO DE SÓCIO. O contrato de sociedade é contrato sinallagmatico plurilaterale, onde o elemento fundamental é o escopo ou objetivo comum, inexistente nas demais espécies contratuais, mais conhecido como elo de colaboração ativa entre os sócios. **Quando presente na sociedade situações que demonstram a atuação do sócio em desacordo com o dever de colaboração a que está submetido affectio societatis — manifesta se acha justa causa a autorizar sua exclusão da sociedade.** Uma vez inadimplido, estará habilitada a Sociedade a excluir o sócio Inadimplente fundamentada na prevalência do interesse social sobre o individual. Nos autos há elementos a demonstrar que o afastamento do agravante da gerência administrativa da sociedade, decorreu da má-gestão administrativa. Quanto ao pedido de ser determinada a prestação de caução, este não merece ser acolhido, **para ser mantido o íntegro princípio da preservação da empresa, também aqui valendo o interesse social, sendo certo que a parte das cotas sociais do sócio afastado será judicialmente apurada** e não se mostra sob risco. A decisão monocrática não é teratológica ou contrária à prova dos



autos, estando de acordo com o Enunciado nº 7 deste Tribunal. Decisão que se mantém.

(2003.002.06722 — AGRAVO DE INSTRUMENTO. DES. MARIA AUGUSTA VAZ — Julgamento: 19/08/2003 — PRIMEIRA CAMARA CIVEL. TJ/RJ) — grifamos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. DESTITUIÇÃO DE SÓCIO SEM JUSTA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE.

Na Assembleia Geral realizada após a publicação do acórdão referente ao agravo regimental, **as sócias não declinam eventual justa causa para a destituição do sócio (gerente), ora agravante, conforme prevê o contrato social da empresa, razão por que não há como considerar a hipótese de destituição do agravante pelo fato de as outras sócias possuírem 2/3 do capital social.** O artigo 1.062 do CC não revoga a disposição do artigo 1.019 do mesmo diploma legal. AGRAVO PROVIDO.

(Agravo de Instrumento Nº 70007363153, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cacildo de Andrade Xavier, Julgado em 02/06/2004) — grifamos.

Questões de Concurso.

XXXIX CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DE CARREIRA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO — 2ª Prova Específica.

Que opções têm os sócios da sociedade limitada em relação ao sócio remisso? (VALOR: UM PONTO E MEIO).

Dispondo o contrato social que, na hipótese de retirada ou exclusão de sócio, seus haveres serão pagos com base no último balanço levantado, é acolhível a alegação do retirante ou excluído de que a apuração, por não expressar o último balanço a realidade patrimonial da empresa, deverá fazer-se de outra forma? Fundamente a resposta. (VALOR: UM PONTO E MEIO)



AULA 22: DIREITO DE RETIRADA. APURAÇÃO DE HAVERES. BALANÇO DE DETERMINAÇÃO.

Na aula passada, vimos que a exclusão de sócio por decisão dos demais sócios, representando a maioria do capital social, somente é possível se prevista contratualmente a “justa causa”. Caso contrário, o sócio só poderá ser excluído por via judicial em decorrência da prática de atos de inegável gravidade para com a sociedade e, quando a maioria dos outros sócios assim decidir.

Nesta aula discutiremos a leitura do(s) seguinte(s) capítulo(s):

- Páginas 314 a 315 (Simples) e 377 a 378 (Ltda) do Manual de Direito Comercial e de Empresa. Ricardo Negrão. Saraiva: São Paulo/2005.
- Páginas 119 a 121(apuração dos haveres da Simples) e 203 a 206 (Ltda) e 216 a 221(apuração dos haveres da Ltda.) de O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. Sérgio Campinho. 5ª edição. Renovar/2005.

Leitura Complementar:

- Páginas 438 a 439 (credores do sócio e patrimônio social) e 492 a 497 (recesso do sócio e cessão de quotas) do Curso de Direito Comercial vol I. Rubens Requião. 25ª edição. Saraiva. São Paulo/2003.

Ementário de Temas:

- Princípio constitucional da livre associação.
- Direito de recesso.
- Sociedade por prazo determinado e sociedade por prazo indeterminado.
- Forma de apuração dos haveres: balanço de determinação (jurisprudência e arts. NCC).

Roteiro de Aula:

Analogamente à exclusão de sócio, a retirada é uma forma de dissolução parcial do vínculo societário. Portanto, todo sócio que não tem mais a vontade de continuar na sociedade poderá retirar-se dela, este “direito é inerente

à titularidade de quotas sociais, denominado também de recesso ou dissidência”²⁵⁸.

O direito de retirada é um “tema juridicamente tormentoso”²⁵⁹, pois apresenta um conflito de perspectivas relevantes para o Direito: de um lado temos os direitos e interesses da coletividade que poderão ser prejudicados pela descapitalização decorrente da liquidação das quotas do sócio retirante; por outro lado, estão os direitos e interesses do sócio, que goza da proteção constitucional referente à liberdade de associação prevista no art. 5º, XX da Constituição da República²⁶⁰.

A retirada do sócio pode ocorrer em diversas situações, variando de acordo com a duração da sociedade conforme dispõe o art. 1.029 do Código Civil, ao estabelecer distinção do direito de recesso para o caso da sociedade contratada por prazo determinado e para o caso da sociedade contratada por prazo indeterminado.

Aprendemos que o contrato social é um negócio jurídico e, como tal, obriga os signatários²⁶¹ a honrarem com as cláusulas que foram livremente pactuadas entre eles. Via de consequência, o sócio que se obrigou a permanecer na sociedade por tempo determinado, deve adimplir tal ajuste.

Assim, o sócio não poderá se desvincular sem a concordância dos demais sócios, enquanto não vencido o prazo fixado para a duração da sociedade (denúncia imotivada).

Em havendo o reconhecimento judicial de uma “justa causa” (denúncia motivada), neste caso, a retirada do sócio pode ser obtida em Juízo, com a apuração dos haveres e de outros direitos previstos no contrato social.

No caso de sentença que indeferir o pedido de retirada do sócio, a garantia constitucional prevista no art. 5º, XX será respeitada mantendo-o “fora” da sociedade (na condição de ex-sócio), mas para pedir a apuração de haveres terá que aguardar o transcurso do prazo de existência da sociedade.

O Prof. Gladston Mamede explica que o “reconhecimento da existência da justa causa para a retirada do sócio implica a **declaração de licitude do recesso**, determinando-se a forma por meio do qual se concretizará”. *Mutatis mutandis*, o reconhecimento da inexistência de justa causa para a retirada do sócio não implica imposição de permanência física na sociedade, devendo-se respeitar a garantia constitucional de não se manter associado,... A sentença de improvimento, portanto, implicará a impossibilidade de liquidação da quota ou quotas, até o fim do prazo ou termo contratado para a existência social”²⁶².

Nas sociedades por prazo indeterminado, o direito de retirada é corolário da natureza contratual das sociedades, onde vige o princípio de que ninguém é obrigado a ficar preso a uma sociedade por toda a sua vida. Portanto, ao retirar-se, o sócio terá apurado seus haveres, não implicando tal fato em dissolução da sociedade.

²⁵⁸ COELHO, Fábio Ulhoa *in* Curso de Direito Comercial vol. 02. 8ª edição. Saraiva. São Paulo/2004. pg.434.

²⁵⁹ MAMEDE, Gladston *in* Direito Societário: Sociedades Simples e Empresária. Atlas. São Paulo/2004. pg.155.

²⁶⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

²⁶¹ Art. 219 do Código Civil.

²⁶² Op.cit. pg.158.

Através de uma notificação²⁶³ (judicial ou extrajudicial) aos demais sócios, com antecedência mínima de 60 dias²⁶⁴, o sócio dissidente informará aos demais sócio sua vontade de retirar-se da sociedade.

Em se tratando de sociedade de capitais, caso o sócio não pretenda continuar na sociedade poderá alienar suas quotas (a cessão de quotas é livre). A natureza capitalista da sociedade de *intuitu per capitaes*, relega a figura do sócio a um plano secundário, “sendo levada em consideração para sua criação e funcionamento a capacidade de contribuições dos sócios para a formação do capital social..., a lei limita as hipóteses de recesso²⁶⁵ (Lei 6.404/76, art. 137²⁶⁶)”.

A outra possibilidade do exercício do direito de retirada tem por base o princípio da maioria. Nas deliberações sociais da sociedade, a maioria comandará quais decisões serão tomadas (princípio da maioria — participação societária com direito de voto), bastando ao minoritário a resignação com as decisões ou então o exercício do direito de recesso. O art. 1.077 do Código Civil prevê a possibilidade de retirada de forma ampla, dando a entender, por exemplo, qualquer modificação do contrato social. Este dispositivo vai de encontro ao que se defende na doutrina, pois o direito de retirada deve ser a exceção para evitar a “indústria do recesso”.

Neste sentido, o sócio descontente com a deliberação deve, em regra, esforçar-se para alienar suas quotas e não se retirar, ocasionando desencaixe financeiro para a sociedade, o que pode comprometer o desenvolvimento das suas atividades (função social da empresa).

O aspecto positivo do art. 1.077 do Código Civil está em reconhecer o direito de recesso do minoritário (ou da minoria). Em caso de divergência, os direitos e interesses da minoria vencida, na deliberação social que aprovou a modificação do contrato social, serão protegidos pela regra do art. 1.029 (quando a sociedade for contratada por prazo indeterminado) — retirada imotivada. Se a sociedade for de prazo determinado, será permitida a utilização do disposto no art. 1.077, por aquele que votou contra a operação e foi vencido. Assim, o sócio dissidente poderá exercer o direito de recesso nos trinta dias subsequentes à reunião que deliberou sobre a modificação do contrato social.

Mas, quando há realmente a possibilidade do exercício do direito de recesso, a discussão ficará em torno da APURAÇÃO DE HAVERES.

Toda vez que um sócio sai da sociedade, seja porque ele é remisso, porque foi expulso ou porque ele se retirou... a “briga” ficará em torno da apuração dos haveres. O sócio que saiu vai dizer que quer receber R\$ 100.000,00 e a sociedade vai dizer que pagará R\$ 10.000,00. Normalmente a discrepância é de 80% a 90% porque a sociedade vai querer pagar com base no balanço contábil e o sócio vai querer receber com base no balanço empresarial. O balanço empresarial e o contábil possuem discrepâncias. Pode-se dizer que

²⁶³ N.A. Após a notificação, que prevê apenas a saída do sócio da sociedade, deve haver um consenso entre sócio retirante e sócios remanescentes no tocante à apuração de haveres e outros valores; não havendo acordo, o sócio retirante deverá ajuizar ação para aquele fim.

²⁶⁴ Art. 1.029 do Código Civil.

²⁶⁵ CAMPINHO, Sérgio in O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. 5ª edição. Renovar/2005.pg 205.

²⁶⁶ Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

I - nos casos dos incisos I e II do art. 136, somente terá direito de retirada o titular de ações de espécie ou classe prejudicadas; (Incluído pela Lei nº 9.457, de 1997)

II - nos casos dos incisos IV e V do art. 136, não terá direito de retirada o titular de ação de espécie ou classe que tenha liquidez e dispersão no mercado, considerando-se haver: (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

a) liquidez, quando a espécie ou classe de ação, ou certificado que a represente, integre índice geral representativo de carteira de valores mobiliários admitido à negociação no mercado de valores mobiliários, no Brasil ou no exterior, definido pela Comissão de Valores Mobiliários; e (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

b) dispersão, quando o acionista controlador, a sociedade controladora ou outras sociedades sob seu controle detiverem menos da metade da espécie ou classe de ação; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

III - no caso do inciso IX do art. 136, somente haverá direito de retirada se a cisão implicar: (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

a) mudança do objeto social, salvo quando o patrimônio cindido for vertido para sociedade cuja atividade preponderante coincida com a decorrente do objeto social da sociedade cindida; (Incluída pela Lei nº 10.303, de 2001)

b) redução do dividendo obrigatório; ou (Incluída pela Lei nº 10.303, de 2001)

c) participação em grupo de sociedades; (Incluída pela Lei nº 10.303, de 2001)

IV - o reembolso da ação deve ser reclamado à companhia no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da ata da assembleia-geral; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

V - o prazo para o dissidente de deliberação de assembleia especial (art. 136, § 1o) será contado da publicação

o balanço contábil “ficou para trás” no âmbito empresarial porque não contempla a MARCA, ESTRATÉGICA, LOGÍSTICA, RH, KNOW-HOW... Todas essas coisas valem muito. Exemplo: um site como o “GOOGLE” onde poucas pessoas trabalham, quanto deve valer? É quase impossível de mensurar. Contabilmente não há escrituração do valor que se aproxime a realidade.

Com a retirada do sócio — motivada, imotivada ou exclusão, faz-se necessária a apuração dos seus haveres, por se tratar de direito inerente à condição de sócio.

A apuração de haveres diferencia-se da liquidação por se tratar da dissolução do vínculo de um sócio em relação à sociedade, ou seja, não há dissolução da sociedade, mas somente do vínculo de um dos sócios, mantendo-se a sociedade. Além disso, na dissolução surge um novo órgão o liquidante, enquanto na apuração de haveres a relação se desenvolve entre o sócio e a sociedade.

Diante dessa situação, o sócio fará jus a liquidação da sua quota (ou quotas), para tanto, serão necessários dois procedimentos: a determinação do patrimônio da sociedade e a definição do quinhão correspondente a cada um dos sócios, para se chegar ao quinhão do sócio que se retirou.

De acordo com o art. 1031 do Código Civil, a apuração do valor das quotas do sócio retirante se faz, prioritariamente, na forma prevista no contrato social, haja vista a livre manifestação da vontade das partes. Porém, a estipulação contratual não é intocável, podendo ser objeto de impugnação quando demonstrada a sua ilicitude ou abusividade, ferindo a garantia constitucional do direito à propriedade. Neste caso, motivado o Judiciário, deverá determinar a aplicação da regra geral com a apuração dos haveres verificada através de um “balanço especialmente levantado”.

Nesse contexto, a regra para a apuração de haveres é que seja realizado um balanço especial de determinação — também chamado de “balanço empresarial”, levando-se em consideração os valores prováveis de liquidação dos bens componentes do patrimônio da sociedade à data da resolução²⁶⁷, em outras palavras, esta verificação física e contábil, deverá conter todos os direitos e deveres que “comportem expressão pecuniária”²⁶⁸, traduzindo o valor real de quanto “vale” a participação societária no mercado.

Uma vez definido o valor a ser recebido a título de apuração dos haveres, o parágrafo segundo do art. 1.031 do Código Civil, estabelece que o mesmo deve ser pago no prazo de 90 dias contados da liquidação da quota, salvo disposição em contrário do contrato social.

Realizado o pagamento ao ex-sócio, a princípio deve ser operada a redução do capital social na proporção das quotas que ele possuía, pois não mais existe a contribuição que justificava a existência das quotas. Entretanto, como já estudamos, os demais sócios poderão adquirir ou alienar aquelas quotas, mantendo íntegro o capital social.

da respectiva ata; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

VI - o pagamento do reembolso somente poderá ser exigido após a observância do disposto no § 3º e, se for o caso, da ratificação da deliberação pela assembleia-geral. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001).

²⁶⁷ Neste sentido, o Enunciado da Súmula nº 265 do Supremo Tribunal Federal estabelece que “Na apuração de haveres não prevalece o balanço não aprovado pelo sócio falecido, excluído ou que se retirou”.

²⁶⁸ MAMEDE, Gladston *in* Direito Societário: Sociedades Simples e Empresária. Atlas. São Paulo/2004. pg.166.

*Caso Gerador.*

Ari Mendes e seus 03 irmãos são sócios da Pizzaria MASSAS E COMESTÍVEIS LTDA. Cada sócio é detentor de 25% do capital social que já se encontra integralizado. Apavorado com a violência do Rio de Janeiro, Ari resolve retirar-se da sociedade.

Pergunta-se:

- a) Sabendo que a sociedade foi contratada por prazo indeterminado, Ari poderá exercer o direito de retirada? Havendo anuência dos sócios para a cessão das quotas de Ari, a questão se modifica?
- b) E se o prazo fosse determinado de 80 (oitenta) anos?

Jurisprudência:

COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE APURAÇÃO DE HAVERES. COISA JULGADA NÃO IDENTIFICADA. PREQUESTIONAMENTO DEFICIENTE. CRITÉRIO DE LEVANTAMENTO PATRIMONIAL. DECRETO N. 3.708/1919, ART. 15. EXEGESE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADA.

I. Não se configura coisa julgada se na ação anterior o sócio excluído buscava a anulação do ato que o excluiu, apenas apreciando-se tal tema desfavoravelmente ao mesmo, e na presente demanda, tornado irreversível o seu afastamento da sociedade, discute-se o critério de apuração dos seus haveres.

II. Deficiência de prequestionamento a impedir o exame do especial em toda a sua extensão.

III. Afastado o sócio minoritário por desavenças com os demais, admite-se que a apuração dos haveres se faça pelo levantamento concreto do patrimônio empresarial, incluído o fundo de comércio, e não, exclusivamente, com base no último balanço patrimonial aprovado antes da ruptura social.

IV. Dissídio não configurado.

V. Recurso especial não conhecido.

(REsp 130.617/AM, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 18.10.2005, DJ 14.11.2005 p. 324) — grifamos.

DIREITO SOCIETÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE LIMITADA POR TEMPO INDETERMINADO. RETIRADA DO SÓCIO. APURAÇÃO DE HAVERES. MOMENTO.

— A data-base para apuração dos haveres coincide com o momento em que o sócio manifestar vontade de se retirar da sociedade limitada estabelecida por tempo indeterminado.

— **Quando o sócio exerce o direito de retirada de sociedade limitada por tempo indeterminado, a sentença apenas declara a dissolução parcial, gerando, portanto, efeitos *ex tunc*.**

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 646.221/PR, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19.04.2005, DJ 30.05.2005 p. 373, REPDJ 08.08.2005 p. 303) — grifamos.

PROCESSUAL — EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA — SÓCIO — SOCIEDADE — AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL — CITAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA.

Acórdão que afirma serem inconfundíveis a pessoa do sócio e sociedade por ele integrada. Tal aresto não diverge de outro que, **em ação de dissolução parcial de sociedade, dispensa a citação da pessoa jurídica**, sob o fundamento de que todos seus sócios cotistas integraram o processo alcançou, na hipótese, o escopo visado pela citação da pessoa jurídica.

(EREsp 332.650/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 07.05.2003, DJ 09.06.2003 p. 165) — grifamos.

Balanco de Determinação

STJ — INFO 176

SOCIEDADE COMERCIAL. DISSOLUÇÃO. APURAÇÃO DOS HAVERES.

Em ação de dissolução parcial de sociedade comercial, julgada procedente, com a retirada dos sócios demandantes, houve trânsito em julgado, mas se deixou de definir o tempo a ser considerado para apuração dos haveres. Iniciada a liquidação para apuração dos haveres, o juiz deferiu perícia, em 1999, decisão que, dentre outras, determinou a forma de apuração dos haveres dos sócios retirantes, definindo que seria realizado balanço com a realidade da empresa em 31/12/1990 (último balanço antes da retirada) e a apuração do fundo de comércio pela média dos últimos oito anos (1991 a 1998). Em 2000, proferiu outra decisão, determinando outro balanço especial em 31/12/1999 e o fundo de comércio pelo preço de mercado na mesma data, apurado pela média dos últimos oito anos (1992 a 1999). O acórdão recorrido entendeu que houve violação ao disposto no art. 471 do CPC. A Turma proveu o REsp para restabelecer a decisão agravada, entendendo que a alteração da decisão anterior sobre o período de apuração da perícia para avaliação do patrimônio

da empresa não ofendeu o artigo citado, uma vez que cabe ao juiz encontrar a justa partilha a cada um dos sócios de acordo com suas quotas, pela apuração da realidade da empresa, levando em conta, ainda, os fatos supervenientes, no caso há uma demora na realização dos atos judiciais de avaliação. REsp **515.681-PR**, Rel. Min. Ruy Rosado, julgado em 10/6/2003.

EMENTA:

DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE COMERCIAL. Apuração de haveres. Decisão.

A alteração da anterior decisão, sobre o período a apurar na perícia encarregada de avaliar o patrimônio da empresa, não ofende o disposto no art. 471 do CPC, pois se trata de simples providência, de incumbência do juiz, para atribuir a cada sócio a quantia que mais se aproxime do valor real de sua quota. Recurso conhecido e provido.

(REsp **515.681/PR**, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 10.06.2003, DJ 22.09.2003 p. 342)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO. CONTAGEM. TRÂNSITO EM JULGADO. SENTENÇA. UNICIDADE. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE COMERCIAL. PAGAMENTO DE HAVERES.

I — A sentença é una, e como tal, não pode ser fracionada para efeito de ação rescisória. Não se pode falar, pois, em trânsito em julgado parcial. Precedente da Corte Especial (ERESP 404.777-DF).

II — O prazo para ajuizar ação rescisória é contado a partir do trânsito em julgado da decisão no último recurso interposto.

III — Para que a ação rescisória seja acolhida por violação a dispositivo de lei (CPC, art. 485, V) é preciso que a norma legal tida como ofendida tenha sofrido violação em sua literalidade. Precedentes.

IV — Na dissolução de sociedade comercial, a apuração de haveres no caso de sócio retirante deve ser feita como se de dissolução total se tratasse, evitando locupletamento indevido dos sócios remanescentes.

V — **Declarando o perito judicial que mencionou a marca HSM como componente de fundo de comércio, não há como se fazer ilação para afirmar que, não registrada no INPI a referida marca, direito a ela não teria o sócio-retirante.**

VI — Recurso especial conhecido e provido para cassar o acórdão proferido na ação rescisória.

(REsp 453.476/GO, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01.09.2005, DJ 12.12.2005 p. 369) — grifamos.

*Questões de Concursos*

125º EXAME DE ORDEM — SEÇÃO SÃO PAULO — 1ª FASE — DIREITO COMERCIAL. PROVA OBJETIVA.

45. Resolvendo-se o vínculo de um sócio com a sociedade empresária de que faz parte, e não havendo previsão contratual a respeito, seus haveres sociais serão pagos de acordo com o critério do valor

(A) patrimonial de suas quotas na data da resolução, apurado em balanço especial.

(B) econômico de suas quotas à data da resolução, conforme a cotação em bolsa de valores.

(C) patrimonial de suas quotas na data do efetivo pagamento, apurado em perícia judicial.

(D) econômico de suas quotas na data do efetivo pagamento, apurado em balanço especial.

46. A Assembleia Geral Extraordinária da Companhia Brasileira de Secos e Molhados, sociedade anônima fechada, deliberou a mudança de seu objeto social. Merovides, acionista detentor de 10% (dez por cento) de ações preferenciais sem direito de voto, não compareceu à assembleia e discorda da alteração. Merovides

(A) não poderá exercer o direito de retirada.

(B) poderá exercer o direito de retirada.

(C) só poderia exercer o direito de retirada se tivesse comparecido à assembleia.

(D) só poderia exercer o direito de retirada se a companhia fosse aberta.

XXXIX CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DE CARREIRA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 2ª Prova Específica.

Dispondo o contrato social que, na hipótese de retirada ou exclusão de sócio, seus haveres serão pagos com base no último balanço levantado, é acolhível a alegação do retirante ou excluído de que a apuração, por não expressar o último balanço a realidade patrimonial da empresa, deverá fazer-se de outra forma? Fundamente a resposta. (VALOR: UM PONTO E MEIO).

**MÁRCIO SOUZA GUIMARÃES**

Doutor pela Université de Toulouse 1 Capitole (*Centre de Droit des Affaires*). Mestre em Direito. Visiting scholar na Harvard Law School. Professor visitante da Universidade de Toulouse. Professor Adjunto da Graduação e Coordenador do Curso de Direito Societário e Mercado de Capitais da Pós-Graduação da Escola de Direito Rio da FGV — Fundação Getúlio Vargas. Promotor de Justiça (RJ) titular da 1ª Promotoria de Massas Falidas da Capital. Acadêmico fundador da Academia Brasileira de Direito Civil.



FICHA TÉCNICA

Fundação Getúlio Vargas

Carlos Ivan Simonsen Leal
PRESIDENTE

FGV DIREITO RIO

Joaquim Falcão
DIRETOR

Sérgio Guerra
VICE-DIRETOR DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Rodrigo Vianna
VICE-DIRETOR ADMINISTRATIVO

Thiago Bottino do Amaral
COORDENADOR DA GRADUAÇÃO

André Pacheco Teixeira Mendes
COORDENADOR DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

Cristina Nacif Alves
COORDENADORA DE ENSINO

Marília Araújo
COORDENADORA EXECUTIVA DA GRADUAÇÃO