



Direito E Empresarial

TEORIA GERAL DO DIREITO EMPRESARIAL

1 – Considerações Preliminares

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

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

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

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

Conceito de Direito Comercial

Prestadas as informações acima, podemos conceituar Direito Comercial como “o

complexo de normas jurídicas que regulam as relações derivadas das indústrias e atividades que a lei considera mercantis, assim como os direitos e obrigações das pessoas que profissionalmente as exercem”, de acordo com as lições do jurista João Eunápio Borges.

Fábio Ulhôa Coelho, por sua vez, em sua obra “Curso de Direito Comercial”, apresenta conceito ligeiramente diverso, todavia, mais em forma que em conteúdo. Vejamos: “Direito

Comercial é a designação tradicional do ramo jurídico que tem por objeto os meios socialmente estruturados de superação dos conflitos de interesse entre os exercentes de atividades econômicas de produção ou circulação de bens ou serviços de que necessitamos todos para viver.”

Importância da Definição e Proteção de Comerciantes e Empresários

Comerciantes e empresários são considerados agentes econômicos fundamentais, pois geram empregos, tributos, além da produção e circulação de certos bens essenciais à sociedade e, por isso, a legislação comercial traz uma série de vantagens para o comerciante. Assim é que a eles são deferidos institutos que dão efetividade ao princípio da preservação da empresa, de origem eminentemente neoliberal em razão da necessidade de proteção ao mercado, relevante para o desenvolvimento da sociedade em inúmeras searas, a exemplo da falência, da recuperação judicial, da possibilidade de produção de provas em seu favor por meio de livros comerciais regularmente escriturados etc.

O Comerciante e o Regime Jurídico de Direito Comercial

Todos os institutos acima referidos, oferecidos aos comerciantes pessoas físicas e jurídicas, ante a necessidade da dita proteção destes, são instrumentos do que se denomina regime jurídico de Direito Comercial. Com efeito, apesar de formar junto ao Direito Civil o que se denominou “direito privado”, e por emprestar o Direito Civil inúmeros conceitos, é diverso em razão de sua maior amplitude, a que se denomina “cosmopolitismo”; é “menos formal”, e por assim dizer, é mais simples sem ser, contudo, simplista; e por fim, é mais “elástico”, uma vez que exige maior dinâmica ante as inovações que diuturnamente se operam no comércio, seu objeto.

2. Teorias

Existem teorias que se propõem a definir todos aqueles que se amoldam ao conceito de comerciante. Essas teorias encontram-se abaixo definidas.

Teoria dos Atos de Comércio

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

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

Dos atos de comércio

De acordo com as disposições legais e interpretação destas fornecidas pela doutrina e jurisprudência, têm-se em regra os seguintes atos de comércio:

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

A compra dos produtos dos comerciantes para consumo como destinatário final, pelos clientes, tem de gerar lucro, senão será vista como compra de natureza civil. Atividades bancária, de transporte de mercadoria, de seguro, entre outras, também são consideradas atos comerciais, segundo a teoria em estudo. A compra e venda de bens imóveis estão excluídas do Direito Comercial por expressa disposição do Código Comercial, em seu artigo 191.

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

Toda sociedade anônima subordina-se ao regime jurídico mercantil, independentemente do seu objeto social. Nesse passo, ainda que se dedique à compra e venda de bens imóveis, as sociedades anônimas serão comerciais.

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

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

Teoria da Empresa

Em razão da evolução operada no comércio mundial, notadamente com a difusão e aquisição de importância da prestação de serviços, doutrina e jurisprudência, com o fim de proteger determinadas empresas que não se enquadram nos atos de comércio, e conseqüentemente sujeitá-las aos benefícios do regime jurídico de Direito Comercial, passou-se a fazer amplas interpretações das regras existentes. Assim, a título de exemplo, empresas antes não sujeitas ao processo falimentar, menos gravoso que a insolvência civil, passaram a ser objeto de falência. Quanto às interpretações, temos a agência prestadora de serviços de publicidade que, em que pese a oferecer primordialmente serviços, a interpretação ampla dos tribunais possibilita sua falência por entender que, em muitos de seus serviços, há compra e revenda de espaços publicitários, bens móveis incorpóreos.

Para que se tornasse desnecessária tais interpretações amplas, verdadeiras ginásticas legislativas, foi criada a “Teoria da Empresa”, que nasceu na Itália e desenvolveu-se para corrigir falhas da teoria dos atos de comércio, conforme dito. Para identificar o empresário, desconsidera-se a espécie de atividade praticada (atos de comércio ou não), e passa a considerar a estrutura organizacional, relevância social e a “atividade econômica organizada para o fim de colocar em circulação mercadorias e serviços”.

Essa teoria, adotada pelo novo Código Civil acaba com a dicotomia comerciante/não-comerciante determinada pela teoria dos atos do comércio.

Na prática, a teoria da empresa já vigia no Brasil, pois o único efeito da teoria dos atos do comércio ainda efetivo, embora mitigado pelas elásticas interpretações judiciais, é o poder de sujeição ou não de determinadas empresas ao regime falimentar empresarial.

Exemplo₁: A Lei de Locação diferenciava o locatário comerciante do não comerciante. Hoje esta distinção inexistente, sendo o locatário residencial ou não-residencial, nos termos da Lei n. 8.245/91.

Exemplo₂ : O Código de Defesa do Consumidor determina que aquele que oferece produtos ou serviços está servindo ao consumidor, seja este comerciante ou não.

Empresa

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

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

a) Perfil objetivo

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

b) Perfil subjetivo

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

c) Perfil Corporativo

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

d) Perfil funcional

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

Com efeito, de acordo com o novo Código Civil, empresário é todo aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços (artigo 966). O novo Código Civil exclui ainda o profissional liberal, o artista e outros que exerçam atividade predominantemente intelectual, do conceito de empresário, ainda que tenham o concurso de auxiliares ou colaboradores. Porém, excepcionalmente os admite como empresários caso seja adotada uma estrutura empresarial, organizando força de trabalho alheia que constitua elemento da empresa. Assim, a título de exemplo, um médico que contrata outros médicos, enfermeiras, secretária, formando assim uma clínica com estrutura empresarial, e não um singelo consultório, será caracterizado como empresário.

Conceito de Comerciante

Comerciante, conforme dito, é todo aquele que pratica algum ato de comércio, incluindo-se, por determinação legal, as atividades de construção, ou aquelas empresas que se organizam sob a forma de sociedade anônima. Inclui-se ainda todos aqueles que a jurisprudência assim considerar, mediante interpretação ampliativa da teoria dos atos de comércio, que além de outorgar efetividade ao princípio da preservação da empresa, de larga utilização em sede de direito falimentar, surge também como forma de fomento à aplicação da teoria da empresa, já explicitada.

O comerciante pode ser *pessoa física* (comerciante individual), assim entendido aquele que exerce individualmente os atos de comércio, ou ainda *pessoa jurídica*, hipótese em que surge a figura da sociedade comercial, matéria afeta ao direito societário, a ser oportunamente estudado.

Crítérios Identificadores de Comerciante

Contrapõem-se, de acordo com a doutrina, dois critérios para a identificação de comerciante, a saber: o critério formal e o critério real.

De acordo com o critério *real*, para a identificação de comerciante e conseqüentemente a adoção do regime jurídico de direito comercial aos atos por este praticado, considera-se a atividade efetiva e realmente exercida, independentemente de sua regularidade (inscrição no órgão do Registro da Empresa); De modo diverso, o critério formal utiliza-se de expedientes técnicos para a identificação de comerciante, admitindo como tal somente aqueles formalmente registrados em órgãos públicos; assim, permite a diferenciação do comerciante regular daqueles que possuem atuação irregular.

A doutrina clássica aponta, com meridiano acerto, diferença conceitual entre comerciante de fato e comerciante irregular. De acordo com suas disposições, o comerciante de fato não possui sequer seus atos constitutivos formalizados, escritos, operando, como o próprio nome diz, “de fato”. De modo diverso, é considerado comerciante irregular aquele que possui contrato escrito, todavia não levado a registro no órgão competente.

Modernamente, registra-se que, em que pese às diferenças terminológicas entre comerciante irregular e de fato, inexistem distinções práticas, notadamente quanto às conseqüências do regime jurídico a ser aplicado entre ambos. Assim, a título de exemplo, tanto o comerciante irregular quanto o de fato não poderão requerer a falência de seus devedores.

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

Impedimentos Para o Exercício do Comércio

A rigor, qualquer um pode ser comerciante, porém, a lei impõe alguns impedimentos a determinadas pessoas.

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

- o falido, enquanto não reabilitado, nos termos da Lei de Falências;
- o agente público (de forma direta) – nada impede, porém, que ele participe de sociedade, como sócio cotista, acionista ou comanditário, desde que não ocupe cargo de administração, de controle, e desde que não seja majoritário;

Cumpra registrar que na expressão agente público, acima utilizada, enquadram-se todos aqueles que se ligam à administração pública e encontram-se proibidos de comerciar, nos termos da Lei. Desta feita, os membros de poder, os oficiais militares, entre outros.

- os incapazes, na forma da lei civil;

Aqui, cabe distinguir que proibição não se confunde com falta de capacidade para exercer a atividade comercial. As pessoas proibidas de comerciar possuem capacidade plena para a prática dos atos de comércio. No entanto, a ordem jurídica vigente decidiu por vedar-lhes o seu exercício.

O menor que se estabelece com economia própria, adquire capacidade para o exercício do comércio, nos termos da lei. Diverge a doutrina apenas quanto à idade mínima para que o menor seja considerado capaz de comerciar. Majoritariamente, tem-se que a idade mínima para que o menor exerça tal direito é 16 (dezesesseis) anos de idade.

Obrigações Comuns a Todos os Comerciantes

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

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

Obrigação de arquivar atos constitutivos na Junta Comercial

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

a) Órgãos do Registro de Empresa

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

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

Atos de registro de empresa

O ordenamento dos atos do registro de empresa, previsto nas disposições da Lei n. 8.934/94 é muito simples e compreende três atos:

- *Matrícula*: a matrícula se refere aos agentes auxiliares do comércio. Assim, são matriculados nas Juntas Comerciais, sob a supervisão e segundo as normas do Departamento Nacional do Registro do Comércio os leiloeiros, tradutores públicos, administradores de armazéns-gerais, trapicheiros (responsáveis por armazéns gerais de menor porte destinados à importação e exportação), entre outros. A matrícula é uma condição para que eles possam exercer tais atividades paracomerciais.
- *Arquivamento*: o arquivamento é o ato pelo qual os comerciantes, pessoas físicas ou jurídicas, fazem o seu registro nas Juntas Comerciais. Diz respeito ao comerciante individual e à sociedade comercial. Compreende atos de constituição, alteração e dissolução das sociedades, inclusive. O contrato e o Estatuto social são arquivados perante a Junta Comercial.
- *Autenticação*: refere-se aos instrumentos de escrituração, ou seja, aos livros comerciais. A autenticação é condição de regularidade dos referidos documentos. Assim, um livro comercial, deve ser levado à Junta Comercial para autenticação, e neste ato terá todos os requisitos que devem ser observados na escrituração, fiscalizados.

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

a) Inatividade da empresa mercantil

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

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

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

b) Sanções impostas ao comerciante irregular ou de fato

- *Artigo 97, parágrafo primeiro da Lei de Falência:* o credor empresário que não comprova sua regularidade não tem legitimidade ativa para requerer a falência de outro comerciante, embora possa habilitar o seu crédito. Pode, contudo, ter sua falência decretada a pedido dos seus credores, assim como pedir autofalência.
- *Artigo 48, da Lei de Falência:* o devedor irregular ou de fato não pode requerer os benefícios da recuperação de empresas.
- *Artigo 379 do Código de Processo Civil:* “os livros comerciais, que preencham os requisitos exigidos por lei, provam também a favor do seu autor no litígio entre comerciantes”. O comerciante que não escritura regularmente seus livros, além de os livros irregulares fazerem prova contra ele, não pode se valer da eficácia probatória em seu favor. Também não pode propor ação de verificação de contas, para com base em seus livros, requererem a falência de outro comerciante. Com efeito, esta previsão é importante, pois o pedido de falência com base na impontualidade (artigo 1º, Lei de Falências) exige o protesto do título. Mas nem sempre o crédito está legitimado por títulos, podendo, neste caso, haver a verificação de contas, para apuração do crédito.
- *Artigo 178, da Lei de Falência:* considera-se crime falimentar a inexistência dos livros obrigatórios ou sua escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa.

Obrigação de escriturar regularmente os livros comerciais obrigatórios

a) Livros comerciais

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

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

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

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

Obrigações de levantar balanço patrimonial (artigo 1.179 do Código Civil)

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

As consequências decorrentes do descumprimento variam, conforme segue:

- Sanção penal, em face do artigo 168, parágrafo 1º, da Lei de Falência I – elabora escrituração contábil ou balanço com dados inexatos; II – omite, na escrituração contábil ou no balanço, lançamento que deles deveria constar, ou altera escrituração ou balanço verdadeiros; III – destrói, apaga ou corrompe dados contábeis ou negociais armazenados em computador ou sistema informatizado;
- Dificuldade de acesso a crédito bancário ou a outros serviços prestados pelos bancos;

- Não será possível participar de licitação promovida pelo Poder Público (artigo 31, inciso I, da Lei n. 8.666/93);
- Não pode impetrar recuperação judicial (artigo 51, inciso II, da Lei de Falência).

ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL OU FUNDO DE COMÉRCIO

1 – Conceito

É conjunto de bens corpóreos e incorpóreos reunidos pelo empresário para o desenvolvimento de sua atividade econômica. Assim, torna-se forçoso concluir que o estabelecimento comercial não se refere apenas ao local em si considerado, mas também ao acervo de bens. Segundo a doutrina, o fundo de comércio apresenta natureza jurídica de *universalidade de fato*. Essa universalidade de bens (reunidos, organizados) pode apresentar valor econômico superior à de seus bens separados.

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

2 – ALIENAÇÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO (Trespasse)

O estabelecimento empresarial, por integrar o patrimônio do empresário, é também garantia dos seus credores. Por esta razão, a alienação do estabelecimento empresarial está sujeita à observância de cautelas específicas, que a lei criou com vistas à tutela dos interesses dos credores de seu titular. Em primeiro lugar, o contrato de alienação deve ser celebrado por escrito para que possa ser arquivado na Junta Comercial e publicado pela imprensa oficial (art. 1144). Enquanto não providenciadas estas formalidades, a alienação não produzirá efeitos perante terceiros.

A alienação do fundo de comércio se faz por meio do trespasse - contrato de alienação de fundo de comércio que permite a transferência do fundo de comércio de um comerciante para outro.

O estabelecimento empresarial deixa de integrar o patrimônio de um empresário (o alienante) e passa para o de outro (o adquirente). O objeto da venda é o complexo de bens corpóreos e incorpóreos, envolvidos com a exploração de uma atividade empresarial.

Nesse passo, cabe observar, que para que o comerciante possa alienar o seu fundo de comércio, esse deve obter prévia anuência dos credores existentes à época. Essa anuência pode ser expressa ou tácita.

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

Em apenas uma hipótese está o comerciante dispensado da observância dessa cautela: caso restem em seu patrimônio bens suficientes para a solvência do passivo. *A contrario sensu*, se o comerciante aliena o estabelecimento comercial sem a anuência dos credores, não possuindo bens suficientes para a solvência do seu passivo, pode ter declarada sua falência, com fundamento no art. 94, inc. III, alínea “c”, da Lei de Falência. Decretada a falência nessas circunstâncias, o ato da alienação será considerado ineficaz em relação à massa falida do alienante, cabendo ao administrador judicial arrecadar o fundo de comércio.

No tocante ao restabelecimento do alienante na mesma praça, antes da vigência do novo Código Civil, a doutrina pátria, em sua maioria, defendia que a cláusula de não-restabelecimento encontrava-se implícita em qualquer contrato de alienação de

estabelecimento comercial (trespasse); por entender que essa providência impossibilitaria o restabelecimento do alienante em concorrência com o adquirente, geralmente com a atração para o novo local de seus negócios da clientela que se formou no antigo. Impedindo-se, assim, o enriquecimento indevido do alienante, por meio do desvio eficaz da clientela.

No entanto, desde a entrada em vigor do novo Código Civil de 2002, na omissão do contrato, o alienante de estabelecimento comercial não pode restabelecer-se na mesma praça, concorrendo com o adquirente, no prazo de cinco anos seguintes ao negócio, sob pena de ser obrigado a cessar suas atividades e indenizar este último pelos danos provenientes de desvio eficaz de clientela, sobrevivendo durante o período do restabelecimento (art. 1147).

No que respeita às obrigações, o passivo regularmente escriturado do alienante transfere-se ao adquirente do estabelecimento empresarial. Todavia, continua o alienante responsável por este passivo, durante certo prazo (um ano, contado da publicação do contrato de alienação, para as obrigações vencidas antes do negócio; e contado da data de vencimento para as demais). Na hipótese de transferência do estabelecimento, portanto, o adquirente será sucessor do alienante, podendo os credores deste demandar aquele para cobrança de seus créditos

- **OBSERVAÇÕES:** o contrato de trespasse pode dispor especificamente acerca da transferência, total ou parcial, do passivo, por ato volitivo das partes contratantes.
 - *créditos trabalhistas:* art. 448 da Consolidação das Leis do Trabalho. Consagra a imunidade dos contratos de trabalho em face da mudança na propriedade ou estrutura jurídica da empresa, o empregado pode demandar o adquirente ou o alienante, indiferentemente.
 - *créditos fiscais:* art. 133 do Código Tributário Nacional, em que a responsabilidade do adquirente será subsidiária, se o alienante continuar a exercer atividade econômica; ou integral, se o alienante não mais explorar o comércio.

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

3 – BENS CORPÓREOS

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

4 – BENS INCORPÓREOS

Os elementos incorpóreos que compõem o fundo de comércio são:

- ponto comercial;
- nome comercial;

- propriedade industrial.

Ponto Comercial ou Propriedade Comercial

É o local em que se encontra o estabelecimento empresarial. A proteção jurídica do ponto decorre da sua importância para o sucesso da empresa.

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

“As locações prediais urbanas podem ser residenciais ou não residenciais. Interessam-nos as locações não residenciais em que o locatário é autorizado a explorar, no prédio locado, uma atividade econômica (ou mesmo atividades filantrópicas, associativas).

Assim, se o locatário, na locação não-residencial, é titular de direito de inerência ao ponto e pode pleitear judicialmente a renovação compulsória do contrato de locação, esse contrato é de locação empresarial.

O direito de inerência consiste no interesse, juridicamente protegido, do empresário, relativo à permanência de sua atividade no local onde se encontra estabelecido”.

a) Ação renovatória

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

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

b) Requisitos cumulativos para a propositura da ação renovatória (art. 51 da Lei de Locações)

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

c) Hipóteses em que o locador pode retomar o imóvel em virtude do direito de propriedade constitucionalmente garantido (art. 5.º, inc. XXII, da CF)

- Insuficiência da proposta apresentada pelo locatário (art. 72, inc. II, da Lei de Locações).

- Proposta de terceiro em melhores condições (art. 72, inc. III, da Lei de Locações): nessa hipótese, nada impede que o locatário cubra a oferta do terceiro. A proposta do terceiro deve ser comprovada documentalmente, subscrita por este e por duas testemunhas, com clara indicação do ramo a ser explorado, não podendo o mesmo ser desenvolvido pelo locatário. Havendo a retomada, sob esse fundamento, caberá ao locatário o direito a uma indenização pela perda do ponto, solidariamente devida pelo locador e o proponente (art. 75 da Lei de Locações).
- Realização de obras no imóvel pelo locador, por determinação do Poder Público ou por iniciativa própria, para valorização do seu patrimônio. Caso a retomada tenha por base estes fundamentos (obras próprias ou determinadas pelo Poder Público), e as obras não se iniciem no prazo de 3 meses, a contar da data da desocupação do imóvel, caberá ao locatário uma indenização pela perda do ponto.
- Uso próprio do locador ou transferência de fundo de comércio de sua titularidade, de titularidade de ascendente, descendente ou cônjuge, ou de sociedade por estes controlada. Esse fundo de comércio deve existir há pelo menos 1 ano. O fundo de comércio não poderá, ainda, dedicar-se à mesma atividade econômica exercida pelo locatário que irá desocupar o imóvel (art. 52, inc. II, da Lei de Locações).

d) Locação em shopping center

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

Características peculiares do contrato de locação em shopping center

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

Peculiaridades quanto à ação renovatória e ao direito de retomada

- Não cabe a retomada para uso do próprio locador, com fundamento no art. 52, inc. II, da Lei de Locações, nos termos do art. 52, § 2.º, do mesmo estatuto.
- O locador pode retomar o imóvel sob o fundamento de melhor organização do empreendimento ou planejamento de distribuição do espaço denominado de *tenant mix*.

Nome Comercial ou Empresarial

a) Conceito

Nome comercial é aquele com base no qual o comerciante desenvolve as suas atividades, adquirindo direitos e assumindo obrigações. Esse instituto é disciplinado pela Lei n. 8.934/94, que regulamenta o Registro de Empresas Mercantis.

b) Espécies

Firma ou razão social: quanto à *estrutura*, é constituída com base no nome civil do comerciante individual ou dos sócios de determinadas sociedades comerciais. No tocante à *função* constitui também a assinatura do comerciante.

Denominação: quanto à *estrutura*, é composta com base no nome civil dos sócios de determinadas sociedades ou com base em uma expressão lingüística distinta, qual seja, o elemento fantasia. No que se refere à *função*, constitui exclusivamente elemento de identificação do comerciante, não se prestando a outra serventia.

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

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

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

Propriedade Industrial

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

a) Invenção e modelo de utilidade

Invenção

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

Modelo de utilidade

É toda inovação introduzida na forma de objetos já conhecidos, de modo a melhorar a sua utilidade ou fabricação. Não há uma novidade absoluta, mas sim uma novidade parcial,

agregada a um objeto já conhecido. Ex.: inventa-se um mecanismo que engarrafa mais líquido.

Para que a invenção e o modelo de utilidade possam ter proteção jurídica, deve o seu autor/criador requerer a concessão de uma Patente perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

A *patente* conferirá ao inventor o direito de exploração exclusiva do invento ou modelo de utilidade. Ela é o único instrumento de prova admissível pelo Direito para a demonstração da concessão do direito de exploração exclusiva da invenção ou do modelo de utilidade.

b) Requisitos

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

Novidade

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

Aplicação industrial

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

Atividade inventiva

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

Não impedimento art. 8º. da LPI.

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

c) Vigência da Patente:

Modelo de utilidade: 15 (quinze) anos.

Invenção: 20 (vinte) anos.

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

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

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

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

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

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

A patente extingue-se pela:expiração do prazo de vigência;

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

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

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

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

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

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

f) Invenções não-patenteáveis

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

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

g) Desenhos industriais

Conceito

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

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

Requisitos

O desenho industrial deve atender aos seguintes requisitos:

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

Vigência

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

h) Marca

Conceito

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

Espécies

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

- marca de produto (para a identificação do produto);
- marca de serviço;
- marca de certificação: atesta a conformidade de produtos ou serviços em relação a determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, à natureza, ao material utilizado e à metodologia empregada, fixadas por organismo oficial ou particular. Exs.: ISO 9000, selo de qualidade da Abrinq;
- marca coletiva: utilizada para a identificação de produtos ou serviços oriundos de membros de uma determinada entidade ou associação. Ex.: uma associação dos produtores de leite pode ter uma marca, uma cooperativa etc.

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

Requisitos

Para a marca ser registrada, deve ser atendido três requisitos:

- *Novidade relativa*

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

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

- *Não-colidência com marca notória*

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

Conforme preleciona Fábio Ulhøa Coelho, “o principal objetivo desse segundo requisito da registrabilidade é a repressão à contrafação de marcas (a chamada pirataria). Essa prática ilícita consiste em requerer o registro de marcas ainda não exploradas pelos seus criadores no Brasil, mas já utilizadas noutros países. Demonstrada a notoriedade da marca, o empresário poderá requerer ao Instituto Nacional de Proteção Industrial a nulidade do registro anterior, bem como a concessão do direito industrial em seu nome”.

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

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

- *Não impedimento*

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

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

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

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

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

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

Título de estabelecimento: são expressões ou qualquer outra designação do estabelecimento comercial. Ex.: Casas Pernambucanas (local em que se exerce atividade econômica).

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

Marca: identifica o produto ou serviço do comerciante. Ex.: Marca X.

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

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

DIREITO SOCIETÁRIO

INTRODUÇÃO

1 – Conceito de sociedade empresária

A sociedade empresária é uma entidade dotada de personalidade jurídica, com patrimônio próprio, atividade empresarial e fim lucrativo.

2 – O ato constitutivo da sociedade

Procede-se à constituição da sociedade através de um instrumento público ou particular, firmado por todos os sócios, no qual se declaram as condições básicas da entidade, inclusive nome, domicílio, capital social, cotas de cada sócio, objeto social, forma de administração, prazo de existência e processo de liquidação.

Esse ato constitutivo deverá ser arquivado no registro de empresas.

3 – Teorias contratualistas e anticontratualistas

Mesmo quando a sociedade decorre de um acordo de vontades, lavra na doutrina forte controvérsia quanto à natureza do ato constitutivo, entendendo alguns que não se teria aí um contrato, mas sim um ato coletivo, de instituição ou corporativo, em virtude do qual as vontades se somariam, de forma paralela, sem portanto se contraporem.

Com efeito, o contrato bilateral não se ajusta às características da sociedade, posto que nesta não ocorre partes contrapostas, como no comum dos contratos.

No contrato de sociedade não há essa contraposição. Ao invés, as partes se conjugam para um fim comum substituindo o sinalagma em que se cruza os interesses, coloca-se a identidade de interesses, instrumentalizada na criação da sociedade.

Destarte, no direito pátrio, a doutrina do contrato plurilateral desfruta atualmente de uma posição dominante.

4 – Da desconsideração da personalidade jurídica

Ninguém nega que as sociedades tem personalidade distinta da dos sócios.

Todavia, vem se afirmando gradativamente o entendimento de que a personalidade jurídica não deve constituir uma couraça acobertadora de situações antijurídicas. Aos sócios ou acionistas não será dado utilizar a pessoa jurídica como um instrumento para fins a que não a destinara a ordem jurídica.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica seria aplicada sempre que, por má fé, dolo ou atitude temerária a sociedade estivesse sendo empregada não para o exercício regular do comércio, mas para os desvios ou a aventuras de seus titulares.

Não tem essa doutrina o alcance de anular a personalidade jurídica, mas o de afastá-la em situações específicas nas quais, com efeito, não tenha agido a sociedade segundo seus interesses, mas os sócios que a manipularam como instrumento de pretensões pessoais.

No Brasil, aludido instituto, vem disciplinado no artigo 50 do novo Código Civil que, ao tratar da matéria, emitiu conceituação esboçada, vazada nos princípios que lhe são próprios, e, como tal, capaz de corrigir excessos e impropriedades:

“Art. 50 – Em caso de abuso de 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 obrigação sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

Com o novo texto, condiciona a desconsideração da personalidade jurídica ao seu uso abusivo, sendo portanto pressupostos do comprometimento dos bens particulares dos sócios ou administradores a demonstração de que a sociedade estava sendo desviada de seus próprios fins e interesses, ou que o patrimônio social era objeto de promíscua confusão com os bens de sócios ou administradores. A desconsideração atingirá então os bens particulares dos sócios ou administradores responsáveis pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

O SÓCIO

5 – A posição do sócio perante a sociedade

Entre o sócio e a sociedade há uma relação de participação.

Os bens da sociedade integram o cabedal da própria pessoa jurídica, não cabendo ao sócio parcela ou fração ideal desse patrimônio.

Os sócios recebem cotas ou ações da sociedade, que representam frações do capital social. Essas cotas passam a integrar o patrimônio do sócio.

As cotas são para o sócio a contrapartida dos bens transmitidos à sociedade.

Sendo titular de cotas sociais e, por conseguinte, participante da sociedade, o sócio mantém em relação a esta direitos e deveres.

6 – Direitos e deveres dos sócios

Direitos dos sócios

✓ Direito de participar nos resultados sociais

O lucro remunera o capital investido. O pró-labore remunera o trabalho do sócio na sociedade e, para recebê-lo, basta previsão no contrato social, não havendo a necessidade de trabalhar de fato.

✓ Direito de fiscalização da gerência da sociedade

Essa fiscalização ocorre de duas formas:

- por meio de exame de livros;
- por prestação de contas do gerente, na periodicidade prevista no contrato social.

Se o contrato social não mencionar, o gerente só prestará contas, extrajudicialmente, quando deixar o cargo. Judicialmente, o gerente pode prestar contas sempre que o Juiz determinar.

✓ Direito de participar das deliberações da sociedade

A maioria é quem decide sobre as deliberações da sociedade. Se a maioria quiser o aumento do capital social, por exemplo, a minoria deverá obedecer.

Atualmente, é possível inserir no contrato social cláusula que condicione a necessidade de unanimidade dos sócios para certas alterações contratuais, além das que já exigem unanimidade. Se não houver essa cláusula, valerá o que a maioria decidir.

✓ Direito de retirada, recesso ou dissidência

Qualquer um dos sócios poderá, imotivadamente, exercer o direito de retirada, recesso ou dissidência, desligando-se da sociedade, se restar vencido em qualquer deliberação da maioria

societária que importe em alteração do contrato social. Se, porém, a sociedade for contratada por prazo determinado, os sócios não poderão exercer esse direito.

Deveres dos Sócios

✓ Integralizar as cotas subscritas

O sócio que não cumpre com a obrigação de integralizar o capital subscrito é chamado de remisso. A sociedade poderá optar pela cobrança do valor a ser integralizado ou por sua exclusão. Se a sociedade decidir por excluir o sócio remisso, poderá adquirir sua cota, desde que o faça com fundos disponíveis, sem ofensa ao capital social.

✓ Responder pelas obrigações sociais

Os sócios respondem pelas obrigações sociais até o limite do valor do total do capital social subscrito e não integralizado.

7 – A cota social

A cota social representa uma fração do capital social e, em consequência, uma posição de direitos e deveres perante a sociedade.

As cotas, portanto, funcionam como objeto do direito de propriedade. Os cotistas detêm a sua propriedade.

A integralização das cotas se fará em dinheiro ou qualquer outra espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro.

As cotas poderão ser integralizadas desde logo, quando da criação da sociedade, ou, posteriormente, no prazo que for fixado, ou ainda de acordo com as necessidades da sociedade, conforme as chamadas que a administração determinar.

8 – Sociedade entre marido e mulher

O artigo 977 do novo Código Civil admite, amplamente, a sociedade entre os cônjuges, com exceção das hipóteses em que o regime de bens seja o da comunhão universal ou em que a separação de bens seja obrigatória.

9 – Sócio pessoa jurídica

Os sócios de uma sociedade tanto podem ser pessoas físicas como pessoas jurídicas, indistintamente. Nada impede, até mesmo, que todos os sócios de uma sociedade sejam pessoas jurídicas.

Duas ou mais sociedades às vezes se reúnem para constituir uma outra sociedade destinada a desenvolver atividades de interesse comum ou complementares ao seu objeto, tendo-se então um quadro social apenas composto de pessoas jurídicas.

Devem, porém, ser ressalvadas as sociedades em nome coletivo e as sociedades em comandita simples, cujos sócios deverão ser necessariamente, pessoas físicas.

10 – Sociedade subsidiária e sociedade *holding*

Subsidiária é a sociedade que é controlada por outra, e, enquanto *holding* é a sociedade de controle.

A *holding* assume a posição ativa – controla; a subsidiária assume a posição passiva – é controlada.

Existem sociedades que não tem nenhuma outra atividade que não seja a de controlar sociedades, sendo por isso chamadas *holdings* puras. Outras, além das atividades de controle,

desenvolvem operações de natureza diversa (comerciais, industriais, financeira), recebendo a designação de *holdings* mistas ou operativas.

11 – Sociedade unipessoal

A sociedade unipessoal ou de um único sócio não é admitida pelo direito brasileiro, em termos gerais. Todavia, já existe a subsidiária integral, que tem um único sócio e também permite-se a unipessoalidade temporária pelo espaço de tempo decorrido de uma assembléia ordinária até a seguinte, respectivamente, previstas nos artigos 251 e 206, I, d da Lei n.º 6.404/76. As sociedades em geral também admitem a unipessoalidade temporária por um prazo de até 180 dias, previsão expressa no artigo 1033, IV do novo Código Civil.

Classificação das Sociedades

Quanto à forma de constituição as sociedades comerciais dividem-se em sociedades regulares e não-regulares.

12 – Regulares

Sociedades regulares são as que apresentam contrato escrito e registrado na Junta Comercial.

13 – Não-regulares

São sociedades não-regulares aquelas que não possuem contrato escrito e registrado na Junta Comercial. A doutrina classifica as sociedades não-regulares em três espécies:

- *Irregulares*: possuem contratos escritos; todavia, não registrados na Junta Comercial competente;
- *De fato*: possuem apenas contrato verbal.

Essa classificação é apenas didática, pois as duas espécies estão sujeitas ao mesmo regime jurídico.

As sociedades não-regulares não têm legitimidade para o pedido de falência dos seus devedores comerciantes, tampouco podem gozar dos benefícios da concordata; seus livros comerciais não têm eficácia probatória (salvo contra estas), bem como todos os seus sócios responderão ilimitadamente, ainda que o contrato social disponha o contrário.

Quanto ao Regime de Constituição e Dissolução da Sociedade

As sociedades comerciais quanto ao regime de constituição e dissolução classificam-se em sociedades contratuais e sociedades institucionais.

14 – Sociedades contratuais

São constituídas a partir de um contrato social, podendo ser dissolvidas nas hipóteses previstas em lei. Os arts. 1.033 a 1.038 do Código Civil disciplinam as hipóteses de dissolução total, que devem existir sempre que não for possível a dissolução parcial, solução priorizada em razão do princípio da preservação da empresa. Se ocorrer substituição dos sócios, será necessária a alteração do contrato.

Nas sociedades contratuais, os sócios possuem liberdade para mudar o contrato social, preenchidos os requisitos legais, diferentemente do que ocorre nas sociedades institucionais, nas quais o sócio se agrega, não podendo, em regra, alterar o estatuto.

São sociedades contratuais:

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

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

15 – Sociedades institucionais

São constituídas a partir de um estatuto social, podendo ser dissolvidas por deliberação majoritária dos acionistas (assim denominados os integrantes de tais sociedades). A substituição dos acionistas é feita por agregação, não sendo necessário que participem do ato de constituição.

São sociedades institucionais:

- Sociedade anônima;
- Sociedade em comandita por ações.

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

Quanto às Condições para a Alienação da Participação Societária

Com relação às condições para a alienação da participação societária as sociedades comerciais envolvem duas espécies de sociedades, quais sejam, sociedades de pessoas e sociedades de capital.

16 – Sociedades de pessoas

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

São sociedades de pessoas:

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

17 – Sociedades de capital

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

São sociedades de capital:

- sociedade em comandita por ações;
- sociedade anônima.

Observações

Na verdade, não há sociedade composta somente por pessoas ou somente por capitais, pois em qualquer sociedade estão presentes esses dois elementos.

Outra consequência importante dessa distinção, é o fato de que as quotas sociais relativas a uma sociedade de pessoas são impenhoráveis por dívidas particulares do seu titular, pois a penhorabilidade seria incompatível com o direito de veto previsto no dispositivo supracitado.

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

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

Sociedade mista:

Na sociedade limitada, o contrato social definirá a existência, ou não, e extensão do direito de veto ao ingresso de novos sócios. Assim, se admitir a transferibilidade das cotas, teremos aí uma sociedade de capitais; ao contrário, isto é, inadmitindo a transferibilidade, ter-se-ia uma sociedade de pessoas.

Sociedades de responsabilidade limitada, ilimitada e mista

18 – Sociedade limitada

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

19 – Sociedade ilimitada

Na sociedade ilimitada, todos os sócios respondem com seu patrimônio pessoal, de forma ilimitada, pelas obrigações da sociedade. Exemplos: sociedade em nome coletivo e sociedade em comum.

20 – Sociedade mista

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

- a) Sociedade em comandita simples
- b) Sociedade em comandita por ações

O quadro social e suas mutações

21 – Cessão de cotas

A cessão de cotas é um contrato em virtude do qual o cedente transfere ao cessionário cotas de uma sociedade.

O cedente ora transferirá todas as suas cotas, retirando-se da sociedade, ora as transferirá parcialmente, permanecendo na sociedade.

O cessionário ao ingressar na sociedade, assume a posição do cedente em relação às cotas cedidas, passando a incorrer em todos os direitos e obrigações correspondentes.

Opera-se a cessão através de um instrumento de alteração contratual, firmado pelo cedente, cessionário e demais sócios. A cessão deverá ser registrada na junta Comercial, a fim de que se produzam efeitos perante terceiros.

22 – Falecimento, interdição e insolvência de sócio

O falecimento de sócio poderá acarretar a partilha de suas cotas entre os herdeiros ou a apuração dos respectivos haveres em favor do espólio.

A interdição, por determinar a incapacidade do sócio, retira-lhe a condição de permanecer em sociedade de responsabilidade ilimitada.

A insolvência do sócio levará os credores à pretensão de penhorar as suas cotas na sociedade. Essa penhora não terá cabimento nas sociedades de pessoas, cumprindo, no caso, apurar os haveres do sócio insolvente para, sobre os valores encontrados, incidir a penhora.

23 – Apuração de haveres

Há uma série de situações em que se impõe a liquidação das cotas de determinados sócios, ocorrendo então a apuração de haveres.

Previo o código Comercial de 1850 (art. 335) que as sociedades se dissolviam pela falência, despedida ou morte de qualquer dos sócios. Esse efeito foi afastado pela prática mercantil, face ao princípio da continuidade da empresa. Com o novo Código Civil, consagra-se em lei esta regra, mediante previsão expressa da liquidação da cota do sócio falecido (art. 1028) ou de alguma forma despedido da sociedade (art. 1031).

A apuração de haveres destina-se a calcular qual a parcela do patrimônio da sociedade correspondente às cotas do ex-sócio.

Tipos de Sociedade

23 – Tipos de Sociedade

Existem seis tipos ou espécies de sociedades, quais sejam: sociedade simples, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade em comandita por ações e sociedade anônima. A sociedade de capital e indústria foi eliminada pelo novo Código Civil que, contudo, admitiu que a sociedade simples, em sua forma própria, pudesse ter sócios de indústria (art. 997, V).

24 – Sociedade em nome coletivo

A sociedade em nome coletivo foi mantida pelo Código Civil (arts. 1039 a 1044), que preservou as suas linhas gerais.

A marca desse tipo societário é a responsabilidade solidária e ilimitada de todos os sócios. Essa característica, por comprometer o patrimônio pessoal dos sócios, provocou, especialmente depois do surgimento da sociedade limitada, o quase completo desaparecimento desse modelo de sociedade.

25 – Sociedade em comandita simples

Esse antigo tipo de sociedade, também em desuso, foi preservado pelo novo Código Civil.

A característica básica da sociedade em comandita simples continua sendo a existência de duas categorias de sócios: os comanditados, que respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, cuja responsabilidade é limitada ao valor das próprias cotas.

A sociedade em comandita simples tanto se presta à constituição de uma sociedade simples como à constituição de uma sociedade empresária.

26 – Sociedade de capital e indústria

A sociedade de capital e indústria encontra-se revogada pelo novo Código Civil. Anote-se, porém, que a sociedade simples em sua forma própria, admite sócios de indústria.

27 – Sociedade simples

Aspectos Gerais

A sociedade simples é um novo tipo societário introduzido no direito brasileiro pelo Código Civil recém-promulgado, e que, de alguma maneira substitui a antiga sociedade civil regida pelo Código Civil revogado.

A sociedade simples, em sua forma típica, somente poderá ser utilizada para as atividades não empresariais, resumindo-se o seu campo de abrangência aos pequenos negócios, a serem definidos em lei, às atividades rurais, ao exercício de profissão de natureza intelectual, e bem assim a empreendimentos destituídos de qualquer estrutura organizacional.

Atos Constitutivos

Os atos constitutivos, que terão natureza contratual, exigem instrumento escrito, que poderá revestir a forma pública ou particular, no qual serão declarados as condições e características básicas da sociedade (art. 977).

Sócios

Os sócios poderão ser pessoas naturais ou pessoas jurídicas, não havendo qualquer exigência quanto ao porte dessas pessoas.

Objeto Social

O objeto social, que será declinado no contrato, compreenderá qualquer atividade que se enquadre no conceito de pequeno negócio, a ser definido em lei, e ainda no de atividades rurais, ou de natureza intelectual.

Denominação

A sociedade terá uma denominação (art. 997, II), ficando-lhe assim vedada a adoção de uma firma. Tal denominação deverá manter alguma correlação com o objeto da sociedade.

Capital

O capital, tal como das demais sociedades, poderá ser integralizado com qualquer sorte de bem suscetível de avaliação em dinheiro. A particularidade dessa sociedade é a admissão de sócio de serviço, nos moldes do que ocorria na sociedade de capital e indústria, agora revogada.

Responsabilidade dos Sócios

O contrato social deverá indicar se os sócios (art. 997, VIII) “respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.”

Verifica-se, portanto, que, nessa modalidade societária, os sócios poderão responder ou não, segundo o que constar do contrato, pelas obrigações sociais.

Alterações Contratuais

As alterações contratuais concernentes a matérias básicas, que se acham enumeradas no art. 997, dependem, segundo o art. 999, de consentimento unânime dos sócios, nesses incluídos, naturalmente, os sócios de serviço. As demais matérias poderão ser decididas por maioria absoluta, se o contrato não exigir unanimidade.

Deliberações Sociais

As deliberações dos sócios sobre negócios ou interesses da sociedade serão tomadas por maioria do capital, mas, se houver empate, prevalecerá a decisão que contar com a manifestação favorável da maioria dos sócios, nestes incluídos, por razões lógicas, os sócios de serviço.

Administração Social

A administração da sociedade será exercida exclusivamente por pessoas naturais (art. 997, VI) não se admitindo a delegação de poderes (art. 1018).

Cessão de Cotas

A cessão de cotas depende da concordância dos demais sócios (art. 1003), que, para tanto, e se estiverem de acordo, promoverão a competente alteração contratual.

Sócio Remisso

O sócio remisso responde por perdas e danos (art. 1004), podendo a maioria dos demais sócios preferir a sua exclusão ou a redução de sua cota ao montante já realizado.

Exclusão de Sócio

O sócio, inclusive o majoritário, desde que tenha incorrido em falta grave no cumprimento de suas obrigações ou por incapacidade superveniente (art. 1030), poderá ser excluído da sociedade, mediante decisão judicial provocada pela maioria dos demais sócios (maioria do capital).

Redução do Quadro Social a um Único Sócio

A sociedade poderá permanecer com um único sócio pelo período de 180 dias (art. 1033), findos os quais, sem a recomposição da pluralidade, será considerada dissolvida.

Dissolução da Sociedade

As causas de dissolução da sociedade estão equacionadas de modo mais preciso e consistente do que na legislação revogada.

O término do prazo de duração da sociedade não mais determina a sua dissolução de pleno direito, se não houver oposição de nenhum dos sócios ocorrerá sua prorrogação por prazo indeterminado.

O consenso dos sócios, decisão unânime, continua sendo uma causa de dissolução ordinária da sociedade.

Tratando-se de sociedade por prazo indeterminado, a maioria absoluta do capital poderá decidir a dissolução.

A falta de pluralidade dos sócios também determina a dissolução ordinária da sociedade, assim como a extinção quando exigida, de autorização para funcionar.

A dissolução judicial poderá ocorrer, conforme previsto (art. 1034) quando anulada a constituição, ou quando, por qualquer motivo, a sociedade de mostrar inviável.

A liquidação judicial ocorrerá também, a requerimento de qualquer dos sócios, nos casos em que a liquidação ordinária não se instale, embora tenha ocorrido, por força de lei, ou, por deliberação dos sócios, a dissolução da sociedade.

Dissolução e liquidação

28 – Dissolução

Toda sociedade se destina a exercer o seu objeto social; a dissolução marca o fim dessa destinação.

Com a dissolução, encerra-se a fase ativa da sociedade, que, a partir daí, entra em liquidação, que é uma espécie de preparação para a morte.

Durante a liquidação, mantém a sociedade a personalidade jurídica, mas não pode realizar novos negócios.

A dissolução tanto poderá ser amigável como judicial.

O Código Civil, no art. 1033, enumera as hipóteses de dissolução ordinária: vencimento do prazo de duração, vontade dos sócios, redução do quadro social a um único sócio, extinção de autorização para funcionar.

O art. 1034 do Código Civil apresenta três hipóteses de dissolução contenciosa, quais sejam:
a) anulação da constituição da sociedade; b) esgotamento do fim social; c) inexecutibilidade do objeto social.

O ato que dissolve a sociedade (distrato ou sentença) deverá ser arquivado na Junta Comercial e, depois, publicado.

29 – Liquidação

A liquidação é período do fechamento das contas. Nessa fase deverá a sociedade ultimar negócios pendentes, realizar o ativo e pagar o passivo.

Os liquidantes, que poderão ser os próprios administradores ou terceiros, transformarão em dinheiro todos os bens da sociedade e promoverão o pagamento de todas as suas dívidas.

30 – Partilha

A partilha é o ato final da liquidação. Uma vez atendidos todos os credores, o saldo patrimonial apurado pertence aos sócios, devendo ser distribuídos entre estes na proporção dos respectivos quinhões sociais.

É possível que, depois de pago todo o passivo, ainda existam na sociedade bens a serem transformados em dinheiro. Poderão os sócios, se o preferirem, e de comum acordo, dividir entre si esses bens, ainda *in natura*.

A conta de participação

31 – Sociedade em conta de participação

Embora tenha o nome de sociedade e esteja incluída no título do Código Civil que trata das sociedades, a chamada sociedade em conta de participação não é uma verdadeira sociedade.

Faltam-lhe o patrimônio próprio e a personalização (o próprio Código a considera não personalizada), que são características essenciais das sociedades, especialmente a partir da declaração do Código Civil (art. 44), no sentido de que estas são pessoas jurídicas.

Na sociedade em conta de participação, uma ou mais pessoas fornecem dinheiro ou bens a um empresário, a fim de que este os aplique em determinadas operações, no interesse comum.

Aquele que aparece perante terceiros é chamado sócio ostensivo ou operador e os fornecedores de recursos são chamados sócios ocultos ou participantes.

No caso de falência, alcançará esta apenas o operador (sócio ostensivo).

A conta de participação poderá ser contratada para uma única ou para várias operações.

32 – Natureza jurídica e finalidade

A relação que se estabelece entre as partes é de natureza bilateral, configurando-se sempre no plano operador-participante. Ainda que sejam vários os participantes, não haverá uma relação destes entre si, mas tão-somente de cada um destes, ou do conjunto destes, com o operador.

A conta de participação apresenta elementos da sociedade – conjugação de recursos para uma exploração comum – mas não reúne os pressupostos necessários à sua classificação como tal. Pode-se, então, afirmar que se trata de um contrato de participação.

A finalidade desse contrato é, com efeito, a obtenção de capital de risco para um dado empreendimento, proporcionando-se ao prestador uma participação nos lucros ou prejuízos.

33 – A importância do registro

O código civil (art. 992) dispensa, com relação à conta de participação, as formalidades para a constituição de sociedades, e permite que a sua existência seja provada por qualquer dos meios admitidos em direito.

Deve-se, contudo, lembrar que a conta de participação mantém uma faixa fronteiriça com a sociedade irregular. Não havendo contrato escrito nem arquivamento no Registro de Empresas, corre o participante o risco de ser confundido com o sócio de uma sociedade irregular, do que resultaria a sua responsabilidade ilimitada.

Desse modo, embora não obrigatoriamente, devem os participantes, para não se exporem a elevados riscos, contratar a conta de participação por escrito, e providenciar o respectivo arquivamento no Registro de Empresas. O arquivamento, embora não exigido por lei, pode ser feito, posto que qualquer ato de interesse do empresário é passível de arquivamento na Junta Comercial (art. 32, II “e”, da Lei n.º 8.934/94).

34 – Relações externas e internas

A conta de participação apresenta uma fase externa e outra interna.

Externamente, o empresário atua como se não existisse a conta de participação, sendo ele o único que se obriga e que adquire direitos.

Internamente, registra o empresário-operador, na conta específica, todos os ingressos, despesas e dispêndios incorridos e os resultados que se forem acumulando, para distribuir os lucros ou imputar os prejuízos aos participantes, imputação essa que não poderá ultrapassar os fundos que cada um destinou ao contrato.

Os participantes obrigam-se apenas perante o operador, não sendo dado aos credores qualquer direito ou pretensão contra aqueles.

35 – Utilidade e aplicação

O contrato de participação, ao contrário das sociedades de responsabilidade limitada, que perderam inteiramente a sua importância, é um instituto em franca ascensão, sendo cada vez mais utilizado para uma série de empreendimentos.

Uma de suas aplicações mais constantes vem se verificando na área das incorporações imobiliárias. Uma empresa assume a obra externamente, enquanto outras fornecem terreno e recursos para, depois, ratearem entre si o proveito apurado.

As parcerias empresariais, de que hoje muito se fala, e que se destinariam a reduzir custos e integrar resultados entre empresas produtoras e empresas fornecedoras de peças ou componentes ou ainda de serviços, representam efetivas contas de participação.

Sociedade Limitada (A)

36 – Características

A sociedade limitada representa a mais recente das formas societárias existentes no direito brasileiro.

O novo Código Civil regula inteiramente a sociedade limitada, assim revogando o Decreto n.º 3.708/19.

A primeira mudança significativa concerne à própria designação da sociedade, que deixa de chamar-se “sociedade por cotas de responsabilidade limitada” para nomear-se simplesmente “sociedade limitada”.

A sociedade limitada, com o novo Código Civil, passa por substanciais alterações, que afetam o seu funcionamento, o processo de relações entre os sócios e desta para com a sociedade, e ainda a administração social.

A rigidez agora instituída, o formalismo das deliberações sociais, a limitação dos poderes da maioria, a burocratização de seu funcionamento tornam a sociedade limitada, no que tange a empresas com patrimônio líquido inferior a R\$ 1 milhão de reais, uma estrutura mais pesada do que a da sociedade anônima fechada, que, com aquele limite de capital e menos de vinte sócios, desfrutava de condições bastante simplificadas.

A sociedade limitada, que vinha se constituindo a forma quase exclusiva dos negócios pequenos e médios, tanto no campo das sociedades civis como comerciais, tenderá a perder posição, face ao seu desarrazoado engessamento.

44 – A responsabilidade limitada

A responsabilidade dos sócios continua, pois, limitada à integralização do capital social subscrito. Conseqüentemente, se algum sócio não integralizar as próprias cotas, todos os demais responderão solidariamente pela correspondente integralização.

A responsabilidade solidária dos sócios pela integralização do capital atua como uma garantia para os credores da sociedade. A administração da sociedade somente poderá demandar os sócios para que integralizem as próprias cotas. Terceiros, credores da sociedade, estes sim, é que poderão exigir, de qualquer dos sócios, a integralização do capital, no caso de falência, ou, face à nova redação, mesmo independentemente desta, desde que não encontrem, para efeito de penhora, bens livres da sociedade.

A responsabilidade dos sócios pela integralização do capital é solidária, porém, subsidiária.

A sociedade limitada envolve, pois, uma responsabilidade superior à da sociedade anônima, na qual cada acionista responde apenas pelo capital que subscreveu.

Integralizado, porém, o capital da sociedade limitada, estarão os sócios liberados de qualquer responsabilidade adicional.

45 – Legislação aplicável

À sociedade limitada aplica-se, basicamente, o capítulo IV do título II do livro II do Código Civil, que é a legislação específica sobre a matéria.

Nas omissões de sua regulação específica, aplicam-se à sociedade limitada as normas da sociedade simples (art. 1053).

A lei das sociedades anônimas, que exercia o papel de legislação supletiva das omissões do contrato da sociedade limitada, passa a exercer esse papel apenas quando invocada explicitamente pelo estatuto social (art. 1053, § único).

46 – Campo de aplicação

Por se tratar de uma sociedade que, além de limitada, era simples, barata e flexível, a sociedade limitada vinha sendo a mais utilizada das formas societárias, tanto no âmbito comercial como no civil, sendo neste quase exclusiva.

Agora, com o novo Código Civil, e as novas regras sobre limitada, que a tornam menos simples, menos barata e menos flexível, cabe indagar a respeito de seu futuro, e de como o mercado reagirá. De qualquer sorte, como mantém a responsabilidade limitada, e não se sujeita a publicação obrigatória de balanços, continuará a contar com forte aceitação no âmbito de empresas médias e médio-grandes, que não se disponham a arcar com os custos e a exposição decorrentes da publicação obrigatória de demonstrações financeiras completas.

47 – Administração

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

No tocante ao administrador não-sócio, cabe acentuar que, enquanto não integralizado o capital social, somente à unanimidade dos sócios caberá promover essa nomeação. Integralizadas todas as cotas, a designação poderá se fazer por um mínimo de dois terços.

O mandato do administrador pode ser por prazo indeterminado ou determinado. O contrato social ou o ato de nomeação em separado definem, para cada administrador ou em termos gerais, se há termo ou não para o exercício do cargo. Na Junta Comercial devem ser arquivados os atos de condução, recondução e cessação do exercício do cargo de administrador.

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

Tratando-se de sócio nomeado administrador no contrato, sua destituição somente se opera pela aprovação de titulares de quotas correspondentes, no mínimo, a dois terços do capital social, salvo disposição contratual diversa.

47.1 – Da responsabilidade dos sócios

A responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade limitada, como diz o nome do tipo societário, está sujeita a limites. Todavia, esta limitação comporta exceções, a saber:

1ª - Capital social subscrito não inteiramente integralizado. Nesse caso, a responsabilidade dos sócios é ilimitada e solidária, abrangendo, desta feita, inclusive, o patrimônio pessoal de cada sócio até o montante que faltar para integralizar o capital subscrito.

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

2ª - Os sócios que adotarem deliberação contrária à lei ou ao contrato social responderão ilimitadamente pelas obrigações sociais relacionadas à deliberação ilícita. Os sócios que dela dissentirem deverão acautelá-la, formalizando sua discordância, para se assegurar quanto a esta modalidade de responsabilização;

3ª - O código civil de 2002, inclusive, proíbe a sociedade marital se o regime de bens no casamento for o da comunhão universal ou separação obrigatória. Assim, se, a despeito da proibição legal, for registrado na Junta Comercial sociedade composta exclusivamente por marido e mulher, os seus sócios responderia, ilimitadamente pelas obrigações sociais;

4ª - A Justiça do Trabalho tem protegido o empregado deixando de aplicar as regras de limitação da responsabilidade dos sócios. Tal orientação, de base legal questionável, deriva, na verdade, da intenção de proteger o hipossuficiente, na relação de emprego;

5ª - Débitos junto à Seguridade Social (INSS), em razão do disposto no artigo 13 da Lei nº 8.620/93, podem ser cobrados de qualquer sócio da sociedade limitada.

48 – Delegação

A delegação da gerência era uma peculiaridade da sociedade limitada, posto que não era admitida em nenhuma outra espécie societária.

Com o novo Código Civil, que permitiu administradores não sócios, a delegação foi inteiramente banida do direito societário, tanto que, não incluída nas normas específicas sobre sociedade limitada, foi ainda vedada, de forma expressa, na parte geral (art. 1018), onde se estipulou que o administrador não poderá se fazer substituir no exercício de suas funções. Fica, portanto, a delegação de poderes de administração totalmente erradicada do direito societário brasileiro.

Sociedade Limitada (B)

49 – A cota social

A cota social significa uma parcela indivisível do capital. Havendo co-proprietários, os direitos dela decorrentes somente poderão ser exercidos pelo representante designado pelos condôminos, ou pelo inventariante no caso de espólio.

O cotista deverá integralizar as suas cotas nos prazos e condições convencionados, podendo a sociedade, se houver impontualidade, e depois de notificar o sócio inadimplente, promover a competente ação de execução. O sócio remisso, semelhantemente aos das demais sociedades, responderá por perdas e danos, podendo a maioria dos demais sócios preferir a sua exclusão, com redução do capital; ou a redução de sua participação.

50 – Cessão de cotas

A matéria deverá ser disciplinada no contrato social, no qual se especificará se as cotas são intransferíveis ou transferíveis e, nesse último caso, se a transferibilidade é livre ou condicionada. A intransferibilidade, desde que adotada, acarretará para a sociedade a obrigação de, sempre que um sócio o solicitar, promover a apuração de seus deveres, pois, se assim não fora, estaria o cotista obrigado a permanecer indefinidamente na sociedade. Destarte, ou se permite a alienação da cota a terceiro ou se processa a sua liquidação.

Com o novo Código Civil, o tratamento conferido à questão sofre uma radical inversão, posto que apenas se permite a livre transferência das cotas quando o cessionário for um outro sócio. A cessão a estranho passa a depender de ausência de oposição de cotistas que representem mais de um quarto

do capital social. Impõe-se, portanto, a prévia consulta ao quadro social, para apurar a inexistência da referida oposição.

51 – Caução de cotas

As cotas, como bens móveis que são, podem figurar como objeto de caução ou penhor, e como tal garantir o cumprimento de determinadas obrigações.

Toda garantia real envolve um princípio de alienação. Conseqüentemente, não podem ser dados em garantia aqueles bens que não podem ser alienados. Em outras palavras, as cotas que não podem ser cedidas, também não podem ser caucionadas.

Cabe deduzir ainda, que a penhora das cotas – como medida processual – encontra-se sujeita às mesmas condições ora examinadas. Se as cotas forem intransferíveis, resolver-se-á em apuração de haveres; se houver direito de preferência, esse se exercerá durante a praça.

52 – Direito de preferência quando do aumento do capital social

De acordo com o novo Código Civil, o direito de preferência dos cotistas fica imperativamente assegurado em lei, garantindo-se-lhes um prazo de 30 dias contado da deliberação, para, se o quiserem, exercer o direito de participar do aumento de capital.

O direito de preferência assegura-se relevante, na medida em que propicia o sócio o direito de perpetuar o nível de participação que detém na sociedade, evitando a diluição de seu poder de voto e de sua fração no rateio dos lucros.

53 – O processo decisório

Na sociedade limitada, como em qualquer sociedade, a maioria é calculada em função do número de cotas e não no de sócios, assim, um único sócio, que tenha 100 cotas, pesará mais nas decisões do que 50 sócios que somem, no conjunto, apenas 80 cotas.

Cabe ressaltar, que sob o regime do Decreto n.º 3708/19, em regra, as decisões eram tomadas por sócios que representassem a maioria do capital.

Agora, com o novo Código Civil, essa matéria passa por uma gigantesca revolução, uma vez que a liberdade contratual, que antes prevalecia, foi substituída por normas legais imperativas, que estabelecem maiorias especiais para diversas situações.

Segundo as novas regras, as deliberações do sócios, que envolverem alteração do contrato social ou que aprovarem incorporação, a fusão ou a dissolução, ou ainda, a cessação do estado da liquidação da sociedade exigem votos favoráveis de pelo menos três quartos do capital social (art. 1076, I).

Algumas deliberações, (art. 1076, II) acham-se subordinadas à aprovação de mais da metade do capital social. São estas as concernentes a:

- 1) designação de administradores, quando procedidas por ato separado;
- 2) destituição de administradores;
- 3) remuneração de administradores;
- 4) autorização para o pedido de concordata.

O contrato poderá exigir sempre, para qualquer das questões objeto de decisão uma maioria mais elevada, tanto que a lei apenas estabeleceu parâmetros mínimos de votos favoráveis.

54 – Exclusão de sócio

Além dos casos de exclusão de sócios aplicáveis à sociedade simples (arts. 1004 e 1030), que são extensíveis à sociedade limitada e que dependem de decisão judicial, pode o sócio da limitada (art. 1085) ser excluído por deliberação dos sócios representativos de mais da metade do capital social, sob o fundamento de que o sócio em questão praticou atos graves e comprometedores para os interesses da empresa. Essa providência depende, porém, segundo o artigo supra referido de previsão contratual de exclusão de sócio por justa causa e de ampla garantia do contraditório.

55 – Aumento de capital

O capital somente poderá ser aumentado depois de integralizado (art. 1081). Para o aumento do capital que acarreta a alteração do contrato social, demanda a nova lei (1076, I) a manifestação favorável de três quartos do capital social.

56 – Redução de capital

A redução de capital, por fazer-se mediante modificação contratual, também depende do quorum especial de três quartos, podendo ocorrer quando houver perda patrimonial irreparável ou quando o capital mostrar-se excessivo (art. 1082).

57 – Assembléia geral

As deliberações dos sócios serão tomadas em reunião dos sócios ou em assembléia geral, segundo o que constar do contrato social, mas, se a sociedade contar com mais de dez sócios, a assembléia geral será obrigatória (art. 1072, § 1º).

A assembléia deverá observar a sistemática de convocação e ordenação dos trabalhos prevista na lei, mas, se adota a reunião de sócios, caberá ao contrato social disciplinar o seu funcionamento, sendo que as omissões serão supridas pelas normas legais sobre assembléia geral.

As reuniões ou assembléias gerais serão convocadas pelos administradores, mas poderão também ser convocadas por qualquer dos sócios se os administradores, nos casos previstos em lei ou no contrato, retardarem por mais de sessenta dias a convocação. Titulares de mais de um quinto do capital também poderão promover a convocação, se esta, solicitada aos administradores, não se fizer no prazo de oito dias. O pedido de convocação deverá fazer-se acompanhar de sua fundamentação e da indicação das matérias a serem decididas.

Pode-se, porém, evitar a própria reunião ou assembléia, se todos os sócios firmarem documento decidindo as matérias que seriam objeto de deliberação colegiada.

O voto contrário à lei ou ao contrato acarreta a responsabilidade pessoal e ilimitada do sócio que a proferir (art. 1080), circunscrevendo-se essa responsabilidade, naturalmente, aos efeitos danosos daí decorrentes, seja para a sociedade, seja para os demais sócios, seja para terceiros.

58 – Conselho fiscal

O conselho fiscal é um órgão optativo, podendo o contrato social adota-lo ou não (art. 1066).

A função precípua desse órgão, tal como na sociedade anônima, é a fiscalização da atuação dos administradores, especialmente no que tange a seus aspectos financeiros.

Se a sociedade tiver conselho fiscal, a minoria, com pelo menos um quinto do capital, terá o direito de eleger um de seus membros.

59 – O direito de recesso

Na sociedade limitada, vincula-se os sócios à própria duração da entidade, não lhes sendo permitido pedir, segundo lhes aprouver, a apuração de seus haveres.

O direito de retirada ou de recesso somente se coloca quando o contrato social é alterado, ou é deliberada a fusão da sociedade, a cisão, sua incorporação por outra, ou a incorporação de qualquer sociedade. Nesses casos, os sócios que divergirem da alteração contratual têm o direito (art. 1077)

de se desvincularem da sociedade, recebendo o valor patrimonial de suas cotas, segundo o balanço especialmente levantado, se de outra forma não dispuser o contrato social.

O prazo para o exercício do recesso é de trinta dias, considerando-se para tanto os dias subsequentes à data de realização de reunião ou assembléia.

O reembolso ao cotista observará o balanço especialmente levantado, e considerará a parcela realizada de suas cotas.

Ressalte-se, caso os bens do ativo da sociedade estejam com seus valores contábeis distanciados da realidade, cumprirá ao interessado solicitar uma efetiva avaliação desses bens segundo a sua expressão de mercado. Os intangíveis da empresa, especialmente o ponto comercial e o nome empresarial, também deverão ser levados em consideração, isso naturalmente quando representarem um valor efetivo.

As cotas liquidadas, salvo acordo ou estipulação contratual diversa, deverão ser pagas em dinheiro, no prazo de noventa dias (art. 1031, § 2º). A fim de evitar desencaixes vultuosos, que poderão comprometer a liquidez da sociedade, convém disciplinar contratualmente esse prazo, a fim de que se estenda por um período mais longo, desde que razoável, um ano por exemplo, acrescendo-se às parcelas mensais os juros remuneratórios correspondentes.

Aspectos gerais da sociedade anônima **Sociedades por ações – Lei n. 6.404/76 (Sociedade Anônima)**

1. CLASSIFICAÇÃO

As sociedades anônimas classificam-se em abertas e fechadas, de acordo com a negociação de seus valores na Bolsa de Valores e no Mercado de Balcão.

Antes de adentrarmos no assunto, é indispensável a breve compreensão de alguns conceitos:

- A Bolsa de Valores e o Mercado de Balcão formam o Mercado de Capitais, no qual se negociam ações ou qualquer outro valor mobiliário;
- A Bolsa de Valores é uma associação civil, formada por sociedades corretoras de valores mobiliários de uma mesma base territorial, que exerce o serviço do pregão de valores mobiliários. A Bolsa é mercado secundário de valores mobiliários;
- O Mercado de Balcão compreende todos os negócios que se realizam no mercado aberto de capitais, fora da Bolsa de Valores. É mercado primário e secundário de valores mobiliários;
- O mercado primário de valores mobiliários é aquele em que as ações são subscritas ou lançadas. Exemplo: contrato de subscrição ou underwriting – Sociedade de ações está sendo formada – contrato com uma instituição para viabilizar o lançamento das ações e, também, lançar as mesmas;
- O mercado secundário de valores mobiliários é aquele em que são negociadas ações já subscritas ou lançadas. Ex.: contrato de compra e venda de ações efetuadas na Bolsa de Valores;
- Valores mobiliários são títulos de investimento que as sociedades anônimas emitem para captação dos recursos necessários ao desenvolvimento de sua atividade econômica.

Após o conhecimento acerca dos conceitos básicos, passaremos à referida classificação das sociedades anônimas:

- *Abertas*: são as sociedades anônimas cujos valores mobiliários são negociáveis na Bolsa de Valores e no Mercado de Balcão, o que é, inclusive, a sua fonte de captação de recursos. Têm como característica o levantamento de fundos em alta quantia e são

controladas e fiscalizadas pelo Estado por intermédio da Comissão de Valores Mobiliários – CVM;

- *Fechadas*: são aquelas que não negociam seus valores mobiliários no mercado de capitais.

2. ESPÉCIES DE VALORES MOBILIÁRIOS

As espécies de valores mobiliários são: ações, debêntures, partes beneficiárias, bônus de subscrição, *commercial paper*.

Ação

É uma espécie de valor mobiliário representativo de unidade do capital social de uma sociedade anônima e que confere ao seu titular um complexo de direitos e deveres patrimoniais e políticos.

Muitos autores colocam a ação como uma espécie de título de crédito, porém essa classificação não condiz com a realidade, visto que os títulos de créditos conferem ao seu titular direitos tão-somente na esfera patrimonial, enquanto as ações, além de conferirem direitos na esfera patrimonial, conferem também direitos na esfera política. O principal direito político conferido pelas ações é o direito de voto, além do direito à fiscalização.

Classificação das ações

a) Quanto à espécie

- **Ordinárias**: são aquelas que conferem aos seus titulares os direitos que a lei reserva aos acionistas. Não conferem vantagens ou privilégios na esfera patrimonial, porém o direito político do voto é sempre concedido.
- **Preferenciais**: são as que conferem aos seus titulares alguma vantagem ou privilégio na esfera patrimonial. Por outro lado, não conferem direito de voto. As vantagens estão dispostas no art. 17 da Lei das Sociedades por Ações (este rol é exemplificativo). As sociedades por ações admitem no máximo 50% do capital social representados por ações preferenciais sem direito a voto (é a nova redação do § 2.º do art. 15 da Lei n. 6.404/76, redação essa dada pela Lei n. 10.303/2001). Deve-se notar que as ações preferenciais sem direito de voto ou com restrição ao exercício deste direito, somente serão admitidas à negociação no mercado de valores mobiliários se a elas for atribuída pelo menos uma das seguintes preferências ou vantagens (art. 17, § 1.º, inc. I, da Lei n. 6.404/76, com nova redação) em prioridade na distribuição de dividendos, fixo ou mínimo;
- **De fruição**: são as atribuídas aos acionistas, cujas ações foram amortizadas. Amortizar uma ação significa adiantar ao acionista o que ele receberia caso a sociedade fosse liquidada, independentemente desse evento (dessa liquidação). O acionista não terá mais direito ao acervo do patrimônio em caso de partilha. Os acionistas de fruição possuem todos os demais direitos essenciais. Vale lembrar que o direito a voto não é um direito essencial.

b) Quanto à forma

- **Nominativas**: são as que identificam o seu titular, diferentemente das ações ao portador, que foram extintas em 1990. Atualmente, todas as ações identificam o portador, tanto as nominativas quanto as escriturais. As ações nominativas estão registradas no livro da sociedade anônima e sua transferência ocorre mediante averbação em livro próprio. O que diferencia as ações nominativas das escriturais é o ato jurídico que opera a transferência de sua titularidade.

- *Escriturais*: são aquelas registradas nos livros de uma instituição financeira e sua transferência ocorre mediante ordem do alienante para que se proceda a uma baixa em sua conta de ações e a um crédito na conta de ações do adquirente. Elas não geram emissão de certificados, apenas constam dos arquivos da instituição financeira.

c) Quanto à classe

- As ações ordinárias de companhias abertas não podem ser divididas em classes. As ordinárias de companhias fechadas podem ser divididas em classes, observado o limite do art. 16 da LSA; este rol é taxativo.
- Ações preferenciais sempre poderão ser divididas em classes, tantas quantos forem distintos os conjuntos de direitos.

Debêntures

É uma espécie de valor mobiliário representativo de um contrato de mútuo em que a sociedade anônima emitente é o mutuário e o debenturista é o mutuante. É emitida a partir de um documento que se chama escritura de emissão de debêntures, que apresentará todas as condições da emissão. Tal documento conterá:

- o valor de cada debênture;
- o prazo de resgate;
- a remuneração do debenturista;
- as garantias que a sociedade anônima oferece ao debenturista.

Classificação das debêntures

As debêntures podem ser classificadas de acordo com a garantia que oferecem ao debenturista:

- *debênture com garantia real*: confere a seu titular (ao debenturista) um direito real de garantia – pode ser hipoteca, penhor etc.;
- *debênture com garantia flutuante*: confere ao seu titular um privilégio geral em caso de falência da sociedade anônima emitente;
- *debênture quirografária*: confere um crédito de natureza quirografária ao seu titular (crédito quirografário: aquele que não tem garantia nem privilégio);
- *debênture subordinada ou sub-quirografária*: confere ao seu titular uma preferência em relação aos acionistas, em caso de falência da sociedade anônima emitente.

As debêntures são emitidas por S/As fechadas ou abertas (para o mercado de capitais – Bolsa de Valores e Mercado de Balcão). Se a emissão for feita para o mercado de capitais, a escritura de emissão obrigatoriamente indicará um agente fiduciário de debenturistas que os representará em todas as relações com a sociedade anônima. Agente fiduciário de debenturista pode ser pessoa física ou jurídica. Se for jurídica, deve ser uma instituição financeira. As debêntures podem ser convertidas em ações, a depender da escritura de emissão.

A nova redação do art. 59 da Lei n. 6.404/76, dada pela Lei n. 10.303/2001, prevê a possibilidade de, na companhia aberta, o conselho de administração, deliberar sobre a emissão de debêntures simples, não conversíveis em ações e sem garantia real. (§ 1.º do art. 59, da Lei 6.404/76).

Partes Beneficiárias

São valores mobiliários que conferem aos seus titulares direito de crédito eventual, consistente na participação nos lucros da sociedade anônima emitente. A Lei n. 10.303/2001, que modificou a Lei n. 6.404/76, **vedou às companhias abertas emitir partes beneficiárias** (§ único, do

art. 47). Nas S/As fechadas, além dessas duas hipóteses, também podem as partes beneficiárias ser atribuídas aos fundadores da companhia como remuneração por serviços prestados.

No máximo 10% dos lucros podem ser atribuídos às partes beneficiárias. As partes beneficiárias têm o prazo máximo de duração de 10 anos, exceto aquelas atribuídas às associações de empregados, que têm prazo de duração indeterminado.

Bônus de Subscrição

São valores mobiliários que conferem ao seu titular direito de preferência na subscrição de novas ações da companhia. **Só pode emitir bônus de subscrição a sociedade anônima de capital autorizado.**

Commercial Paper (nota promissória)

São valores mobiliários destinados à captação de recursos a curto prazo (30 a 180 dias). Se a intenção da sociedade anônima é conseguir recurso a longo prazo, emite debênture. Se for a curto prazo, emite *commercial paper*.

Constituição da sociedade anônima

1. CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE ANÔNIMA

A sociedade anônima aberta é constituída por subscrição pública. A sociedade anônima fechada tem sua constituição por subscrição privada.

Regras Comuns

- ▣ Necessidade de pluralidade de subscritores, pelo menos duas pessoas.
- Os subscritores devem integralizar, no mínimo, 10% do capital à vista. Se for o caso de instituição financeira, a integralização imediata deve ser de, no mínimo, 50%.

Processo da Subscrição Pública de uma Sociedade Anônima Aberta

- Registro na CVM.

Documentos necessários:

- a) estudo da viabilidade econômica do empreendimento;
- b) prospecto divulgando o investimento ao mercado;
- c) projeto do estatuto.
 - Colocação das ações junto ao investidor, o que se dará obrigatoriamente por intermédio de uma instituição financeira. No contrato de underwriting, a contratada será a instituição financeira.
- Assembléia de fundação

Os subscritores das ações votarão o estatuto, que será aprovado por deliberação de mais da metade do capital social.

Uma vez aprovado, o estatuto deve ser publicado e depois levado a arquivamento na junta comercial.

Na assembléia de fundação todos votam.

Regras para constituição de Sociedade Anônima Fechada

Os fundadores elaboram um projeto de estatuto que deve ser aprovado em uma assembléia de fundação.

Particularidade: é possível constituir uma sociedade anônima fechada por escritura pública desde que assinada por todos os subscritores.

2. ÓRGÃOS SOCIAIS

A estrutura organizacional de uma sociedade anônima pode ser formada por quatro órgãos distintos:

- Assembléia Geral;
- Conselho de Administração;
- Diretoria;
- Conselho Fiscal.

Assembléia Geral

É o órgão mais importante da sociedade anônima, possuindo um caráter exclusivamente deliberativo.

Participam da Assembléia Geral os acionistas com ou sem direito a voto, aqueles deliberam, estes podem discutir a matéria sujeita à deliberação, de acordo com o parágrafo único do art. 125, Lei das Sociedades Anônimas (direito de voz). Modalidades de Assembléia Geral:

- *Assembléia geral ordinária (AGO):* realiza-se obrigatoriamente nos quatro meses seguintes ao término de cada exercício social. Compete exclusivamente à assembléia geral ordinária deliberar sobre os assuntos previstos no art. 132 da Lei das Sociedades Anônimas cujo rol é taxativo, qualquer outra deliberação deverá ser objeto de assembléia geral extraordinária. Ex.: eleição de administradores, distribuição de lucros, aprovação das contas.
- *Assembléia geral extraordinária (AGE):* realiza-se sempre que necessária. Nela há deliberação acerca de todos os assuntos cuja competência não seja exclusiva da assembléia geral ordinária.

Obs.: é possível a realização concomitante de AGO e AGE.

Convocação de Assembléia Geral

A regra estabelece que a competência para convocar a Assembléia Geral é do Conselho de Administração. Caso não haja Conselho de Administração, a Assembléia Geral é convocada pela diretoria. Se, por alguma razão, a diretoria deixar de convocá-la, será convocada pelo Conselho Fiscal ou pelos acionistas.

A convocação da Assembléia Geral deve ser feita por anúncio a ser publicado na imprensa por três vezes. Entre a data da publicação do 1.º anúncio e a data da realização da Assembléia Geral, devem decorrer, no mínimo, oito dias, para as companhias fechadas e quinze dias, para as companhias abertas. Entre a data do anúncio da 2.ª convocação e a data da realização da Assembléia em 2.ª convocação, deve decorrer, no mínimo, cinco dias para as companhias fechadas e oito para as companhias abertas. A não observância desses prazos pode causar a declaração da nulidade da Assembléia Geral (a diferenciação do prazo mínimo para convocação entre as S/As abertas e fechadas foi trazida pela Lei n. 10.303/2001).

Exceção: a convocação prévia se torna desnecessária se estiverem presentes nas assembléias todos os acionistas (tanto os ordinaristas como os preferencialistas).

Se a S/A for fechada, a convocação pode se dar por carta (correspondência epistolar).

Em S/A aberta, nunca se admite a convocação por carta.

Quorum para instalação e deliberação da Assembléia Geral

Para que uma Assembléia Geral possa instalar-se, é necessária a presença de no mínimo $\frac{1}{4}$ do capital social votante.

Se o objeto da Assembléia Geral implicar alteração do estatuto, o *quorum* é elevado para $\frac{2}{3}$.

Em 2.^a convocação, a assembléia instala-se com qualquer número de acionistas presentes.

Para aprovação dos assuntos em Assembléia Geral, basta a aprovação da maioria simples dos presentes. Se o assunto a ser deliberado for algum daqueles previstos no art. 136 da Lei das Sociedades Anônimas, deve haver um *quorum* de deliberação qualificado, correspondendo a no mínimo 50% do total do capital social votante.

Ex.: fusão da companhia, incorporação de uma companhia em outra, dissolução da sociedade, cisão da companhia.

Para que as ações preferenciais possam ser alteradas, é necessária a prévia autorização ou uma ratificação por parte dos acionistas cujas ações foram afetadas em Assembléia Especial, salvo se já previstas ou autorizadas pelo Estatuto.

Conselho de Administração

É um órgão facultativo também de caráter deliberativo, constituído tão-somente por acionistas (pessoas físicas, em número mínimo de três). É obrigatório em 3 sociedades:

- a) sociedades anônimas abertas;
- b) sociedades de economia mista;
- c) sociedades anônimas de capital autorizado (quando o futuro aumento de capital está previamente autorizado pela Assembléia Geral).

Os membros do Conselho de Administração são eleitos pela Assembléia Geral. E seus poderes são previstos no estatuto. A nova redação do art. 140 da Lei n. 6.404/76 (dada pela Lei n. 10.303/2001), prevê que a escolha e substituição do presidente do conselho podem se dar pela assembléia ou pelo próprio Conselho, de acordo com o que restar estabelecido no Estatuto.

Diretoria

É o órgão de execução das deliberações da Assembléia Geral e do Conselho de Administração.

Os diretores, mínimo de dois, são eleitos pelo Conselho de Administração ou, na sua ausência, pela Assembléia Geral. Podem ser acionistas ou não.

O Enunciado n. 269 do TST estabelece que o empregado eleito para ocupar cargo de direção terá suspenso seu contrato de trabalho, salvo se houver subordinação (art. 3.º da CLT).

A diretoria pode ser composta por, no máximo, $\frac{1}{3}$ dos membros do Conselho de Administração.

Os membros do Conselho de Administração e da Diretoria são entendidos como administradores para todos os efeitos.

Conselho Fiscal

É um colegiado que se destina ao controle dos órgãos da administração, com o objetivo de proteger os interesses dos acionistas e da sociedade. É de existência obrigatória e funcionamento facultativo, sendo permanente tão-somente nas sociedades de economia mista.

A deliberação quanto ao funcionamento de Conselho Fiscal é tomada em Assembléia Geral, podendo ser Ordinária ou Extraordinária, independentemente da inclusão do assunto em pauta.

O *quorum* mínimo para instalação do Conselho Fiscal é de 10% das ações com voto e 5% das ações sem voto.

O Conselho Fiscal deve ser composto por no mínimo três e no máximo cinco pessoas físicas, acionistas ou não.

Os membros da administração e da diretoria não podem ser membros do Conselho Fiscal.

A nova redação do art. 165 da Lei n. 6.404/76, dada pela Lei n. 10.303/2001, prevê que a atuação do conselho fiscal deve se dar no exclusivo interesse da companhia. Nesse sentido o § 1.º, do art. 165: “Os membros do conselho fiscal deverão exercer suas funções no exclusivo interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o exercício da função com o fim de causar dano à companhia, ou aos seus acionistas ou administradores, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia, seus acionistas ou administradores”.

3. DEVERES DOS ADMINISTRADORES EM UMA SOCIEDADE ANÔNIMA

- Dever de diligência.
- Dever de lealdade.
- Dever de informar.

Dever de Diligência

Para cumprir o dever de diligência previsto no art. 153 da Lei das Sociedades Anônimas, o administrador empregará na condução dos negócios sociais as técnicas recomendadas pela ciência da Administração de Empresas.

Dever de Lealdade

Para cumprir o dever de lealdade previsto no art. 155, incs. I, II e III da Lei das Sociedades Anônimas, o administrador não poderá utilizar em benefício próprio informações que obteve acerca dos planos e interesses da companhia em razão do cargo que ocupa, podendo, inclusive, incorrer em crime de concorrência desleal (Lei de Propriedade Industrial, art.195, inc. XI, § 1.º).

Dever de Informar

Aplicado ao administrador de Sociedade Anônima aberta, encontra-se previsto no art. 157 da Lei das Sociedades Anônimas.

Para cumprir o dever de informar, o administrador deve imediatamente comunicar à Bolsa de Valores e à imprensa a ocorrência de qualquer fato que possa influenciar de modo ponderável, significativo, a decisão dos investidores de comprar ou vender valores mobiliários de emissão da companhia.

A bolsa de valores trabalha com o princípio da ampla informação – *full disclosure* -, tudo que acontece na companhia que seja importante deve ser comunicado à imprensa e à Bolsa de Valores. Ex.: uma companhia participou de uma licitação e ganhou, conseqüentemente, ocorrerá muita procura pelas suas ações, assim, o preço destas subirá. Um mês depois, porém, a administração cancela o contrato. Esse cancelamento deverá ser comunicado à Bolsa de Valores e à imprensa, pelos administradores da companhia.

4. RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADMINISTRADORES

A lei das sociedades anônimas prevê que os administradores serão responsabilizados em duas situações:

- a) quando agirem com dolo ou culpa, ainda que dentro de suas atribuições;
- b) quando agirem com violação à Lei ou ao estatuto.

Na primeira hipótese, trata-se de responsabilidade civil subjetiva.

Na segunda, existem duas correntes acerca da natureza da responsabilidade: uma entende que é o caso de responsabilidade objetiva, pouco importando a culpa (minoritária). Outra entende que

se trata de responsabilidade subjetiva, todavia com inversão do ônus da prova. Cabe ao administrador provar que não houve violação.

Os prejuízos causados pelos administradores são suportados pela companhia, tendo esta legitimidade para responsabilizá-los por não terem cumprido com seus deveres.

A prévia deliberação em Assembléia Geral é condição de procedibilidade da ação de responsabilização em face dos administradores.

Caso a Assembléia Geral decida pela responsabilização do administrador, este deverá ser substituído, devendo a ação ser proposta nos três meses seguintes. Decorrido esse período sem a propositura da ação, qualquer dos acionistas que detenha pelo menos 5% do capital social poderá fazê-lo isoladamente como substituto processual. O resultado da ação reverte em favor da sociedade.

Qualquer prejudicado pode ingressar diretamente em face do administrador com ação de indenização.

O Ministério Público poderá ingressar com ação civil pública em face do administrador que causar prejuízos no mercado de capitais.

5. DEVERES E DIREITOS DOS ACIONISTAS

Deveres

O dever principal é o de integralizar as ações subscritas. O acionista que não cumpre com esse dever será considerado remisso.

Diante de um acionista remisso, a sociedade anônima tem duas opções:

- poderá optar pela cobrança do valor a integralizar;
- poderá alienar as ações do remisso na Bolsa de Valores em leilão especial.
- Essas opções são válidas para sociedade anônima aberta ou fechada, e o que já foi integralizado pelo remisso será devolvido.

Direitos

- Direito de participação nos lucros e no acervo.
- Direito de fiscalização.
- Direito de preferência na subscrição de ações e certos valores mobiliários.
- Direito de retirada (recesso ou dissidência).

São direitos essenciais, portanto, não poderão ser suprimidos nem pelas Assembléias nem pelo estatuto da sociedade.

Obs.: existe uma posição doutrinária, minoritária, entendendo que esses direitos podem ser suprimidos.

Direito de participação nos lucros e no acervo

A participação nos lucros de uma S/A se dá por meio do pagamento de dividendos.

Cabe à Assembléia Geral Ordinária deliberar sobre a distribuição dos lucros.

A participação no acervo, como regra, se verifica quando a sociedade é extinta.

Exceções: é possível que o acionista participe do acervo durante a existência da sociedade:

- quando a sua ação é amortizada. Amortizar a ação corresponde ao adiantamento ao acionista do valor que ele receberia caso a sociedade fosse extinta;
- quando o acionista exerce o direito de retirada (recesso ou dissidência).

Como regra, o acionista participa do acervo de acordo com a sua participação acionária. É possível, entretanto, a criação de ações preferenciais que conferem aos seus titulares uma percentagem superior no acervo quando comparada à participação no capital da sociedade.

Ex.: sociedade anônima cujo estatuto consta que uma determinada classe de acionistas preferenciais terá uma percentagem a mais de 10%.

Direito de fiscalização da sociedade

O direito de fiscalização é bastante restrito em uma sociedade anônima. Limita-se às hipóteses legais:

- por meio do Conselho Fiscal. O funcionamento do Conselho Fiscal é facultativo, mas pode ser instalado a qualquer momento;
- acesso direto aos livros sociais. Nas sociedades anônimas, apenas podem ter acesso aos livros sociais acionistas que representem no mínimo 5% do capital social. Além disso, o acionista deve indicar o dispositivo legal ou estatutário violado;
- prestação de contas dos administradores;
- auditoria independente. É obrigatória nas sociedades anônimas abertas e facultativa para as fechadas.

Direito de preferência na subscrição de novas ações

Visa principalmente à manutenção da participação societária, além da manutenção do poder de controle.

Ex.: Acionista com 5% das ações, a empresa vai aumentar o capital social, tem direito de subscrever ações para manter os 5%.

O direito de preferência pode ser objeto de negociação. É possível transferi-lo a terceiro. Pode-se até mesmo vender o direito de preferência.

Direito de retirada (recesso ou dissidência)

O acionista pode se retirar da sociedade de duas formas:

- *alienação* – Realiza-se um negócio bilateral sem a participação da sociedade (contrato de compra e venda de ações). O valor da participação societária é o valor de mercado;
- *retirada* – não se faz acordo bilateral. Retirada é um direito, portanto, é um ato unilateral. Exige a participação da companhia (da sociedade). O valor que se paga não é o valor de mercado, mas sim o valor patrimonial. O direito de retirada (forma) encontra-se previsto no art. 137 da Lei das Sociedades Anônimas.

"Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas:

...

II – nos casos dos incisos IV e V o art. 136, não terá direito de retirada o titular de ação de espécie ou classe que tenha liquidez e dispersão no mercado, considerando-se haver:

a) liquidez, quando a espécie ou classe de ação, ou certificado que a represente, integre índice geral representativo de carteira de valores mobiliários admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários, no Brasil ou no exterior, definido pela Comissão de Valores Mobiliários; e

b) dispersão, quando o acionista controlador, a sociedade controladora ou outras sociedades sob seu controle detiverem menos da metade da espécie ou classe de ação;

III – no caso do inciso IX do art. 136, somente haverá direito de retirada se a cisão implicar:

- a) mudança do objeto social, salvo quando o patrimônio cindido for vertido para sociedade cuja atividade preponderante coincida com a decorrente do objeto social da sociedade cindida;
- b) redução do dividendo obrigatório; ou
- c) participação em grupo de sociedades;

IV – o reembolso da ação deve ser reclamado à companhia no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da ata da assembléia-geral;

V – o prazo para o dissidente de deliberação de assembléia especial (art. 136, § 1.º) será contado da publicação da respectiva ata;

VI – o pagamento do reembolso somente poderá ser exigido após a observância do disposto no § 3.º e, se for o caso, da ratificação da deliberação pela assembléia-geral.

...

§ 2.º O direito de reembolso poderá ser exercido no prazo previsto nos incisos IV ou V do *caput* deste artigo, conforme o caso, ainda que o titular das ações tenha se absterido de votar contra a deliberação ou não tenha comparecido à assembléia.

§ 3.º Nos 10 (dez) dias subseqüentes ao término do prazo de que tratam os incisos IV e V do *caput* deste artigo, conforme o caso, contado da publicação da ata da assembléia-geral ou da assembléia especial que ratificar a deliberação, é facultado aos órgãos da administração convocar a assembléia-geral para ratificar ou reconsiderar a deliberação, se entenderem que o pagamento do preço do reembolso das ações aos acionistas dissidentes que exerceram o direito de retirada porá em risco a estabilidade financeira da empresa.”

As sociedades anônimas são sociedades institucionais. É possível a venda das ações para qualquer pessoa, basta o contrato de compra e venda e o registro no livro da empresa.

Hipóteses em que cabe a retirada nas sociedades anônimas (hipóteses dos incs. I a VI e IX do art. 136):

a) Criação de ações preferenciais ou aumento das classes existentes

Se foi realizada Assembléia Geral e ficou decidido nessa assembléia o aumento das ações preferencialistas, os acionistas ordinaristas podem se retirar.

Os preferencialistas não afetados não exercerão o direito de retirada.

b) Alteração nas preferências ou vantagens das ações preferenciais

Ex.: Acionista que comprou ação preferencial da classe Y, porque receberia 10%; se a porcentagem baixar para 7%, pode se retirar.

Para que seja exercido o direito de retirada neste caso, a deliberação já deve ter sido tomada em Assembléia Geral e Assembléia de preferencialistas.

c) Redução do dividendo obrigatório

d) Caso de fusão, cisão, incorporação ou participação em grupo de sociedades

É importante notar que a Lei n. 10.303/2001 trouxe de volta a possibilidade do exercício do direito de retirada em caso de cisão.

e) Alteração do objeto social da sociedade

Não cabe a retirada se as alterações forem essenciais para efeitos de concorrência.

f) Hipótese de transformação da sociedade anônima em tipo societário distinto

g) No caso de desapropriação do controle da sociedade

O Estado pode desapropriar o controle da sociedade anônima, transformando-a em sociedade de economia mista.

Quando o acionista se retira da sociedade, recebe um reembolso do valor de suas ações, que tem como base o patrimônio líquido da sociedade.

Existe uma tendência de que o valor a ser pago como retirada corresponde ao valor econômico da sociedade (tem de estar previsto no estatuto). O valor econômico leva em conta a perspectiva de crescimento da sociedade.

6. DIREITO DE VOTO

Não é essencial, pode ser suprimido pelo estatuto em duas hipóteses: ações preferenciais e acionista em mora.

As ações preferenciais normalmente não votam, mas situações excepcionais permitem o direito de votar. Ex.: Assembléia de Constituição; se em três exercícios seguidos não se deliberarem os lucros; se a sociedade resolver fechar o seu capital.

Cada ação confere, em regra, um voto nas Assembléias Gerais. É possível o chamado “voto múltiplo” para eleição de membros do Conselho de Administração. O voto múltiplo ocorre quando cada ação confere tantos votos quantos forem os membros do Conselho de Administração.

A Lei das Sociedades Anônimas reprime, proíbe, o voto irregular. Há duas espécies de voto irregular:

- *voto abusivo*: é aquele com o qual o acionista tem a intenção de causar dano à sociedade ou aos demais acionistas;
- *voto conflitante*: é aquele emitido por acionista que tem um interesse pessoal incompatível com o interesse da sociedade. Ex.: o administrador acionista não pode votar sua própria conta.

Nas duas hipóteses, haverá responsabilização civil do acionista.

Se o voto foi abusivo, a Assembléia Geral não será nula. O voto abusivo não causa a invalidação da Assembléia.

O voto conflitante pode causar a invalidade da Assembléia, caso o resultado fosse distinto na hipótese de abstenção.

7. ACORDO DE ACIONISTAS

É um contrato que se realiza entre acionistas com o objetivo de estabilizar as relações na companhia.

Basicamente, o acordo de acionistas pode ter por objetivo:

- poder de controle;
- alienação de ações.

Poder de Controle

Detém o controle de uma sociedade anônima o acionista ou grupo de acionistas que tiver o poder de comandar a sociedade, elegendo seus administradores e determinando as linhas básicas de atuação desta.

Esse poder de controle ocorre na Assembléia Geral Ordinária.

O controlador de uma S/A responde pelos atos que praticar de forma abusiva.

A Lei das Sociedades Anônimas descreve as hipóteses em que se verifica o exercício abusivo do poder de controle (art. 117 da Lei das Sociedades Anônimas). Ex.: Diretor que se aproveita do cargo para auferir vantagens pessoais.

Alienação de Ações

O acordo de acionista que tem por objeto alienação de ações poderá dispor sobre restrições quanto a alienações dessas.

P.: É possível restrição à transferência de ações em sociedade anônima?

R.: Na *sociedade anônima aberta* não pode haver restrição, exceção: pode-se restringir a circulação de ações que estejam vinculadas em acordo de acionistas. Em *sociedade anônima fechada* é permitida tal restrição.

O acordo de acionistas deve estar registrado nos livros da sociedade anônima para que gere efeitos em relação à sociedade.

8. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

É uma sociedade anônima cujo controle está nas mãos do Poder Público, que detém a parte majoritária do capital social.

Para a constituição de uma sociedade de economia mista, é necessária a existência de prévia autorização legal.

A particularidade deste tipo societário é a possibilidade de diminuição global do lucro líquido da sociedade, em virtude da realização do bem comum que inspirou a sua constituição.

Obrigatoriamente, uma sociedade de economia mista apresenta Conselho de Administração e Conselho Fiscal em funcionamento.

O art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas, que previa que as sociedades de economia mista não se sujeitavam à falência foi revogado pela Lei n. 10.303/2001.

9. TRANSFORMAÇÃO, INCORPORAÇÃO, FUSÃO E CISÃO

Transformação

Ocorre quando uma sociedade comercial altera o seu tipo societário.

A transformação não afeta a pessoa jurídica, esta permanece intacta: mesmo capital social, mesmo ativo, mesmo passivo, etc.

Na transformação, altera-se a “roupagem jurídica”.

Consequências:

- alteração na responsabilidade dos sócios. A transformação depende da anuência de todos os sócios, a não ser que o estatuto a autorize por deliberação majoritária. (neste caso, os dissidentes terão direito de retirada, recesso ou dissidência);
- pode alterar o direito dos credores. A lei dispõe que os créditos que tiverem origem anterior à transformação continuarão com todas as suas prerrogativas preexistentes, no que se refere à solvabilidade.

Comerciante individual não se *transforma* em sociedade comercial. Deve instituir uma sociedade segundo as regras de constituição.

Incorporação

Tanto na incorporação como na fusão, verifica-se o fenômeno da concentração de empresas.

Na incorporação, uma sociedade que se denomina incorporadora absorve outra (s) sociedade (s), que se denominam incorporadas, sendo que a incorporadora remanesce e as incorporadas se extinguem.

A sociedade incorporadora é sucessora universal de todos os direitos e deveres das incorporadas.

Fusão

Duas ou mais sociedades se extinguem para que, da conjugação de seus patrimônios, surja uma nova sociedade.

A sociedade resultante da fusão é sucessora universal de todos os direitos e deveres das fusionadas.

As companhias fusionadas se extinguem sem liquidação, porque são absorvidas pela fusão.

O documento que viabiliza a operação é o protocolo; é uma espécie de pré-contrato das sociedades que fazem parte da operação (fusão, cisão, incorporação) – art. 226 da Lei das Sociedades por Ações.

O protocolo só vincula as companhias a partir do momento em que é aprovado pelas Assembléias Gerais das sociedades envolvidas.

Cisão

Na cisão, a sociedade se subdivide total ou parcialmente, sendo que parcela de seu patrimônio é vertida para outra ou outras sociedades pré-constituídas ou constituídas para este fim.

As sociedades em favor das quais foi vertido o patrimônio são solidariamente responsáveis pelas obrigações da sociedade cindida.

A sociedade cindida extingue-se, mas não se liquida.

Se a sociedade cindida não se extingue, o protocolo poderá especificar quais obrigações continuam sob sua responsabilidade.

O credor poderá, todavia, impugnar a destinação de seu crédito em 90 dias.

10. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Lei n. 10.303, de 31.10.2001 trouxe importantes modificações à Lei das Sociedades Anônimas. Além das mudanças salientadas neste módulo e no anterior destaca-se ainda:

- *§ 4.º do art. 4.º*: prevendo que em caso de fechamento de capital deverá haver oferta pública para a aquisição da totalidade das ações em circulação no mercado, por preço justo, estabelece referido artigo: “O registro de companhia aberta para negociação de ações no mercado somente poderá ser cancelado se a companhia emissora de ações, o acionista controlador ou a sociedade que a controle, direta ou indiretamente, formular oferta pública para adquirir a totalidade das ações em circulação no mercado, por preço justo, ao menos igual ao valor de avaliação da companhia, apurado com base nos critérios, adotados de forma isolada ou combinada, de patrimônio líquido contábil, de patrimônio líquido avaliado a preço de mercado, de fluxo de caixa descontado, de comparação por múltiplos, de cotação das ações no mercado de valores mobiliários, ou com base em outro critério aceito pela Comissão de Valores Mobiliários, assegurada a revisão do valor da oferta, em conformidade com o disposto no art. 4.º-A.”.
- *inclusão do art. 4.º-A*: regula a convocação de Assembléia Especial para deliberar sobre a nova avaliação para os fins de valor de compra previsto no § 4.º do art. 4.º (fechamento de capital), “Na companhia aberta, os titulares de, no mínimo, 10% (dez por cento) das ações em circulação no mercado poderão requerer aos administradores da companhia que convoquem assembléia especial dos acionistas titulares de ações em circulação no mercado, para deliberar sobre a realização de nova avaliação pelo mesmo ou por outro critério, para efeito de determinação do valor de avaliação da companhia, referido no § 4.º do art. 4.º (...).”.
- *inclusão do art. 116 e 165 A*: prevê a obrigação de informar a posição acionária para acionista controlador ou acionista que tenha eleito membro do conselho de administração ou do conselho fiscal ou para membros do conselho fiscal.

“Art. 116-A. O acionista controlador da companhia aberta e os acionistas, ou grupo de acionistas, que elegerem membro do conselho de administração ou membro do conselho fiscal, deverão informar imediatamente as modificações em sua posição acionária na companhia à Comissão de Valores e às Bolsas de Valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação, nas condições e na forma determinadas pela Comissão de Valores Mobiliários.”

“Art. 165-A. Os membros do conselho fiscal da companhia aberta deverão informar imediatamente as modificações em suas posições acionárias na companhia à Comissão de Valores Mobiliários e às Bolsas de Valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação, nas condições e na forma determinadas pela Comissão de valores Mobiliários.”

- *Inclusão do art. 254-A:* trata do “*tag along*”, ou seja, da obrigação de estender aos minoritários com direito de voto o direito de transferência das suas ações por, pelo menos, 80% do que foi oferecido aos titulares de ações que compõem o controle, em caso de alienação direta ou indireta do controle da companhia aberta.

“Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.

§ 1.º Entende-se como alienação de controle a transferência, de forma direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade.

§ 2.º A Comissão de Valores Mobiliários autorizará a alienação de controle de que trata o *caput*, desde que verificado que as condições da oferta pública atendem aos requisitos legais.

§ 3.º Compete à Comissão de Valores Mobiliários estabelecer normas a serem observadas na oferta pública de que trata o *caput*.

§ 4.º O adquirente do controle acionário de companhia aberta poderá oferecer aos acionistas minoritários opção de permanecer na companhia, mediante o pagamento de um prêmio equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago por ação integrante do bloco de controle.

§ 5.º (VETADO)”

- As regras de transição e a “*vacatio legis*”, estão previstas nos arts. 6.º, 8.º e 9.º da Lei n. 10.303/2001.

“Art. 6.º As companhias existentes deverão proceder à adaptação do seu estatuto aos preceitos desta Lei no prazo de 1 (um) ano, a contar da data em que esta entrar em vigor, devendo, para este fim, ser convocada assembléia-geral dos acionistas.

Art. 8.º A alteração de direitos conferidos às ações existentes em decorrência de adequação a esta Lei não confere o direito de recesso de que trata o art. 137 da Lei n. 6.404, de 1976, se efetivada até o término do ano de 2002.

§ 1.º A proporção prevista no § 2.º do art. 15 da Lei n. 6.404, de 1976, será aplicada de acordo com o seguinte critério:

I – imediatamente às companhias novas;

II – às companhias fechadas existentes, no momento em que decidirem abrir o seu capital; e

III – as companhias abertas existentes poderão manter proporção de até dois terços de ações preferenciais, em relação ao total de ações emitidas, inclusive em relação a novas emissões de ações.

§ 2.º Nas emissões de ações ordinárias por companhias abertas que optarem por se adaptar ao disposto no art. 15, § 2.º, da Lei n. 6.404, de 1976, com a redação que lhe é conferida por esta Lei, poderá não ser estendido aos acionistas titulares de ações preferenciais, a critério da companhia, o direito de preferência a que se refere o art. 171, § 1.º, aliena *b*, da Lei n. 6.404, de 1976. uma vez reduzido o percentual de participação em ações preferenciais, não mais será lícito à companhia elevá-lo além do limite atingido.

§ 3.º As companhias abertas somente poderão emitir novas ações preferenciais com observância do disposto no art. 17, § 1.º, da Lei n. 6.404, de 1976, com a redação dada por esta Lei,

devendo os respectivos estatutos ser adaptados ao referido dispositivo legal no prazo de 1 (um) ano, após a data de entrada em vigor desta Lei.

§ 4.º Até a assembleia-geral ordinária que se reunir para aprovar as demonstrações financeiras do exercício de 2004, inclusive, o conselheiro eleito na forma do § 4.º, inciso II, ou do § 5.º do art. 141 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, será escolhido em lista tríplice elaborada pelo acionista controlador; e, a partir da assembleia-geral ordinária de 2006, o referido conselheiro será eleito nos termos desta Lei, independentemente do mandato do conselheiro a ser substituído.

Art. 9.º Esta Lei entra em vigor após decorridos 120 (cento e vinte) dias de sua publicação oficial, aplicando-se, todavia, a partir da data de publicação, às companhias que se constituírem a partir dessa data.”

