

CADERNOS
DA **ESMESC**

DIREITO Moacir José Serpa
EMPRESARIAL

coordenação

Eduardo Passold Reis
Jéssica Gonçalves

 **emais**
editora

ESMESC

**CADERNOS
DA ESMESC**

DIREITO Moacir José Serpa
EMPRESARIAL

**CADERNOS
DA ESMESC**

DIREITO Moacir José Serpa
EMPRESARIAL

coordenação

Eduardo Passold Reis
Jéssica Gonçalves

 **emais** editora **ESMESC**

2022

Copyright © emais editora, 2022

Todos os direitos reservados.

Editora-Chefe: Jéssica Gonçalves

Design Editorial: Laura Pra Baldi de Freitas

Preparação de Texto: Deborah Cristina Amorim

Coordenação da coleção: Eduardo Passold Reis e Jéssica Gonçalves

**CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ**

S495c

Serpa, Moacir José

Direito empresarial [recurso eletrônico] / Moacir José Serpa ; coordenação
Eduardo Passold Reis, Jéssica Gonçalves. - 2. ed. - Florianópolis [SC] : Emais,
recurso digital ; 0874 MB (Cadernos da ESMESC) 2022.

Formato: epdf

Requisitos do sistema: adobe acrobat reader

Modo de acesso: world wide web

ISBN 978-65-85073-15-8 (recurso eletrônico)

1. Direito empresarial - Brasil. 2. Livros eletrônicos. I. Reis, Eduardo Passold. II. Gonçalves, Jéssica. III. Título. IV. Série.

22-80977

CDU: 347.7(81)



Meri Gleice Rodrigues de Souza - Bibliotecária - CRB-7/6439

Todos os direitos desta edição reservados à emais

www.emaiseditora.com.br

euquero@emaiseditora.com.br

Florianópolis/SC

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	13
CAPÍTULO 1	
INTRODUÇÃO AO DIREITO EMPRESARIAL	14
1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO COMERCIAL	14
1.2 COMÉRCIO	15
1.3 AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL	15
1.4 DIREITO COMERCIAL	17
1.5 TEORIA DOS ATOS DE COMÉRCIO E TEORIA DA EMPRESA	18
1.5.1 Teoria dos Atos de Comércio	18
1.5.2 Teoria da Empresa	19
1.6 EFEITOS DA ENTRADA EM VIGOR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	20
CAPÍTULO 2	
O EMPRESÁRIO	22
2.1 CONCEITO DE EMPRESÁRIO	22
2.1.1 Empresário Individual	24
2.1.2 Sociedade limitada unipessoal (SLU)	25
2.1.3 Empresário Rural	27
2.1.4 Sociedade Empresária	28
2.2 EMPRESÁRIO CASADO	30
2.3 ATIVIDADES NÃO EMPRESÁRIAS: SOCIEDADES SIMPLES	31
2.4 REQUISITOS PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL	32
2.5 OBRIGAÇÕES DO EMPRESÁRIO	34

CAPÍTULO 3	
ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL	36
3.1 ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL – CONCEITO	36
3.1.1 Natureza Jurídica	39
3.1.2 Trespasse	40
CAPÍTULO 4	
DIREITO SOCIETÁRIO: DO DIREITO DE EMPRESA	42
4.1 SOCIEDADE	42
4.2 PERSONALIDADE JURÍDICA – PERSONALIZAÇÃO	44
4.3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	47
4.3.1 Lei Anticorrupção da Empresa	51
4.3.2 Sociedade Nacional e Sociedade Estrangeira	52
4.3.3 Sociedade entre cônjuges	52
4.4 SOCIEDADES NÃO PERSONIFICADAS (ART. 986 A 990 DO CC)	53
4.4.1 Sociedade em Comum (art. 986 a 990 do Código Civil)	54
4.4.2 Sociedade em Conta de Participação (art. 991 a 996 do Código Civil)	55
4.5 SOCIEDADES PERSONIFICADAS (ART. 997 E SEGUINTE DO CÓDIGO CIVIL)	57
4.5.1 Sociedade Simples (Antigas Sociedades Cíveis)	58
4.5.1.1 Dos Direitos e das Obrigações dos Sócios - Sociedades Simples	59
CAPÍTULO 5	
TIPOS DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS (ANTIGAS SOCIEDADES COMERCIAIS)	61
5.1 CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS	61
5.1.1 De acordo com a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais	61

5.1.2 Quanto ao regime de constituição e dissolução	62
5.1.3 Quanto às condições de alienação da participação societária	62
5.2 TIPOS DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS (ARTS. 1.039 E 1.092 DDO CÓDIGO CMIL)	63
5.2.1 Sociedade em Nome Coletivo (art. 1.039 a 1.044 do CC/2002)	63
5.2.2 Sociedade em Comandita Simples (art. 1.045 a 1.051 do CC/2002)	64
5.2.3 Sociedade Limitada (art. 1.052 a 1.087 do CC/2002)	65
5.2.3.1 Previsão Legal	65
5.2.3.2 Características	65
5.2.4 Sociedade Anônima	70
5.2.4.1 Previsão Legal	70
5.2.4.2 Características	72
5.2.4.3 Classificação das Sociedades Anônimas	72
5.2.4.4 Capital Social e Ações	73
5.2.4.5 Acionistas	76
5.2.4.6 Valores Mobiliários	76
5.2.4.6.1 Partes Beneficiárias (arts. 46 a 50 da LSA)	77
5.2.4.6.2 Debêntures (arts. 52 a 74 da LSA)	77
5.2.4.6.3 Bônus de Subscrição (arts. 75 a 79 da LSA)	77
5.2.4.6.4 Commercial papers	77
5.2.4.7 Órgãos da Sociedade Anônima	78
5.2.4.7.1 Assembleia Geral	78
5.2.4.7.2 Da Administração: Conselhos de Administração e Diretoria (art. 138 da LSA)	79
5.2.4.7.3 Conselho Fiscal (art. 161 da LSA)	79
5.2.4.8 Direitos Essenciais dos Acionistas	80
5.2.4.9 Sociedade de Economia Mista (art. 235 a 242 da LSA)	80

5.2.5 Sociedade em Comandita por Ações (arts. 280 a 284 da LSA e arts. 1.090 a 1.092 do CC/2002)	81
5.2.6 Sociedade Cooperativa	82
CAPÍTULO 6 SOCIEDADES COLIGADAS, CONTROLADO- RAS E CONTROLADAS (art. 242 da LSA e art. 1.097 a 1.101 do CC)	83
CAPÍTULO 7 SOCIEDADE SUBSIDIÁRIA INTEGRAL (art. 251 da LSA) E CONSÓRCIO (art. da LSA)	85
CAPÍTULO 8 CONSÓRCIO (arts. 278 e 279 da LSA)	86
CAPÍTULO 9 DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADES (arts. 1.033 a 1.038 do CC/2002 e arts. 206 a 219 da LSA)	87
9.1 PARTES DO PROCESSO DE DISSOLUÇÃO	88
9.1.1 Liquidação	88
9.1.2 Partilha	89
9.1.3 Extinção	89
CAPÍTULO 10 REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA (arts. 1.113 a 1.122 do CC/2002 e arts. 220 a 234 da LSA)	90
10.1 TRANSFORMAÇÃO (ARTS. 1.113 A 1.115 DO CC/2002 E ARTS. 220 A 223 DA LSA)	90
10.2 INCORPORAÇÃO (ARTS. 1.116 A 1.118 DO CC/2002 E ART. 227 DA LSA)	91
10.3 FUSÃO (ARTS. 1.119 A 1.121 DO CC/2002 E ART. 228 DA LSA)	91
10.4 CISÃO (ART. 229 DA LSA)	91
CAPÍTULO 11 TÍTULOS DE CRÉDITO	93
11.1 TÍTULOS DE CRÉDITO	93
11.1.1 Previsão Legal	94
11.1.2 Conceito	95

11.1.3 Classificação dos Títulos de Crédito	97
11.1.3.1 Quanto aos Negócios de Origem (Hipótese de Emissão)	97
11.1.3.2 Quanto ao Modo de Circulação	97
11.1.3.3 Quanto ao modelo	98
11.1.3.4 Quanto à Tipicidade	99
11.1.3.5 Quanto ao Órgão Emissor	99
11.2 CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO CAMBIÁRIO - ATOS CAMBIÁRIOS	99
11.2.1 Modalidades de endosso	100
11.3 LETRA DE CÂMBIO	105
11.4 REGIME JURÍDICO	105
11.4.1 Conceito	106
11.4.2 Partes Intervenientes (relação triangular)	106
11.4.3 Formação da Letra de Câmbio	106
11.4.4 Requisitos Legais	106
11.4.5 Vencimento da Letra de Câmbio	107
11.4.6 Aceite na Letra de Câmbio	108
11.4.7 Aval na Letra de Câmbio	109
11.4.8 Pagamento da Letra de Câmbio	109
11.4.9 Protesto na Letra de Câmbio	109
11.4.10 Prescrição da Letra de Câmbio	110
11.5 NOTA PROMISSÓRIA	110
11.5.1 Regime Jurídico	111
11.5.2 Conceito	111
11.5.3 Partes Intervenientes	111
11.5.4 Requisitos Legais:	112
11.5.5 Vencimento da Nota Promissória	112
11.5.6 Aceite na Nota Promissória	112
11.5.7 Pagamento da Nota Promissória	113
11.5.8 Endosso na Nota Promissória	113
11.5.9 Aval na Nota Promissória	113
11.5.10 Protesto por Falta ou Recusa do Pagamento na Nota Promissória	114

11.5.11 Prescrição da Nota Promissória	114
11.5.12 Nota Promissória Vinculada a Contrato	114
11.6 CHEQUE	115
11.6.1 Regime Jurídico	115
11.6.2 Conceito	115
11.6.3 Partes Intervenientes	116
11.6.4 Requisitos Legais:	117
11.6.5 Vencimento do Cheque	117
11.6.6 Aceite no Cheque	117
11.6.7 Prazo de Apresentação e Pagamento	118
11.6.8 Protesto de Cheque	119
11.6.9 Endosso em Cheque	119
11.6.10 Aval de Cheque	119
11.6.11 Prescrição do Cheque	120
11.6.12 Sustação do Cheque	120
11.6.13 Modalidades de Cheque	121
11.7 DUPLICATA MERCANTIL	125
11.7.1 Legislação Aplicável	126
11.7.2 Conceito	126
11.7.3 Partes Intervenientes	127
11.7.4 Requisitos Legais	127
11.7.4.1 Aceite da Duplicata	128
11.7.4.2 Vencimento e Pagamento da Duplicata	129
11.7.4.3 Protesto na Duplicata	129
11.7.4.4 Perda ou Extravio da Duplicata	130
11.7.4.5 Prescrição da Duplicata	130
11.7.4.6 Duplicatas Virtuais	130
11.7.4.7 Ações Executivas Cambiais e Prescrição	132
11.8 TÍTULOS DE CRÉDITO ELETRÔNICOS	132
CAPÍTULO 12	
RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL, RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA DA EMPRESA	134

12.1 RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL DA EMPRESA	136
12.2 RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA	139
12.2.1 Plano de Recuperação Judicial para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte	144
12.2.2 Convolução da Recuperação Judicial em Falência	146
12.2.3 Conclusão da Recuperação Judicial	146
12.3 FALÊNCIADO DEVEDOR	147
12.3.1 Conceito de Falência	149
12.3.2 Causas da Falência (art. 94 da Lei Falimentar)	151
12.3.3 Processo Falimentar	151
12.3.4 Pedido de Falência	152
12.3.5 Da Defesa do Devedor	153
12.3.6 Sentença Declaratória da Falência (art.99 da LF)	154
12.3.7 Sentença Denegatória da Falência	155
12.3.8 Atos Ineficazes e Atos Revogáveis	156
12.3.9 Órgãos Específicos na Falência	157
12.3.10 Apuração do Ativo da Massa Falida	157
12.3.11 Habilitação e Classificação dos Créditos	158
12.3.12 Liquidação do Processo Falimentar	159
12.3.13 Realização do Ativo	159
12.3.14 Pagamento do Passivo	160
12.3.15 Encerramento da Falência e Extinção das Obrigações do Falido	161
CONSIDERAÇÕES FINAIS	163
REFERÊNCIAS	164

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com o advento do Código Civil de 2002, que revogou parte do Código Comercial de 1850, houve uma mudança substancial na legislação comercial brasileira que passou a utilizar a expressão “Direito Empresarial”, em substituição ao até então chamado “Direito Comercial”.

Todavia, deve-se entender que na sua essência o Direito Empresarial, cujo ramo é de direito privado, é igual ao Direito Comercial, porém, tratado no Código Civil de uma forma mais ampla e moderna.

Fala-se de um Direito Empresarial alicerçado na Teoria dos Atos de Empresa, enquanto o Direito Comercial tinha as suas bases na Teoria dos Atos de Comércio.

Baseado nessas premissas, apresenta-se um estudo sobre a teoria geral do direito empresarial e do direito societário, bem como, a respeito do direito cambiário e direito falimentar, sobretudo, acerca das mais recentes alterações legislativas.

Ressaltam-se como principais alterações legislativas: a) a Lei nº 13.874, de 20.09.2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, dando origem a Sociedade Limitada Unipessoal (SLU); b) a Lei n. 14.195, de 26.08.2021, que dispõe sobre a facilitação para abertura de empresas; c) a Lei n. 14.382, de 27.06.2022, que, dentre outras determinações, revogou o artigo 980-A que disciplinava a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI; d) a Lei 14.112, de 24.12.2020, que alterou, substancialmente a Lei n. 11.101, de 09.02.2005, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária.

INTRODUÇÃO AO DIREITO EMPRESARIAL

Depois de muitas tentativas a fim de reunir, num mesmo diploma legal, a matéria de Direito Comercial e a de Direito Civil, quando do advento da Lei n. 10.406, de 10.01.2002 – Código Civil, e não tendo êxito, surgiu, no Brasil, uma nova concepção das normas comerciais por meio da Teoria dos Atos de Empresa e, conseqüentemente, a mudança do nome para Direito Empresarial.

1.1 Considerações gerais – evolução histórica do direito comercial

Historicamente, constata-se que o Direito Comercial, como qualquer outro ramo do Direito, decorreu, acima de tudo, de um fato social, desenvolvido no terreno social, e teve a sua base histórica alicerçada nos usos, nos costumes e na própria organização política dos Estados.

Dessa forma, o comércio é uma das mais antigas atividades exercidas pelo homem sobre a face da Terra. Desde os primórdios das civilizações, ele vem criando e destruindo nações e impérios e tem permanecido por trás das principais guerras. Por outro lado, deve-se ressaltar também que o comércio é um meio propulsor do desenvolvimento científico e tecnológico, além de se constituir, com certeza, em um elemento agregador de culturas.

Em uma análise histórica do Direito Comercial, constatou-se que esse não se formou em uma só época nem no meio de um só povo, mas sim foi fruto da cooperação de todos os povos em épocas diferentes.

Para que se possa ter uma melhor noção da fundamentação do Direito Comercial, mister se faz que se comente, embora rapidamente, o significado de comércio.

1.2 Comércio

O conceito clássico de comércio, segundo Rubens Requião, “[...] é o complexo de atos de intromissão entre o produtor e o consumidor, que, exercidos habitualmente e com fim de lucro, realizam, promovem ou facilitam a circulação dos produtos da natureza e da indústria, para tornar mais fácil e pronta a procura e a oferta”.¹

Assim, resumidamente, comércio:

- é uma atividade tipicamente social;
- exige a interação entre as partes envolvidas; e
- é sinônimo de socialização, civilização e vida em sociedade.

O comerciante e a sociedade comercial, durante muitos anos, tiveram por base a classificação formal dos atos por eles praticados. Exemplo: compra e venda com finalidade de revenda, atividades bancárias e industriais, seguros etc., aqueles chamados atos de comércio, cuja existência era justificada pela Teoria dos Atos de Comércio, originada no Direito Francês, mais notadamente no Código Napoleônico de 1807, tendo como epicentro a pessoa que os praticava.

1.3 Autonomia do direito comercial

Dada a especificidade de suas normas, o Direito Comercial sempre foi visto de forma autônoma em relação ao Direito Civil, não obstante serem ambos ramos do Direito Privado.

Resumidamente, seguem as informações pertinentes ao Direito Comercial desde as tentativas de unificação do Direito Comercial com o Direito Civil, no final do século XIX e início do século XX.

Em 1912, o comercialista Inglês de Souza organizou um Projeto de Código Comercial, posteriormente convertido em Projeto do Código de Direito Privado, que previa a unificação desses dois ramos do Direito.

1. REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. Vol. 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 5.

Nesse momento, surgiram juristas e doutrinadores favoráveis à unificação por meio da Teoria da Empresa, com origem no Código Civil Italiano de 1942. Segundo Marcelo M Bertoldi,

Este Código deixa de lado a figura tradicional do comerciante e se preocupa em definir, em ser art. 2.082, o empresário como ‘aquele que exercita profissionalmente uma atividade econômica organizada com o fim da produção ou da troca de bens ou de serviços’. A amplitude do direito comercial passa a ser medida através da identificação da atividade desenvolvida por uma organização empresarial.²

Desse modo, a Teoria da Empresa está baseada na atividade econômica exercida de forma organizada por determinado indivíduo (pessoa física ou jurídica).

Para Marlon Tomazette:

A autonomia do direito empresarial se reflete no seu âmbito de incidência. A partir do conceito de empresa é que se define o âmbito do chamado direito empresarial, isto é, a partir dessa noção é possível determinar quais estão sujeitos ou não ao direito empresarial. O âmbito do direito empresarial não é mais definido pelos atos de comércio isolados, ou pela qualidade isolada do comerciante, mas pela ‘atividade econômica organizada sob a forma de empresa e exercida pelo empresário’ ou, como preferem alguns, pelo mundo dos negócios.³

No Brasil, a pretendida unificação não se concretizou como se imaginava. Ocorreu, sim, uma mera reunião de normas distintas do Direito Comercial e do Direito Civil em um único Código. A edição do atual Código Civil (Lei nº 10.406, de 11.01.2002) também representou uma antiga tentativa de unificação, porém, como se denota, conteúdos

2. BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 33.

3. TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 64.

de Direito Comercial foram incluídos no Código Civil, momento em que o Direito Comercial passou por algumas alterações. Ressalta-se, talvez como a principal alteração, o desaparecimento das figuras do comerciante e da sociedade comercial, surgindo, assim, o empresário e a sociedade empresária.

1.4 Direito comercial

Direito Comercial “é 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”.⁴

Portanto, fica claro que Direito Comercial é o conjunto das normas jurídicas reguladoras do comércio e que tem como características principais:

a. **simplicidade ou informalismo**: o Direito Comercial possui caráter mais dinâmico e apresenta menor formalismo do que o Direito Civil. Essa agilidade está relacionada à ausência de formalismo nas transações mercantis;

b. **cosmopolitismo**: a prática comercial consubstancia-se na necessidade de intercâmbio entre os povos. Por conta dessa característica, existem os tratados internacionais, que têm por objetivo principal uniformizar as práticas comerciais entre os povos;

c. **onerosidade**: por se tratar de prática mercantil, vislumbra-se sempre, nos atos de comércio o objetivo econômico e especulativo, ou seja, o lucro é elemento primordial na prática de ato comercial. Nas regras destinadas a regular a atividade comercial não existe ato mercantil gratuito;

d. **elasticidade**: tem caráter muito mais renovador e dinâmico que o Direito Civil; e

e. **fragmentarismo**: decorre do fato de o Direito Comercial apresentar-se subdividido em diversos segmentos, com características peculiares, e por se tratar de um ramo do Direito composto de várias normas jurídicas.

4. BORGES, José Eunápio. **Curso de direito terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 13.

1.5 Teoria dos atos de comércio e Teoria da empresa

1.5.1 Teoria dos Atos de Comércio

A doutrina afirma que, numa primeira fase, o Direito Comercial era o direito dos comerciantes. Com o passar do tempo, os comerciantes iniciaram a prática de atos acessórios, que surgiram relacionados à atividade comercial, mas logo se tornaram autônomos (títulos de créditos) e foram utilizados, inclusive, por quem não era comerciante.

Assim, já não era suficiente a concepção de Direito Comercial como direito dos comerciantes. Era necessário, portanto, estender seu âmbito de aplicação para disciplinar as relações que não envolviam comerciantes. Desenvolve-se, a partir desse momento, o sistema subjetivista, o qual desloca o centro do Direito Comercial para os chamados atos de comércio. Tal sistema foi adotado pelo Código Comercial Napoleônico de 1850, posteriormente completado pelo Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850.

O Código Comercial (Lei nº 556, de 25.06.1850) tinha por fundamento a Teoria dos Atos de Comércio, fundamentada no Direito Francês (Código Napoleônico de 1807), baseada no corporativismo existente nas corporações de ofício surgidas na Europa durante o renascimento comercial. As pessoas físicas ou jurídicas encontravam-se submetidas às regras do Direito Comercial, pela Teoria dos Atos de Comércio, que tinha por base o Comerciante, conhecido como “Toda pessoa que praticava – profissionalmente – atos de intermediação de mercadorias na troca, com intuito de lucro”.⁵

1.5.2 Teoria da Empresa

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “A insuficiência da teoria dos atos de comércio forçou o surgimento de outro critério

5. GOMES, Fábio Belotte. **Manual de direito comercial**. São Paulo: Manole, 2003, p. 9.

identificador do âmbito de incidência do Direito Comercial: a teoria da empresa”.⁶

O direito brasileiro já incorporava, nas suas lições, a teoria da empresa antes da entrada em vigor do Código Civil. Todavia, foi o Código Civil (Lei nº 10.406, de 11.01.2002) que, para atualizar e inovar o Direito Comercial brasileiro, passou a adotar a Teoria dos Atos de Comércio, que teve suas origens na Itália, em 1942 (Código Civil Italiano). Seu precursor foi o jurista italiano Alberto Asquini e tem como fundamento a atividade econômica e a sua organização. Surge, portanto, um novo *sistema* de regulação das atividades econômicas do Direito Comercial.

Com base nesses novos ensinamentos, conceitua-se empresa como toda atividade econômica exercida de forma repetida e organizada, com vistas à produção ou à circulação de bens ou de serviços.

Empresa, segundo Marlon Tomazette:

Trata-se de atividade, isto é, do conjunto de atos destinados a uma finalidade comum, que organiza os fatores da produção, para produzir ou fazer circular bens ou serviços. Não basta um ato isolado, é necessária uma sequência de atos dirigidos a uma mesma finalidade, para configurar a empresa.⁷

Houve um alargamento do conceito de comércio na medida em que a Teoria da Empresa abarca também parte da atividade de prestação de serviços até o momento restrito ao âmbito do Direito Civil.

O foco da Teoria da Empresa é a atividade, a ação na esfera econômica, atividade essa que, não guardando vínculo de pessoalidade com o seu titular, permite que se crie certa impessoalidade no seu exercício, contrariamente à pessoalidade característica da antiga Teoria dos Atos de Comércio.

Para a empresa importa, preliminarmente, a atividade econômica em si. A finalidade da Teoria da Empresa é as-

6. COELHO, Fábio Ulhoa. **Novo manual de direito comercial**: direito de empresa. 30. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018, p. 46.

7. TOMAZETTE, op. cit., p. 67.

segurar a continuidade da atividade empresarial, ainda que sob a administração de outras pessoas que não aquela que iniciou o seu exercício.

Denota-se que a Teoria da Empresa aumentou a importância do ente gerador de riquezas e passou a considerá-lo agente distinto da pessoa física do empreendedor, deslocando o foco de proteção mais para a empresa (atividade econômica organizada) e menos para os seus dirigentes.

1.6 EFEITOS DA ENTRADA EM VIGOR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Dentro desse contexto, cumpre ressaltar que a questão dos Atos do Comércio era regulada pelo Código Comercial (Lei n. 556/1850), que era dividido em três partes:

- 1ª do comércio em geral;
- 2ª do comércio marítimo; e
- 3ª das quebras (revogada pelo Decreto-Lei n. 7.661/45, antes da entrada em vigor do CC/2002, Decreto-Lei esse que já foi revogado nessa parte pela nova Lei de Falências (Lei n. 11.101/2005)).

Na 1ª parte o Código Comercial de 1850 adotou a Teoria dos Atos do Comércio – teoria francesa, na qual foi criada a figura do comerciante e da sociedade comercial. O comerciante era a pessoa física, e a sociedade comercial era a pessoa jurídica.

O novo Código Civil de 2002 (CC/2002)⁸, no seu art. 2.045, revogou por completo o Código Civil de 1916. No entanto, quanto ao Código Comercial de 1850, essa revogação fora parcial, já que a 2ª parte desse diploma legal, referente ao comércio marítimo, ainda está em vigor.

A partir da revogação do CC de 1916, deixou de existir a Teoria dos Atos do Comércio (Sistema Francês), passando a vigorar a Teoria da Empresa (Sistema Italiano).

Decorrem dessas alterações as novas nomenclaturas substituindo o comerciante individual e a sociedade comercial

8. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 05 jun. 2018.

por, respectivamente, o empresário individual (pessoa física) e a sociedade empresária (pessoa jurídica), nos termos do art. 966 do Código Civil. Também, nesse contexto, deve-se ressaltar que a sociedade civil passou a ter a denominação de sociedade simples, conforme o parágrafo único do art. 966 do mesmo dispositivo legal.

Desse modo, não há mais a análise objetiva (atos do comércio). Agora essa é subjetiva (teoria da empresa), e é preciso saber quem a pratica, como e para quê.

CAPÍTULO 2

O EMPRESÁRIO

Como parte integrante da Teoria dos Atos de Empresa, surgiu a ideia de empresa, consubstanciada na figura do empresário, elemento esse indispensável para que se possa delimitar apropriadamente o estudo do Direito Empresarial.

2.1 CONCEITO DE EMPRESÁRIO

Hoje se vivencia uma grande mudança na área comercial com a nova Teoria da Empresa, implantada com o atual Código Civil para substituir o tradicional conceito de comerciante pelo conceito de empresário.

Comerciante (conceito anterior) é o que pratica atos de comércio. E empresário (conceito atual) é o que exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços (CC/2002, art. 966).⁹

O atual Código Civil introduziu no direito pátrio o conceito legal de Empresário em seu Livro II, intitulado Direito de Empresa.

Segundo o art. 966 do Código Civil/2002, considera-se “empresário quem exerce profissionalmente, atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.¹⁰

Resumidamente, pode-se afirmar que “cada vez mais se sedimenta o entendimento de que a empresa nada mais é senão a atividade desenvolvida pelo empresário, sujeito de direito”.¹¹

Edilson Enedino das Chagas afirma que:

[...] a teoria da empresa aumentou a importância do ente gerador de riquezas e passou a considerá-lo

9. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.,

10. *Ibidem* (grifo nosso).

11. BERTOLDI; RIBEIRO, op. cit., p. 56.

agente distinto da pessoa física do empreendedor, deslocando o foco de proteção mais para a empresa (atividade econômica organizada) e menos para os seus dirigentes.¹²

Destaca-se da definição as noções de:

a. profissionalismo: (i) habitualidade: não se considera empresário quem realiza tarefas de modo esporádico; (ii) pessoalidade: o empresário, no exercício da atividade empresarial, deve contratar empregados; (iii) monopólio das informações: o que o empresário detém sobre o produto ou o serviço de sua empresa;

b. atividade: se o empresário é o exercente profissional de uma atividade econômica, então a empresa é uma atividade; a de produção ou circulação de bens ou serviços;

c. econômica: busca gerar lucro para quem a explora. O lucro pode ser o objetivo da produção ou circulação de bens ou serviços ou apenas o instrumento para alcançar outras finalidades;

d. organizada: a empresa é atividade organizada, na qual se encontram articulados, pelo empresário, os quatro fatores de produção: (i) capital; (ii) mão de obra; (iii) insumos; e (iv) tecnologia.

e. produção de bens ou serviços: trata-se da fabricação de produtos ou mercadorias. Toda atividade de indústria é, por definição, empresarial, por exemplo, fábrica de eletrodomésticos, confecções de roupas etc., ou da produção de serviços, que consiste na prestação de serviços por bancos, escolas, seguradoras, hospital, provedores de acesso à internet.

f. circulação de bens ou serviços: refere-se à atividade de circular bens e o comércio. Busca o bem no produtor e o traz ao consumidor. É a atividade de intermediação. O conceito de empresário compreende tanto o atacadista quanto o varejista. Circular serviços significa intermediar a prestação de serviços. Por exemplo: agência de turismo não presta os serviços de transporte aéreo, traslado e hospede-

12. CHAGAS, op. cit., p. 74.

dagem, mas os intermedeia quando monta um pacote de viagem para alguém.

g. bens ou serviços: bens são corpóreos, enquanto os serviços não têm materialidade. Por exemplo, o comércio eletrônico é que é a atividade empresarial. Aqui, deve-se ressaltar que bens são corpóreos, enquanto os serviços não têm materialidade.

Qualquer pessoa capaz, desde que não expressamente proibida por lei, seja física ou jurídica, pode exercer atividade empresarial. Portanto, o empresário pode ser pessoa física (empresário individual) ou pessoa jurídica (sociedade empresária).

2.1.1 Empresário Individual

O empresário individual é aquele que exerce a atividade empresarial como pessoa física, individualmente, tendo, como consequência, a responsabilidade integral pelas obrigações sociais, inclusive com o patrimônio pessoal (confusão patrimonial). Ele é equiparado a uma pessoa jurídica pela legislação fiscal.

Ao tratar desse assunto, Marlon Tomazette assevera que:

O empresário individual é a pessoa física que exerce a empresa em seu nome, assumindo todo o risco da atividade. É a própria pessoa física que será o titular da atividade. Ainda que lhe seja atribuído um CNPJ próprio, distinto do seu CPF, não há distinção entre a pessoa física em si e o empresário individual.¹³

Em regra, o empresário individual não explora atividade economicamente importante. Dedicar-se, quase sempre, às atividades de varejo de produtos, tais como: sacoleiros, ambulantes, bancas de frutas, confecção de bijuterias, doces etc., e não constitui pessoa jurídica. Não existe distinção entre o patrimônio pessoal do titular e o patrimônio da empresa. No que se refere ao nome do empresário individual, o art. 1.156 do Código Civil disciplina que “o empresário opera

13. TOMAZETTE, op. cit., p. 77.

sob firma constituída por seu nome, completo ou abreviado, aditando-lhe, se quiser, designação mais precisa da sua pessoa ou do gênero de atividade”.¹⁴ Apenas para fins tributários, tem-se empregado a expressão “pessoa jurídica”, com certas dúvidas e com muita impropriedade.

Para ser empresário individual, a pessoa deve estar em pleno gozo da capacidade civil. Não possuem capacidade para exercer empresa:

- menores de 18 anos não emancipados;
- ébrios habituais;
- viciados em tóxicos;
- deficientes mentais;
- excepcionais; e
- pródigos.

Ressalta-se que, como os negócios são praticados em nome pessoal do empresário individual, conseqüentemente assumirá de forma ilimitada a responsabilidade pelos seus atos negociais. Dessa forma, não há como separar os bens do indivíduo dos bens do negócio, razão pela qual seus bens pessoais estão sujeitos à responsabilidade pelas obrigações empresárias contraídas. Incide aqui a regra do art. 391 do CC/2002: “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”.¹⁵

2.1.2 Sociedade limitada unipessoal (SLU)

A Sociedade Limitada Unipessoal (SLU) é uma nova modalidade de constituição de sociedade pensada para estimular o empreendedorismo brasileiro e a formalização de pequenos e médios negócios.

Foi criada, inicialmente, por meio da Medida Provisória 881/2019, assinada em 30.04.2019, e surgiu para implementar pequenas mudanças, principalmente no Código Civil, com a intenção de flexibilizar algumas situações e mitigar burocracias, razão pela qual foi popularmente chamada de MP da Liberdade Econômica, mais tarde, convertida

14. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

15. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

na Lei n. 13.874/2019, de 20.09.2019 – Lei da Liberdade Econômica.

A referida Lei introduziu os parágrafos 1º e 2º, no artigo 1.052 do Código Civil, a saber: “Art, 1052 [...] § 1º A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas. § 2º Se for unipessoal, aplicar-se-ão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social”.

Trata-se de uma pessoa jurídica na qual não é necessário ter a presença de mais de um sócio. O patrimônio do empreendedor fica separado do patrimônio da empresa, uma vez que o termo “limitada” diz respeito à responsabilidade dos sócios e serve para proteger o patrimônio do sócio, neste tipo societário, em caso de falência, fechamento ou desligamento da empresa. Não há também exigência de valor mínimo para compor o seu capital social.

Embora tenha a palavra “sociedade” na sua composição, a SLU é formada por apenas uma pessoa, o próprio empreendedor. Além disso, o patrimônio pessoal fica separado do patrimônio da sociedade. Caso ocorra problema financeiro relevante, ou mesmo falência, os bens do empreendedor não podem ser utilizados para quitação das dívidas da pessoa jurídica.

São principais características dessa sociedade:

- a. não necessita de sócios para ser constituída;
- b. não exige capital social mínimo, reduzindo, assim, os custos com investimento inicial;
- c. separa o patrimônio pessoal do empreendedor do patrimônio da sociedade;
- d. é passível constituir mais de uma sociedade neste formato.

A Sociedade Limitada Unipessoal pode resultar da concentração das quotas de uma sociedade limitada. Antes da Lei da Liberdade Econômica, casos de retirada, falecimento ou exclusão de sócio ou qualquer outro evento que levasse à concentração de todas as quotas da sociedade limitada em uma única pessoa disparavam a necessidade legal de

recomposição da pluralidade de sócios em até 180 dias. Atualmente, nessas situações, não há mais a exigência de se buscar um novo sócio, ela se transforma em SLU.

No que se refere a responsabilidade, aplicam-se a esse tipo societário as mesmas regras que tratam da responsabilidade dos sócios por dívidas da sociedade limitada com dois ou mais sócios, previstas no art. 1052 do Código Civil.

Segundo os doutrinadores, a Sociedade Limitada Unipessoal surgiu para preencher uma lacuna no ambiente empresarial e é um passo importante para a economia brasileira, simplificando a vida do empreendedor, ao mesmo tempo que mantém a importante separação entre o patrimônio da empresa e os bens pessoais do sócio.

Deve-se registrar que, a partir da criação da SLU a EIRELI deixou de ser interessante e, segundo o artigo 41, Lei 14.195, de 26.08.2021, o legislador, com o intuito da desburocratização empresarial, a extinguiu. Ademais, passou a prever ainda que todas as empresas individuais de responsabilidade limitada existentes seriam transformadas automaticamente em SLU, *in verbis*: “As empresas individuais de responsabilidade limitada existentes na data da entrada em vigor desta Lei serão transformadas em sociedades limitadas unipessoais independentemente de qualquer alteração em seu ato constitutivo”.

Quanto ao encargo de regular a aludida transformação (Ofício Circular SI nº 3510/2021/ME), esse é do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI).

2.1.3 Empresário Rural

Quando se refere ao empresário rural, entende-se que se trata de atividade econômica rural, portanto aquela explorada fora do âmbito da cidade. Algumas atividades produtivas são exploradas fora do perímetro urbano e são, dessa forma, consideradas atividades rurais aquelas denominadas atividades de agronegócios.

O Código Civil, ao considerar as realidades dessa atividade rural, normalmente exploradas pelo homem no campo, previu em seu art. 971 que:

O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.¹⁶

Segundo Marlon Tomazette, “os empresários rurais, sejam pessoas físicas, sejam sociedades, que desempenham tal atividade podem se sujeitar ao regime empresarial ou não, dependendo de uma opção do próprio empresário, de acordo com o seu regime”.¹⁷

Dessa forma, de acordo com o dispositivo legal citado anteriormente, a opção de se tornar empresário para todos os fins legais é uma opção do agronegócio. No entanto, caso requeira a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, passa a ser considerado empresário e fica sujeito às normas pertinentes ao empresário.

2.1.4 Sociedade Empresária

O Código Civil, ao incorporar a regulação jurídica da empresa (Livro II – Do Direito da Empresa), como se vê, tratou apenas de conceituar a figura do empresário como já observado na análise do art. 966.

Há, no Código Civil, o conceito do exercente da atividade de empresário e, portanto, cabe à hermenêutica a função de conceituar a empresa.

Se o empresário é o agente, logo a empresa é o exercício da atividade empresarial, que pode ser feito de forma individual (empresário individual e Sociedade Limitada Unipessoal(S-LU)) ou de forma coletiva (sociedade empresária).

16. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

17. TOMAZETTE, op. cit., p. 99.

A Sociedade Empresária é aquela decorrente da celebração de contrato entre pessoas que, reciprocamente, se obrigam entre si a contribuir com bens ou serviços para a consecução de determinado fim.

Para Marcelo M. Bertoldi,

Temos hoje as sociedades empresárias, as quais são as organizações econômicas, dotadas de personalidade jurídica e patrimônio próprio, constituídas ordinariamente por mais de uma pessoa, que têm como objetivo a produção ou a troca de bens ou serviços com fins lucrativos.¹⁸

Ao tratar desse assunto, Fábio Ulhoa Coelho, em sua obra *Novo Manual de Direito Comercial*, ensina que:

O que irá, de verdade, caracterizar a pessoa jurídica de direito privado não estatal como sociedade simples ou empresária será o modo de explorar seu objeto. O objeto social explorado sem empresarialidade (isto é, sem organização profissional dos fatores de produção) confere à sociedade o caráter de simples; enquanto a exploração empresarial do objeto social caracterizará a sociedade como empresária.¹⁹

Dessa forma, para o autor, sociedade empresária é a pessoa jurídica que explora uma empresa. Assim, o adjetivo *empresário* representa ser a própria sociedade, e não os sócios. É ele o titular da atividade econômica. O elemento de empresa implica a organização racional dos meios de produção. A empresa é representada pelos seguintes elementos: a) a atividade econômica; b) a organização dessa atividade; c) a produção ou circulação de bens e/ou serviços; e d) o conjunto formado pelos fatores de produção: mão de obra, matéria-prima, capital e tecnologia.

18. BERTOLDI; RIBEIRO, op. cit., p. 160.

19. COELHO, op. cit., 2018, p. 136.

2.2 EMPRESÁRIO CASADO

Trata-se da situação do casamento do empresário individual, portanto pessoa física. Embora se trate de estado civil, este pode resultar reflexos sobre o patrimônio do empresário individual, o que faz com que sejam averbados no registro empresarial os pactos e as declarações antenupciais do empresário.

Tais averbações são necessárias para o conhecimento do público do *status* geral do empresário e de eventuais atos que dependem da outorga do cônjuge para serem praticados (p. ex.: art. 1.647 CC). Dentro da mesma lógica das restrições ao poder de disponibilidade do empresário individual, também deverão ser averbados, o título de doação, herança, ou legado de bens clausulados de incomunicabilidade ou inalienabilidade, pois geram restrições na disponibilidade dos bens (art. 979 do CC), independentemente do estado civil do empresário.²⁰

Ao empresário casado é facultado, independentemente do regime de casamento, dispor dos bens da empresa. Nesse sentido, o art. 978 do CC prevê que “o empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real”²¹, assunto esse que tem gerado discussões no mundo jurídico.

O Código Civil brasileiro procurou disciplinar a participação dos cônjuges nas sociedades brasileiras, quando, em seu art. 977, determina que: “é facultado aos cônjuges contratar sociedade – entre si ou com terceiros, desde que o regime de casamento não seja o da comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória” (arts. 1.641 e 1.523, do CC/02).²²

20. TOMAZETTE, op. cit., p. 83.

21. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

22. *Ibidem*.

2.3 ATIVIDADES NÃO EMPRESÁRIAS: SOCIEDADES SIMPLES

O Código Civil, no parágrafo único do art. 966, ao tratar das sociedades, disciplina que “não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.²³

As atividades de prestação de serviços de natureza intelectual, científica, artística ou literária, mesmo que sejam desenvolvidas com o concurso de outras pessoas, somente poderão ser classificadas como atividades não empresárias. Trata-se das Sociedades Simples e estão previstas no Capítulo I do Código Civil.

Refere-se a uma exceção prevista no art. 966 do CC/2002. Aqui estão presentes os profissionais que não se encontram contemplados como empresários, por exemplo, advogados, dentistas, médicos, arquitetos, escritores, artistas, músicos, atores, entre outros.

Fábio Ulhoa Coelho, ao tratar desse assunto, apresenta o seguinte exemplo prático:

Imagine o médico pediatra recém-formado, atendendo seus primeiros clientes no consultório. Já contrata pelo menos uma secretária, mas se encontra na condição geral dos profissionais intelectuais: não é empresário, mesmo que conte com o auxílio de colaboradores. Nesta fase, os pais buscam seus serviços em razão, basicamente, de sua competência como médico. Imagine, que, passando o tempo, este profissional amplie seu consultório, contando, além de mais pessoal de apoio (secretária, atendente, copeira etc.), também enfermeiros e outros médicos. Não chama mais o local de atendimento de consultório, mas de *clínica*. Nesta fase de transição, os clientes ainda procuram aqueles serviços de medicina pediátrica, em decorrência da confiança que depositam no trabalho daquele

23. Ibidem.

médico, titular da clínica. Mas a clientela se amplia e já há, entre os pacientes, quem nunca foi atendido diretamente pelo titular, nem o conhece. Numa fase seguinte, cresce mais ainda aquela unidade de serviços. Não se chama mais clínica, e sim *hospital pediátrico*. Entre os muitos funcionários, além dos médicos, enfermeiros e atendentes, há contador, advogado, nutricionistas, administrador hospitalar, segurança, motoristas e outros. Ninguém mais procura os serviços ali oferecidos em razão do trabalho pessoal do médico que os organiza. Sua individualidade se perdeu na organização empresarial. Neste momento, aquele profissional intelectual tornou-se elemento de empresa.²⁴

Nesse sentido, tem-se o Enunciado 193 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “193: - Art. 966: O exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa”.²⁵

2.4 REQUISITOS PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

O Código Civil/2002, ao tratar da capacidade para o exercício da atividade empresarial, em seu art. 972, dispõe que “podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos”.²⁶ Aqui se deve ressaltar a capacidade civil prevista nos arts. 1º ao 5º do CC.

No requisito capacidade civil, importa atentar para o fato da emancipação que pode ocorrer em três hipóteses: a) emancipação voluntária (pais emancipam seus filhos menores a partir dos 16 anos de idade por escritura pública lavrada perante o cartório de notas e averbada no cartório de registro civil); b) emancipação judicial (juiz autoriza);

24. COELHO, op. cit., 2018, p. 52-53.

25. CRUZ, André Santa. **Direito empresarial**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

26. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 out. 2018. (grifo nosso).

e c) emancipação legal (autorizada por lei – por exemplo, pessoa com 16 anos casa-se e, portanto, automaticamente se emancipa).

Quanto ao menor, desde que enquadrado nas hipóteses de emancipação, poderá exercer atividade empresarial, inclusive dar início à empresa. Desse modo, se o menor não está amparado nessas hipóteses de emancipação, não poderá iniciar a atividade empresarial.

Contudo, o menor poderá continuar a empresa anteriormente exercida por seu(s) ascendente(s) ou autor de herança desde que devidamente assistido ou representado e com a competente autorização judicial (art. 974, § 1º, do CC/2002). Essa situação está relacionada ao princípio da preservação da empresa. O § 2º do art. 974 do CC/2002 trata da chamada teoria da afetação – espécie de blindagem patrimonial do menor, quando assim se expressa: “Art. 974 - O incapaz poderá, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes por ele exercida enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor da herança, através de autorização judicial”.²⁷

No que se refere ao requisito ausência de impedimentos, importa elencar algumas pessoas que estão proibidas de exercer atividade empresarial, das quais se podem destacar as seguintes:

- funcionários públicos civis (União, Estados, Territórios e Municípios) (Lei nº 8.112, de 11.12.1990, art. 117, inc. X);
- militares da ativa das três Armas (Código Penal Militar – Dec-Lei n.1001/69 – art 204;
- magistrados (Lei Orgânica da Magistratura);
- membros do Ministério Público (Lei nº 8.625/93, art. 44, III);
- corretores e leiloeiros (Código Comercial revogado, vigorando sua legislação particular);
- cônsules, salvo os não remunerados;

27. BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, op. cit.

- médicos, para o exercício simultâneo da medicina e farmácia, drogaria ou laboratórios farmacêuticos (STJ - REsp 796.560);
- falidos, aos quais é permitido o exercício somente após declarada, por sentença, a sua reabilitação ou extinção de suas obrigações (Lei n. 11.101/05); e
- estrangeiros não residentes no País (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – art. 5º, XIII).
- A proibição legal a que se reportou anteriormente se limita ao exercício individual da atividade empresarial, não se estendendo à participação em sociedade empresarial como acionista, cotista ou sócio comanditário de sociedade.

2.5 OBRIGAÇÕES DO EMPRESÁRIO

Diversas são as obrigações a que estão sujeitas as empresas. Pode-se destacar algumas de natureza trabalhista, previdenciária, ambiental, tributária e civil. No entanto, há três que são típicas de natureza empresarial: a) registro (inscrição); b) escrituração regular dos livros empresariais (livros obrigatórios); e c) demonstração contábil periódica (balanço patrimonial).

Na questão da inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis, o art. 45 do CC/2002 disciplina que:

Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações que passar o ato constitutivo.²⁸

Em complemento, o art. 1.150 do CC/2002 dispõe que:

O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro de Empresas Mercantis a cargo

28. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.²⁹

Juntas Comerciais (JCs) são órgãos estaduais executores do registro; e o Departamento Nacional de Registro de Comércio (DNRC) é o órgão federal de supervisão, orientação, normatização e fiscalização das Juntas Comerciais.

A legislação em vigor afirma que é obrigatória a inscrição do empresário no registro público de empresas mercantis, representado, em cada unidade da federação, pelas Juntas Comerciais (localizadas nas respectivas sedes dos Estados) antes do início de sua atividade empresarial, segundo o art. 967 do CC/2002.

O empresário que instituir sucursal, filial ou agência, em lugar sujeito à jurisdição de outro Registro Público de Empresas Mercantis, nesse também deverá inscrevê-la com a prova de inscrição originária. Deverá ainda ter a averbação dessa inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede (art. 969 do CC/2002).

No que se refere ao registro, deve-se ressaltar que as Sociedades Simples têm o seu registro no Registro Civil de Pessoas Jurídicas ou no seu respectivo órgão de classe. Aqui, tem-se as sociedades de advogados, cujo registro deve ocorrer na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e, para o empresário rural, o CC/2002 disciplina o registro conforme dispõem os arts. 971 e 984.

Quanto à escrituração, há por disposição legal (art. 1.180 do CC/2002) apenas um livro obrigatório a todos os empresários, que é o livro diário. O livro-razão é um importante instrumento auxiliar aos empresários, porém é facultativo.

29. *Ibidem*.

CAPÍTULO 3

ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Como visto, o Direito Empresarial tem por base a empresa que, por sua vez, é alicerçada no conceito de estabelecimento empresarial, ou seja, na reunião de todos os elementos necessários para a realização da atividade empresarial.

3.1 ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL – CONCEITO

Para que a atividade empresarial possa ser implementada, torna-se necessário que todos os seus bens, fundamentais à atividade econômica, estejam presentes. A esse conjunto de bens dá-se o nome de estabelecimento empresarial.

Dessa forma, o Código Civil, ao tratar do estabelecimento, inicialmente o conceitua em seu art. 1.142: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.³⁰

Segundo Fábio Ulhoa Coelho:

O complexo de bens reunidos pelo empresário para o desenvolvimento de sua atividade econômica é o estabelecimento empresarial. [...] O estabelecimento empresarial é a reunião dos bens necessários ao desenvolvimento da atividade econômica. Quando o empresário reúne bens de variada natureza, como as mercadorias, máquinas, instalações, tecnologia, prédio etc., em função do exercício de uma atividade, ele agrega a esse conjunto de bens uma organização racional que importará em aumento do seu valor *enquanto* continuarem reunidos. Alguns usam

30. BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, op. cit.

a expressão ‘aviamento’, outros falam em ‘fundo de empresa’, para se referir a esse valor acrescido.³¹

Marlon Tomazette, ao falar sobre estabelecimento empresarial, ensina que:

Esse complexo de bens não precisa, necessariamente, pertencer ao empresário, que pode eventualmente locar bens. O essencial é que esse complexo de bens seja organizado pelo empresário para o exercício da empresa. A organização do empresário para uma finalidade comum é que vai dar ao complexo de bens a natureza de um estabelecimento.³²

O STJ, ao tratar do estabelecimento, decidiu que:

[...] o ‘estabelecimento comercial’ é composto por patrimônio material e imaterial, constituindo exemplos do primeiro os bens corpóreos essenciais a exploração comercial, como mobiliários, utensílios e automóveis, e, segundo os bens e direitos industriais, como patente, nome empresarial, marca registrada, desenho industrial e o ponto. (REsp 633.179/MT, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, Quarta Turma, J. 02.12.2010, Dje 01.02.2011).³³

Do próprio conceito, depreende-se que o estabelecimento é formado por um conjunto de bens e faz com que não se confunda estabelecimento com o local onde a atividade é exercida. Estabelecimento, portanto, abrange um conjunto de bens que podem ser materiais (corpóreos) e imateriais (incorpóreos).

Bens materiais (corpóreos): são aqueles bens tangíveis, móveis e imóveis, por assim dizer, “corporificados” no estabelecimento empresarial, tais como: balcões, vitrines, máquina, imóveis, veículos, equipamentos etc.

Bens imateriais (incorpóreos): são aqueles bens que não possuem expressão propriamente física ou que não se encontram corporificados no estabelecimento empresarial,

31. COELHO, op. cit., 2018, p. 91.

32. TOMAZETTE, op. cit., p. 123.

33. CRUZ, op. cit., 2019, p. 75.

ainda que muitas vezes visualmente perceptíveis, tais como: ponto comercial, nome empresarial, título de estabelecimento, marcas, patentes, tecnologia (*know-how*), contratos, créditos, clientela, freguesia, aviamento etc.

Segundo a doutrina, o estabelecimento:

a. é um complexo de bens, corpóreos e incorpóreos, que constituem os instrumentos de trabalho do comerciante, no exercício de sua atividade produtiva;

b. não se configura como o complexo de relações jurídicas do comerciante no exercício do comércio e não constitui um patrimônio comercial distinto do patrimônio civil;

c. é formado por bens econômicos, ou seja, por elementos patrimoniais, e torna-se duvidoso se compreender elementos pessoais;

d. é uma reunião de bens ligados por uma destinação unitária que lhe é dada pela vontade do comerciante; e

e. apresenta um caráter instrumental em relação à atividade econômica exercida pelo comerciante.

Os elementos do estabelecimento empresarial são os meios mediante os quais o empresário irá exercer a sua atividade econômica para cumprir a sua finalidade principal, a obtenção de lucro. Eles são os instrumentos de que dispõe o empresário para realizar a sua atividade empresarial.

Também chamado de fundo de empresa, é o complexo de bens reunidos e organizados pelo empresário ou pela sociedade empresária para o exercício de sua atividade empresarial (arts. 1.142 a 1.149 do CC/2002) e é considerado uma universalidade de fato, na medida em que se afigura como um conjunto de bens com destinação específica.

É importante observar que o imóvel ocupado pelo empresário ou pela sociedade empresária não pode, por si só, ser considerado como sinônimo de estabelecimento empresarial, uma vez que é apenas um dos bens integrantes desse.

O estabelecimento é, portanto, um elemento de grande importância para a empresa. Nesse sentido,

O estabelecimento, compreendido como um patrimônio especificado e organizado para o exercício

da atividade negocial, é apenas a dimensão estática da empresa [...]. Somente unindo as dimensões estática (estabelecimento) e dinâmica (atividade), compreende-se a empresa.³⁴

3.1.1 Natureza Jurídica

Anteriormente ao atual Código Civil, o Direito Positivo brasileiro não apresentava uma definição de estabelecimento empresarial, o que dificultava em muito o seu estudo. Hoje, existem várias teorias sobre a natureza jurídica do estabelecimento. Resumindo e unificando essas teorias, chega-se a alguns pontos fundamentais: a) estabelecimento não é sujeito de direitos e sim objeto unitário de direitos (art. 1.143 do CC/2002); b) estabelecimento comercial integra o patrimônio da empresa; e c) estabelecimento é uma universalidade de fato, e não de direitos, porquanto a reunião dos seus elementos decorre da vontade do empresário (art. 90 do CC/2002). Portanto, não se confunde com a sociedade empresária nem com a empresa.

Assim:

A natureza jurídica do estabelecimento não se confunde com a natureza da empresa, nem com a natureza do empresário. O estabelecimento não é pessoa, nem atividade empresarial, é uma universalidade de fato que integra o patrimônio do empresário. O estabelecimento, apesar de composto de coisas heterogêneas, é dotado de certa unidade e pode ser tratado em conjunto. Essa indiscutível unidade no tratamento do estabelecimento decorre da vontade do empresário que reúne e organiza os elementos do estabelecimento para o exercício da empresa, e não da lei. Portanto, estamos diante de uma universalidade de fato.³⁵

34. MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 7.

35. TOMAZETTE, op. cit., p. 131.

3.1.2 Trespasse

O Código Civil prevê a possibilidade de o estabelecimento ser objeto de diversos negócios jurídicos. No que se refere à alienação do estabelecimento empresarial, pode-se registrar que esta ocorre por meio do trespasse, previsto no art. 1.143 do CC/2002.

Para Marcelo M. Bertoldi, trespasse é a operação pela qual um empresário vende a outro o seu estabelecimento empresarial, ficando esse responsável pela condução dos negócios a partir de então.³⁶ Entende-se, portanto, como compra e venda do estabelecimento, de forma geral, uma coisa coletiva. Essa compra e venda ocorre por meio de um contrato, que é chamado de trespasse, ou seja, é um negócio jurídico.

No que se refere à alienação do estabelecimento, sabe-se que uma série de negócios jurídicos pode envolver o estabelecimento empresarial, dentre os quais a cessão de sua universalidade de bens.

O objeto do trespasse, previsto no art. 1.143 e seguintes do Código Civil³⁷, é a universalidade de bens materiais ou imateriais que formam o estabelecimento, diferindo da venda isolada de um ou outro de seus bens, porque se está cedendo também o aviamento ou a capacidade de gerar lucros, condição indispensável à caracterização do trespasse.

A respeito do estabelecimento, deve-se, ainda, ressaltar que:³⁸

- este pode ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza (art 1.143);
- o contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou o arrendamento do estabelecimento empresarial somente causará efeitos em relação a terceiros depois de averbado à margem da inscri-

36. BERTOLDI; RIBEIRO, op. cit., p. 119.

37. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

38. Ibidem.

ção da empresa na Junta Comercial e publicado na imprensa oficial (art.1.144);

- na hipótese de não restarem bens suficientes ao alienante para solver o seu passivo, “a eficácia da alienação do estabelecimento empresarial depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em 30 (trinta) dias a partir de sua notificação” (art. 1.145). Trata-se de uma forma de preservar o patrimônio do devedor como garantia aos credores;
- quando ocorrer o trespasse, o adquirente responderá pelas dívidas anteriores do estabelecimento, desde que essas estejam regularmente contabilizadas (art. 1.146); e
- na hipótese de não haver autorização expressa do novo titular, o alienante do estabelecimento empresarial não poderá oferecer concorrência ao adquirente nos 5 (cinco) anos subsequentes à transferência (art.1.147).

Para Marlon Tomazette:

No trespasse há uma alteração do titular do estabelecimento. Mesmo nos casos de alienação parcial, se é transferida a funcionalidade do estabelecimento devem ser aplicadas as regras inerentes ao trespasse. De acordo com o STJ, a simples locação do estabelecimento não configura trespasse.³⁹

Já o contrato de cessão de quotas (art. 1.057 do CC/2002)⁴⁰ tem como objetivo alienar as cotas sociais de determinado sócio com a mudança do quadro social.

39. TOMAZETTE, op. cit., p. 145.

40. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

CAPÍTULO 4

DIREITO SOCIETÁRIO: DO DIREITO DE EMPRESA

É fundamento básico do Direito que as pessoas jurídicas tenham personalidade distinta da de seus integrantes, sejam essas pessoas físicas ou outras pessoas jurídicas. Tal entendimento decorre de ficção jurídica que considera as pessoas jurídicas como entes dotados de personalidade jurídica própria, sendo, assim, sujeitos de direitos e deveres na ordem jurídica.

As pessoas jurídicas são classificadas, no ordenamento jurídico brasileiro, em pessoas jurídicas de Direito Público e pessoas jurídicas de Direito Privado. As primeiras, afetas ao princípio da supremacia do interesse público, ao passo que, em relação às segundas, vigora o princípio da isonomia e do equilíbrio contratual.

Dentre as pessoas jurídicas de Direito Privado previstas no art. 44 do Código Civil, tem-se as sociedades formadas por pessoas que visam um fim comum.

4.1 SOCIEDADE

As atividades econômicas não são apenas desenvolvidas pelas pessoas físicas de forma isolada. Em muitas situações, é necessária a combinação de esforços ou recursos conjuntos de pessoas para que se consiga exercer a atividade pretendida, ou seja, é imprescindível a união dessas pessoas em sociedades para o exercício da atividade econômica.

Entre as mais diversas modalidades de contratos que podem ser celebrados pelas pessoas, encontra-se o contrato de sociedade, previsto nos arts. 981 a 985 do Código Civil que, no entendimento de Gladston Mamede, “é um negócio plurilateral por meio do qual duas ou mais pessoas,

naturais ou jurídicas, ajustam entre si a constituição de uma sociedade, que poderá, ou não, ter personalidade jurídica”.⁴¹

Nessa mesma linha, o art. 981 do Código Civil disciplina que “celebram contrato de sociedades as pessoas (física ou jurídica) que reciprocamente se obrigam a contribuir (união de esforços, com bens ou serviços), para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.⁴²

Para que a celebração desses contratos resulte em um ato jurídico perfeito, torna-se necessária a existência dos elementos constitutivos, previstos no art. 104 do CC/2002, que são: (i) agente capaz; (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; (iii) forma prescrita ou não defesa em lei. É quando pessoas (sócios) passam a estabelecer vínculos jurídicos entre si e adquirem, conseqüentemente, direitos e obrigações. Ao lado dos elementos constitutivos, considerados gerais, tem-se os elementos específicos previstos no art. 997 do CC/2002, dentre eles, destaca-se a *affectio societatis*.

Para Marlon Tomazette:

O traço mais específico de uma sociedade é a chamada *affectio societatis*, a vontade de cooperação ativa dos sócios, a vontade de atingir um fim comum. Não se trata do simples consenso comum aos contratos em geral, mas de uma manifestação expressa de vontade no sentido do ingresso na sociedade e na consecução de um fim comum. Exige-se um *plus* em relação à simples vontade de conclusão do contrato. [...] *Affectio societatis* significa confiança mútua e vontade de cooperação conjunta, a fim de obter determinados benefícios, em outras palavras, é o ‘propósito comum aos contratantes de se unirem para alcançar um resultado almejado’, a ‘intenção de contribuir para o proveito comum’, ‘uma vontade de colaboração ativa para a realização do objeto social’. Sem tal vontade, não podemos falar em sociedade.⁴³

41. MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.30.

42. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

43. TOMAZETTE, op. cit., p. 240.

Segundo a legislação, a sociedade pode ou não ter personalidade jurídica. Desse registro é que advém o que se denomina de personalização. As sociedades que possuem registro no órgão competente são denominadas de sociedades personificadas (art. 997 do CC/2002) e as sem registro denominam-se não personificadas (art. 986 do CC/2002).⁴⁴

Segundo o *caput* e o parágrafo único art. 982 do CC/2002⁴⁵, as sociedades podem ser classificadas em: a) sociedades personificadas; e b) sociedades não personificadas.

São sociedades não personificadas: (i) sociedades em comum; e (ii) sociedade em conta de participação.

Já as sociedades personificadas, por sua vez, se classificam em: (i) sociedades simples; e (ii) sociedades empresárias.

Dentre as sociedades simples, destacam-se: a) sociedade em nome coletivo; b) sociedade em comandita simples; c) sociedade limitada; e d) sociedade cooperativa.

Como sociedades empresárias, tem-se: a) sociedade em nome coletivo; b) sociedade em comandita simples; c) sociedade limitada; d) sociedade anônima; e e) sociedade em comandita por ações.

4.2 PERSONALIDADE JURÍDICA – PERSONALIZAÇÃO

O homem, para atingir seus objetivos, muitas vezes não os consegue sozinho. Necessita se unir a outras pessoas por meio de sociedades, denominadas juridicamente de pessoas jurídicas de direito privado e dotadas de direitos e obrigações.

Segundo Marlon Tomazette,

O direito é estabelecido para fins humanos, mas não é apenas a pessoa física que pode ser sujeito de direitos, existem outros entes que igualmente podem ser titulares de direitos e obrigações. Entre tais entes, temos as pessoas jurídicas e temos também entes despersonalizados, tendo como caráter distintivo a existência ou não de personalidade

44. BRASIL, **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

45. *Ibidem*.

jurídica. A personalidade jurídica é a “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações”. Não é a simples condição de sujeito de direito que caracteriza a personalidade, mas a aptidão genérica para tanto, uma vez que os entes despersonalizados também podem praticar atos jurídicos, também são sujeitos de direitos, mas só podem fazer o essencial ao cumprimento de sua função ou o expressamente autorizado.⁴⁶

Para o direito brasileiro, as pessoas jurídicas são divididas em dois grupos distintos: a) as pessoas jurídicas de direito público, tais como a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, os Territórios, os Municípios, as autarquias, inclusive as associações públicas e as demais entidades de caráter público criadas por lei (art. 41 do CC/2002); e b) as pessoas jurídicas de direito privado: as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas e os partidos políticos (art. 44 do CC/2002).⁴⁷

De acordo com o art. 45 do Código Civil:

Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, da autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.⁴⁸

Em complemento, o art. 1.150 do Código Civil disciplina que “o empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil de pessoas Jurídicas [...]”.⁴⁹

Com o devido registro no órgão competente, a sociedade adquire personalidade jurídica e, portanto, fica evidenciado que: a) a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas que

46. TOMAZETTE, op. cit., p. 250.

47. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

48. *Ibidem*.

49. *Ibidem*.

a compõem. A sociedade tem personalidade jurídica distinta da de seus sócios; são pessoas inconfundíveis, independentes entre si; b) a pessoa jurídica está autorizada a praticar todos os atos jurídicos a que não esteja expressamente proibida; e c) a pessoa jurídica tem autonomia, ou seja, é sujeito de direito personalizado, e poderá, por isso, praticar todo e qualquer ato ou negócio jurídico em relação ao qual inexistia proibição expressa.

Pode-se dizer que a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas que a compõem, uma vez que ela tem personalidade jurídica distinta da de seus sócios. A sociedade é uma pessoa (jurídica), e os sócios são outras pessoas (naturais ou jurídicas). A autonomia é o ponto forte da personalização.

A personalização das sociedades gera as seguintes consequências:

a. titularidade negocial: a pessoa jurídica (sociedade) assume responsabilidades como sujeito de direito autônomo personalizado por meio de seus representantes legais. A sociedade é a titular do compromisso assumido;

b. titularidade processual: a pessoa jurídica pode demandar e ser demandada em juízo; tem capacidade para ser parte processual;

c. responsabilidade patrimonial: a pessoa jurídica terá sempre patrimônio próprio, inconfundível e incomunicável com o patrimônio individual de cada um de seus sócios. Em razão dessa autonomia, os sócios não respondem, em regra, pelas obrigações da sociedade.

A regra geral da responsabilidade patrimonial encontra-se estabelecida no art. 789 do CPC que estabelece que “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em Lei”⁵⁰; e

d. alteração orgânica: a sociedade pode alterar a sua estrutura orgânica; modificar a sua forma societária. Exemplo:

50. BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 jul. 2018.

transformação de sociedade anônima (S.A.) para sociedade limitada (Ltda).

Para Marlon Tomazette, “à guisa de conclusão, podemos afirmar que, como corolário da personalidade jurídica, a sociedade assegura aos sócios uma distinção entre seu patrimônio e o patrimônio empregado para o exercício da atividade”.⁵¹

O fim da personalidade jurídica da sociedade resulta de todo um processo de extinção, também conhecido por dissolução em sentido amplo, cujo assunto será abordado.

4.3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Reconhecida a personalidade jurídica, as sociedades passam a explorar sua atividade econômica, todavia sujeitas a fraudes e abusos por parte de seus sócios e/ou administradores.

Para evitar e combater a utilização ilegal da pessoa jurídica por seus sócios e/ou administradores, é que, a partir do século XIX, começaram a surgir as preocupações com a má utilização da pessoa jurídica.

Segundo Marcelo M. Bertoldi,

Com a sedimentação da personalidade jurídica da sociedade em nossos meios empresariais e em decorrência da regra inflexível do art. 20 do CC de 1916, o qual estabelecia que as pessoas jurídicas tinham existência distinta da de seus membros, e, portanto, patrimônios distintos, despontam aqueles que se utilizam da pessoa jurídica, enriquecendo seu patrimônio pessoal em detrimento da própria sociedade e de seus credores.⁵²

Com o objetivo de inibir a prática de atos fraudulentos das sociedades pelos seus próprios sócios e/ou administradores, é que surgiu o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

51. TOMAZETTE, op. cit., p. 263.

52. BERTOLDI; RIBEIRO, op. cit., p. 164.

O Código Civil, em seu art. 50, trata do assunto no sentido amplo quando disciplina que:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.⁵³

Para Marlon Tomazette:

A desconsideração é, pois, a forma de adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais ela foi criada, vale dizer, é a forma de limitar e coibir o uso indevido deste privilégio que é a pessoa jurídica, vale dizer, é uma forma de reconhecer a relatividade da personalidade jurídica das sociedades. Este privilégio só se justifica quando a pessoa jurídica é usada adequadamente, o desvio da função faz com que deixe de existir razão para a separação patrimonial.⁵⁴

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990),⁵⁵ em seu art. 28, também prevê a desconsideração da personalidade jurídica pelo juiz, notadamente quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração à lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos sociais ou contrato social. Vai além ao tratar, também, de ocorrência de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

As hipóteses mais frequentes de aplicabilidade do incidente da desconsideração da personalidade jurídica tem demonstrado, dentre outras situações: (i) o ingresso fraudulento na sociedade de bens ou direitos pertencentes a terceiros, realizado por sócio; (ii) a mistura de bens ou de contas

53. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

54. TOMAZETTE, op. cit., p. 266.

55. BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 04 jul. 2018.

entre acionistas controlador e participantes da sociedade e a própria sociedade; (iii) os negócios pessoais feitos pelo administrador como se fosse pela sociedade; (iv) a confusão de patrimônios de sócios e da sociedade; e (v) o desvio de finalidade do objeto social com fins ilícitos ou fraudulentos.

A Lei n. 13.105/2015 (CPC), em seus arts. 133 a 137, trata do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica determinando o procedimento a ser seguido e determina que esse incidente “será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo” e que é “[...] cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento da sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial”.⁵⁶

Esse dispositivo inclui a “[...] hipótese de desconconsideração inversa da personalidade jurídica, ou seja, hipóteses nas quais a desconconsideração se faz estender, à pessoa jurídica, os efeitos de obrigações devida por sócio ou administrador”.⁵⁷

Para Fábio Ulhoa Coelho,

A desconconsideração da personalidade jurídica não atinge a validade do ato constitutivo, mas importa em sua ineficácia episódica. Uma sociedade que tenha a autonomia patrimonial desconsiderada continua válida, assim como válidos são todos os demais atos que praticou. A separação patrimonial em relação aos seus sócios é que não produzirá nenhum efeito na decisão judicial referente àquele específico ato objeto da fraude. Essa é, inclusive, a grande vantagem da desconconsideração em relação a outros mecanismos de coibição da fraude, tais como a anulação ou dissolução da sociedade.⁵⁸

A referida teoria visa, sobretudo, preservar o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas em decorrência de possíveis perdas por atos praticados por sócios e administradores. Por meio dessa teoria, o juiz pode desconsiderar

56. BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil, op. cit.

57. MAMEDE, op. cit., 2018, p. 239.

58. COELHO, op. cit., 2018, p. 149.

as regras de separação patrimonial entre sociedade e sócios, ignorando a existência da pessoa jurídica.

Desvirtuada a utilização da pessoa jurídica, nada mais eficaz do que retirar os privilégios que a lei assegura, isto é, descartar a autonomia patrimonial no caso concreto, esquecer a separação entre sociedade e sócio, o que leva a estender os efeitos das obrigações da sociedade a estes. Assim, os sócios ficam inibidos de praticar atos que desvirtuem a função da pessoa jurídica, pois caso o façam não estarão sob o amparo da autonomia patrimonial.⁵⁹

A desconsideração da personalidade jurídica é incidental. Aplica-se esse incidente para alcançar o sócio que cometeu a fraude. A sociedade continua com a sua existência normal, não acarretando, portanto, a sua dissolução, uma vez que esta não resulta na extinção da pessoa jurídica.

Ressalta-se que a expressão mais correta para tal instituto é a desconsideração da personalidade jurídica. Não se trata de despersonalização da pessoa jurídica, pois despersonalizar significa anular a personalidade. No caso da desconsideração da personalidade jurídica, visa protegê-la. Não se trata, nesse caso, de anulação definitiva da personalidade. Em síntese, a desconsideração:

Trata-se de uma técnica que se aplica aos casos concretos específicos, daí falar-se em suspensão episódica e temporária. A pessoa jurídica continuará existindo para os demais atos, nos quais não se apresente um motivo justificado para aplicar a desconsideração. Por isso, falarmos em desconsideração, e não em despersonificação.⁶⁰

Deve-se acrescentar que, além dos dispositivos citados, o incidente da desconsideração da personalidade jurídica é mencionado nos arts. 133 a 137 do CPC, art. 34 da Lei Antitruste (LIOE), art. 4º da legislação protetora do meio ambiente (Lei n. 9.605/98), arts. 4º e 855-A da Consoli-

59. TOMAZETTE, op. cit., p. 266.

60. Ibidem, p. 270.

dação das Leis do Trabalho (CLT); e art. 116 do Código Tributário Nacional (CTN).

A Lei n. 13.874, de 20.09.2019, também conhecida como Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, ao tratar sobre a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, alterou o art. 50 do CC, incluindo na sua parte final a expressão “beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”, bem como, procurou esclarecer o que se deve entender por “desvio de finalidade” e “confusão patrimonial”.

4.3.1 Lei Anticorrupção da Empresa

A Lei n. 12.846, de 1º.08.2013, chamada “Lei Anticorrupção”, regulamentada pelo Decreto federal n. 8.420, de 18.03.2015, surgiu para estabelecer a responsabilidade civil direta das empresas, inclusive aquelas estrangeiras que atuam também no Brasil, pelo suborno de agentes públicos brasileiros e estrangeiros.

O Decreto nº 8.420/2015⁶¹ pode agilizar as práticas de *compliance*, e, aos poucos, elas deixam de ser mera publicidade para se tornarem regras dentro das empresas. A partir desse Decreto, devem ser adotados códigos de ética mais eficazes; programas de integridade com realização de treinamentos e fiscalização periódicos; criação de canais de denúncia, tanto para funcionários como para terceiros. Além disso, uma autoridade independente dentro das empresas para fiscalizar a aplicabilidade do programa de integridade fará com que os programas sejam cumpridos, tornando o programa um investimento para as empresas, e deixando de ser visto como custo.

Anteriormente à sua regulamentação, as empresas tinham um comportamento reativo, ou seja, somente agiam quando surgia um caso de corrupção. Hoje, as empresas têm desenvolvido programas para informar funcionários

61. BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 04 jul. 2018.

sobre legislação e aperfeiçoado os códigos de conduta e os canais de denúncia.

Objetivamente, deve-se dizer que a Lei Anticorrupção visa, sobretudo, proporcionar a colaboração efetiva com a investigação, ou seja, a empresa deve assumir comportamento que demonstre a investigação em relação a seus agentes.

Daí a importância de regras de *compliance*, também denominadas de regras de integridade, como medidas preventivas a serem adotadas pelas empresas contra futuras práticas ilícitas. Em outros termos, as regras de *compliance* são um conjunto de disciplinas para fazer cumprir as normas legais e regulamentares, as políticas e as diretrizes estabelecidas para o negócio e para as atividades da instituição ou empresa, bem como evitar, detectar e tratar qualquer desvio ou incorreções.

4.3.2 Sociedade Nacional e Sociedade Estrangeira

O Código Civil, art. 1.126, conceitua que “é nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração”.⁶² Já o art. 1.134 do Código Civil considera que sociedade estrangeira é aquela que “[...] qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionistas de sociedade anônima brasileira”.⁶³

4.3.3 Sociedade entre cônjuges

O Código Civil, em seu art. 977, disciplina que “faculta-se aos cônjuges contratar sociedade entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória”.⁶⁴

Ressalta-se que essa regra vale para qualquer tipo de sociedade, ou seja, empresária ou simples, nos termos da decisão do STJ: “[...] as restrições previstas no art. 977 do CC/02

62. BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, op. cit.

63. Ibidem.

64. Ibidem.

impossibilitam que os cônjuges casados sob os regimes de bens ali previstos contratem entre si tanto sociedades empresárias quanto sociedades simples” (Resp 1.058.165/RS).⁶⁵

O enunciado 204 das jornadas de Direito Civil do CJF é no sentido de que “a proibição de contratação de sociedade entre pessoas casadas sob o regime de comunhão universal ou da separação obrigatória só atinge as sociedades constituídas após a vigência do Código Civil de 2002”.⁶⁶

Por outro lado, o enunciado 205 das jornadas de Direito Civil também disciplinou que o disposto no art. 977 do Código Civil “abrange tanto a participação originária (na constituição da sociedade) quanto a derivada, isto é, fica vedado o ingresso de sócio casado em sociedade de que já participa o outro cônjuge”.⁶⁷

4.4 SOCIEDADES NÃO PERSONIFICADAS (art. 986 a 990 do CC)

Modernamente, o Código Civil classificou a sociedade em: sociedade personificada (art. 986 a 996) aquela que não detém personalidade jurídica, ou seja, que não possui registro dos seus atos constitutivos em órgãos de registro de empresas e sociedade não personificada (art. 997 a 1.141). Para alguns autores, é conhecida como sociedade de fato ou irregular e não possui registro de seus atos constitutivos no órgão competente, seja pela falta de registro do contrato, seja pela própria inexistência de contrato social.

O Direito sempre admitiu a existência de sociedades desprovidas de personalidade jurídica própria – as chamadas, anteriormente, de sociedade de fato, hoje denominadas sociedades não personificadas. Essas têm como espécies: a) sociedade em comum (art. 986 do Código Civil); e b) sociedade em conta de participação (art. 991 do Código Civil).

65. CRUZ, op. cit., 2019. p. 145.

66. Ibidem, p. 146.

67. Ibidem, loc. cit.

4.4.1 Sociedade em Comum (art. 986 a 990 do Código Civil)

O direito positivo reconhece a existência de sociedades que exercem atividades empresárias, mas não obedeceram aos disciplinamentos legais. São sociedades, porém, sem personalidade jurídica.

Essa modalidade de sociedade, anteriormente ao advento do atual Código Civil, era conhecida como sociedade de fato ou irregular e hoje é denominada sociedade em comum.

A expressão sociedade em comum veio para substituir as expressões sociedades de fato e sociedade irregular, que eram normalmente usadas pela doutrina. A adoção da nova terminologia facilitará a análise de tal espécie de sociedade, além de acabar de vez com a grande discussão a respeito da identidade ou não dos conceitos de sociedade de fato ou irregular.⁶⁸

Previsto pelo legislador como a sociedade para representar um momento anterior à personificação dela, em razão desse fato o Código Civil, ao conceituá-la, em seu art. 986, disciplina que “enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade, exceto por ações em organização [...]”.⁶⁹ Fica claro que a sociedade em comum é um tipo societário temporário, ou seja, sua existência está atrelada ao momento em que ocorre o registro.

Segundo os arts. 987 a 990 do Código Civil, a sociedade em comum tem, entre outras, as seguintes características: os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade; e os terceiros podem prová-la de qualquer modo; bens e dívidas constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum; bens sociais respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, salvo pacto limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra terceiros que o conheça; e todos os sócios respondem solidária e ilimita-

68. TOMAZETTE, op. cit., p. 324.

69. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

damente pelas obrigações sociais, exceto os previstos no art. 1.024 (os bens particulares dos sócios somente poderão ser executados por dívidas da sociedade depois de executados os bens sociais).

Sobre essa situação, Paulo Roberto Bastos Pedro e Nathaly Campitelli Roque ensinam que:

Nesse tipo de sociedade, os sócios têm responsabilidade ilimitada e solidária pelas obrigações que a sociedade vier a contrair. Contudo, o benefício de ordem (responsabilidade subsidiária, do artigo 1.024, do Código Civil) não se aplica aos sócios que praticam atos de gestão.⁷⁰

Resumidamente, é dizer que, nesse tipo societário, tudo é de todos. Todos os bens são de todos os sócios, como também todas as dívidas, uma vez que os sócios têm responsabilidade ilimitada.

4.4.2 Sociedade em Conta de Participação (art. 991 a 996 do Código Civil)

A sociedade em conta de participação tem características impróprias: é uma sociedade despersonalizada, portanto sem personalidade jurídica; não tem registro; e tem caráter de sociedade secreta. Há dois tipos de sócios: a) o sócio ou sócios ostensivos, que são aqueles que têm responsabilidade ilimitada; e b) o sócio ou sócios participantes, chamados anteriormente de sócios ocultos, que são aqueles que têm responsabilidade limitada.

Para Marlon Tomazette:

A sociedade em conta de participação é uma sociedade oculta, que não aparece perante terceiros, sendo desprovida de personalidade jurídica. O que o caracteriza é a existência de dois tipos de sócios, quais sejam, o sócio ostensivo, que aparece e assume toda responsabilidade perante terceiros, e o sócio participante (também denominado sócio

70. PEDRO, Paulo Roberto Bastos; ROQUE, Nathaly Campitelli. **Vademecum prática OAB empresarial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 46.

oculto), que não aparece perante terceiros e só tem responsabilidade perante o ostensivo, nos termos do ajuste entre eles.⁷¹

São os sócios ostensivos que assumem, como obrigação pessoal, as obrigações da sociedade perante terceiros. A atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelos sócios ostensivos, em seu nome individual e sob sua própria responsabilidade. São esses que desempenham toda a atividade empresarial, pois têm conhecimento do ramo de atividade.

Por outro lado, para Fábio Ulhoa Coelho:

Os sócios participantes não mantêm qualquer relação jurídica com os credores por obrigações decorrentes da empresa explorada pela Sociedade em Conta de Participação. Estes credores devem demandar o sócio ou sócios ostensivos, os quais, em regresso, e nas condições do contrato, poderão voltar-se contra os participantes. Do mesmo modo, os participantes não podem demandar os deveres da sociedade.⁷²

Nos termos afirmados pela 4ª Turma do STJ, Resp. 168028/SP, Relator Ministro Barros Monteiro,

[...] na sociedade em conta de participação o sócio ostensivo é quem se obriga para com terceiros pelos resultados das transações e das obrigações sociais, realizadas ou empreendidas em decorrência da sociedade, nunca o sócio participante ou oculto que nem é conhecido dos terceiros nem com estes nada trata.⁷³

Esse tipo societário constitui-se, independentemente de qualquer formalidade legal, por escrito ou não. Todavia, pode-se provar por todos os meios de direito que se constitui de um patrimônio especial, que deverá ser utilizado para a

71. TOMAZETTE, op. cit., p. 328.

72. COELHO, op. cit., 2018, p. 173.

73. TOMAZETTE, op. cit., p. 329.

realização de seus negócios, e o contrato social produz efeito somente entre os sócios.

Para André Santa Cruz,

[...] não é a sociedade em conta de participação quem negocia com terceiros, mas o próprio sócio ostensivo. Os sócios participantes também não devem negociar com terceiros, mas, caso o façam, excepcionalmente, responderão solidariamente com o sócio ostensivo nos negócios em que apareceram.⁷⁴

O contrato social desse tipo societário, ainda que levado a registro, não confere personalidade jurídica à sociedade em conta em participação e, por não ter personalidade jurídica, essa sociedade também não possui nome empresarial.

4.5 SOCIEDADES PERSONIFICADAS (art. 997 e seguintes do Código Civil)

As sociedades personificadas são aquelas constituídas por meio de um instrumento chamado contrato social ou estatuto social e esse quando levado a registro, é arquivado no órgão competente: a sociedade empresária no Registro Público de Empresas Mercantis a cargo da Junta Comercial e a sociedade simples no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

São características gerais da sociedade personificada: a) é uma pessoa (pessoa jurídica), com personalidade distinta das pessoas dos sócios; b) constitui-se por contrato entre duas ou mais pessoas; c) nasce com o registro do contrato ou estatuto no Registro Público de Empresas Mercantis – Juntas Comerciais ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas; d) tem por nome uma firma (razão social) ou denominação; e) extingue-se pela dissolução, por expirado o prazo de duração, por iniciativa dos sócios, por ato de autoridade etc.; f) tem vida, direitos, obrigações e patrimônios próprios; g) é representada por quem o contrato social ou o estatuto social designar; h) quem comercializa é a sociedade, e não os sócios; i) o patrimônio é da sociedade, e não dos sócios; j) pode modificar sua estrutura, por alteração no quadro

74. CRUZ, op. cit., 2019, p. 160.

social ou na mudança de tipo; k) classifica-se em “sociedade de pessoas” – sócios são escolhidos pelas suas qualidades pessoais – e “sociedade de capital” – nas quais é indiferente a pessoa do sócio.

4.5.1 Sociedade Simples (Antigas Sociedades Civis)

O Código Civil, ao tratar das sociedades, elenca duas modalidades: a sociedade simples e a empresária. Em ambas há o exercício de atividades econômicas. Contudo, enquanto as sociedades empresárias exercem atividade própria de empresário sujeito a registro, as sociedades simples exercem atividades não empresariais, uma vez que a organização é menos importante que a atividade pessoal.

Nas sociedades simples, diferentemente das sociedades empresárias, não se verifica o elemento organização de bens materiais e imateriais, de procedimentos, como meio para a produção ordenada de riqueza. Ocorre, por outro lado, um trabalho quase autônomo desempenhado por cada um dos sócios sem a devida conexão com os demais sócios.

De acordo com o parágrafo único do art. 966 do Código Civil, “não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com concurso de auxiliares e colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.⁷⁵

A sociedade simples se constitui mediante contrato escrito, particular ou público e deverá conter os seguintes elementos essenciais previstos no art. 997 do CC/2002: a) nome; nacionalidade; estado civil; profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais; e firma ou denominação e nacionalidade da sede dos sócios, se jurídicas; b) denominação, objeto, sede e prazo da sociedade; c) capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária; d) quota de cada sócio no capital social e o modo de realizá-la; e) prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços; f) pessoas naturais incumbidas da administração da socieda-

75. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

de e seus poderes e atribuições; g) participação de cada sócio nos lucros e nas perdas; e h) se os sócios respondem ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.⁷⁶

A sociedade simples é uma sociedade de pessoas. Isso significa dizer que o elo que mantém os sócios unidos, a *affectio societatis*, é característica fundamental nesse tipo societário.

Deve-se salientar que, para que ocorram modificações nessas denominadas cláusulas essenciais previstas no art. 977 do CC/2002, se faz necessário que haja o consentimento de todos os sócios, enquanto as demais cláusulas contratuais podem ser alteradas por decisão da maioria absoluta de votos, desde que o contrato não determine a necessidade de deliberação unânime, cuja alteração deverá ser averbada no livro de registro próprio (art. 999 do CC/2002).⁷⁷

4.5.1.1 Dos Direitos e das Obrigações dos Sócios - Sociedades Simples

O Código Civil, em seu art. 1.001, enfatiza que “as obrigações dos sócios começam imediatamente com o contrato, se este não fixar outra data”.⁷⁸ Por outro lado, essas obrigações terminam com a liquidação da sociedade, se extinguiem as responsabilidades sociais.

Na sociedade simples, em regra, a responsabilidade dos sócios é subsidiária (art. 1.024 do CC/2002), ou seja, caso os bens da sociedade não sejam suficientes para saldar todas as dívidas, os sócios responderão pelo saldo faltante conforme sua participação societária, salvo quando o contrato da sociedade contiver cláusula de responsabilidade solidária (art. 1.023 do CC/2002).⁷⁹

No que se refere à substituição do sócio na sociedade, esse não poderá ser substituído sem o devido consentimento dos demais, expresso em modificação do contrato social (art. 1.002 do CC/2002).⁸⁰

76. Ibidem

77. Ibidem.

78. Ibidem.

79. Ibidem.

80. Ibidem.

Quando se trata de cessão de quotas, ou seja, sócios transferindo suas quotas, total ou parcialmente, para outras pessoas que sejam sócias ou não da sociedade, o Código Civil procurou disciplinar esse procedimento em seu art. 1.003: “a cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade”. E complementa em seu parágrafo único: “até 02 (dois) anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário pelas obrigações assumidas na sociedade”⁸¹. Portanto, denota-se que a responsabilidade do sócio cedente ainda perdura por determinado tempo, mesmo que tenha transferido a totalidade de suas quotas ao cessionário.

O legislador, ao tratar da posição do sócio na sociedade, objetivando disciplinar alguns aspectos relevantes e ainda como forma de prever a solução para conflitos normalmente existentes nas sociedades, deixou isso evidenciado nos seguintes dispositivos do Código Civil:

- a.** os sócios são obrigados, na forma e no prazo previstos, a cumprirem suas obrigações referentes às contribuições previstas no contrato social (art. 1.004 do CC/2002);
- b.** os sócios, cuja contribuição constitui prestação de serviços, ficam proibidos, salvo convenção em contrário, de empregar-se em atividade estranha à sociedade, sob pena de ser privado de seus lucros e até mesmo ser excluído da sociedade (art. 1.006 do CC/2002);
- c.** a participação dos sócios nos lucros e nas perdas da sociedade é proporcional às suas quotas na sociedade (art. 1.007 do CC/2002);
- d.** é nula a estipulação no contrato social que possa resultar na exclusão do sócio de participar dos lucros e das perdas (art. 1.008 do CC/2002).⁸²

81. *Ibidem*.

82. *Ibidem*.

CAPÍTULO 5

TIPOS DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS (ANTIGAS SOCIEDADES COMERCIAIS)

As sociedades são constituídas para o exercício da atividade econômica e, portanto, têm a finalidade econômica por excelência. Contudo, as sociedades empresárias, sobretudo, exercem essa atividade de forma organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, conforme se pode constatar pelo disposto no art. 966 do CC/2002, anteriormente apresentado.

Dessa forma, o art. 982 do CC/2002 disciplina que se considera empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário, isto é, que o objeto social explorado com empresarialidade – profissionalismo seja sujeito a registro (art. 967 do CC/2002) no Registro Público de Empresas Mercantis.⁸³

5.1 CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

Como visto anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta diversas formas de sociedades empresárias, cabendo aos sócios eleger, no momento da sua constituição, aquela modalidade que mais se adéqua ao fim desejado. A propósito, a literatura jurídica apresenta uma classificação das sociedades, levando-se em consideração as suas principais características, conforme será explanado a seguir.

5.1.1 De acordo com a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais

83. *Ibidem*.

a. Sociedade ilimitada: aquela em que todos os sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais. O direito contempla um único tipo de sociedade dessa natureza, qual seja, Sociedade em Nome Coletivo;

b. Sociedade mista: aquela em que parte dos sócios respondem limitadamente, e a outra parte tem responsabilidade limitada pelas obrigações sociais. Exemplo: Sociedade em Comandita Simples. Comanditário - responsabilidade limitada. Comanditado - responsabilidade ilimitada; e

c. Sociedade limitada: aquela em que todos os sócios respondem de forma limitada pelas obrigações sociais. Exemplos: Sociedade Limitada e Sociedade Anônima.

5.1.2 Quanto ao regime de constituição e dissolução

a. Sociedade contratual: aquela cujo ato constitutivo e regulamentar é o contrato social. Exemplos: Sociedade em Nome Coletivo, Sociedade em Comandita Simples e Sociedade Limitada. São regidas pelo Código Civil; e

b. Sociedade institucional: aquela cujo ato constitutivo e regulamentar é o estatuto social. Exemplos: Sociedade Anônima; Sociedade em Comandita por Ações. São regidas pela Lei n. 6.404/76.

5.1.3 Quanto às condições de alienação da participação societária

a. Sociedade de pessoas: aquelas em que os sócios têm direito de vetar o ingresso de estranho no quadro associativo. Existe a “*affectio societatis*”. Exemplos: Sociedade em Nome Coletivo; Sociedade em Comandita Simples.

b. Sociedade de capital: aquela à qual se aplica o princípio da livre circulabilidade da participação societária. Praticamente não existe a “*affectio societatis*”. Exemplo: Sociedade Anônima.

Sobre esta última modalidade de classificação, Fábio Ulhoa Coelho ensina que:

É claro que não existe sociedade composta exclusivamente por ‘pessoas’ ou exclusivamente por ‘capi-

tal'. Toda sociedade surge da necessária conjugação desses dois elementos imprescindíveis. O que faz uma sociedade ser 'de pessoas' ou 'de capital' é, na verdade, o direito de o sócio impedir o ingresso de terceiro não sócio existente nas de perfil personalístico e ausente nas de perfil capitalista.⁸⁴

5.2 TIPOS DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS (arts. 1.039 e 1.092 Ddo Código Civil)

São sociedades empresárias: (i) Sociedade em nome coletivo (art. 1.039); (ii) Sociedade em comandita simples (art. 1.045); (iii) Sociedade limitada (art. 1.052); (iv) Sociedade anônima (art. 1.088 e Lei n. 6.404/76); (v) Sociedade em comandita por ações (art. 1.090 do Código Civil e Lei n. 6.404/76).

5.2.1 Sociedade em Nome Coletivo (art. 1.039 a 1.044 do CC/2002)

A sociedade em nome coletivo tem sua origem na Idade Média, nas chamadas sociedades familiares, e mantém, como traço característico, o elemento da confiança mútua entre seus membros, por isso se tratar de uma sociedade de pessoas. O ponto forte desse tipo societário é a confiança recíproca entre os sócios, daí porque afirmar que é uma sociedade *intuitu personae*.

Nessa sociedade somente pessoas físicas (naturais) podem fazer parte do capital social e todos os sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais. A afinidade societária (*affectio societatis*) é o ponto fundamental entre os sócios nesse tipo societário.

Os administradores são nomeados dentre os sócios. Portanto, a administração da sociedade deverá ser obrigatoriamente dos sócios, sendo vedado que esses nomeiem um ou mais administradores não sócio para essa função.

O nome desse tipo societário dá-se por firma, composto pelo nome de um, alguns ou todos os sócios. Caso não ostente o nome de todos os sócios, emprega-se a expressão “e

84. COELHO, op. cit., 2018, p. 144.

companhia” ou sua abreviação (e Cia ou & Cia) no final do nome da sociedade. Exemplo: Pedro, João & Cia.

As matérias que não forem regulamentadas pelos artigos pertinentes a esse tipo societário serão submetidas ao disposto nas normas das sociedades simples.

5.2.2 Sociedade em Comandita Simples (art. 1.045 a 1.051 do CC/2002)

A sociedade em comandita simples é considerada pelos doutrinadores como a mais antiga forma de sociedade. Nela existem dois tipos de sócios: o sócio *comanditário* (pessoa física ou jurídica), que é aquele que provém os fundos necessários à atividade negocial e não tem responsabilidade subsidiária pelas obrigações sociais. Sua responsabilidade é limitada ao valor de suas quotas; o sócio *comanditado* (pessoa física), que é responsável solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Somente esses podem ser nomeados administradores da sociedade, e o nome empresarial apenas poderá valer-se de seus nomes civis.

Segundo Marlon Tomazette:

[...] o contrato se caracterizava pela presença de um prestador de capital com riscos limitados e de um exercente da atividade em nome próprio, que punha em jogo o seu nome e seu patrimônio. Essa dualidade de personagens, que caracterizava o contrato de ‘comenda’, passou do comércio marítimo para o comércio terrestre na forma de sociedade em comandita simples.⁸⁵

O contato social da sociedade deve discriminar, de forma clara e evidente, quem são os sócios comanditados e os comanditários. Ambos os sócios têm direito a participar dos lucros e tomar parte das deliberações sociais e fiscalizar e administrar os negócios da sociedade.

85. TOMAZETTE, op. cit., p. 372.

5.2.3 Sociedade Limitada (art. 1.052 a 1.087 do CC/2002)

5.2.3.1 Previsão Legal

Reguladas, no Brasil, pelas disposições contidas nos arts. 1.052 a 1.087 do CC/2002, anteriormente regidas pelo Decreto nº 3.708, de 10.1.1919.

5.2.3.2 Características

Esse tipo societário, hoje denominado de sociedade limitada, teve suas origens na obra do legislador alemão em 1892, tendo se difundido pela Europa, e chegou ao Brasil, em 1919, com o Decreto n. 3708/19.

A sociedade limitada é ainda o tipo societário mais constituído no Brasil desde 1919. Segundo os doutrinadores, essa escolha pelos sócios resulta de duas de suas características básicas: a limitação da responsabilidade dos sócios e a contratualidade.

Com o advento do Código Civil, esse tipo societário sofreu algumas alterações, notadamente quanto ao nome, antes Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada, hoje Sociedade Limitada.

Para Marlon Tomazette:

A sociedade limitada combina as vantagens das sociedades de capitais e das sociedades de pessoas, o que dificulta seu enquadramento puro em uma ou outra categoria. No regime do Decreto n. 3.708/19, havia uma grande controvérsia a respeito dessa classificação, confusão essa que não acaba com o Código Civil. [...] No regime do Código Civil, o hibridismo da limitada também é mantido, pois poderão existir sociedades com traços personalistas e com traços capitalistas, dando-se maior ou menor importância à pessoa dos sócios.⁸⁶

Nesse tipo societário, de acordo com o art. 1052 do CC/2002, “[...] a responsabilidade de cada sócio é restrita

86. TOMAZETTE, op. cit., p. 379-380.

ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”.⁸⁷ Dessa forma, “[...] se um sócio já integralizou suas quotas, mas há sócios que ainda não o fizeram, todos poderão ser solidariamente demandados por esse valor em aberto”.⁸⁸

A Lei n. 13.874, de 20.09.2019, introduziu os parágrafos 1º e 2º no artigo 1.052, a saber: “Art. 1.052 [...] § 1º A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas. § 2º Se for unipessoal, aplicar-se-ão do documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social”.

O capital social, fruto da contribuição em dinheiro ou bens suscetíveis de avaliação, é dividido em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou mais a cada sócio. Desse modo, a quota é indivisível em relação à sociedade. No caso de condomínio de quota, os direitos a ela inerentes somente podem ser exercidos pelo condômino representante, pelo inventariante do espólio do sócio falecido. Os sócios não podem integralizar suas parcelas no capital social com prestação de serviços.

O nome da sociedade limitada, nos termos do art. 1.158 do Código Civil, poderá ser representado por firma ou denominação, integradas pela palavra final “limitada” ou a sua abreviatura (Ltda.). Exemplificando, pode-se ter uma sociedade limitada representada pela denominação Fábrica de Brinquedos Coloridos Ltda. ou pela firma José, Silva & Cia Ltda.

No que se refere à cessão de quotas, caso o contrato social seja omissivo, “o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oportunidade de titulares de mais de um quarto do capital social” (art. 1.057 do CC/2002).⁸⁹

87. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

88. MAMEDE, op. cit., 2018, p. 97.

89. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

Quanto à administração, o Código Civil deu uma nova afeição à sociedade limitada profissionalizando-a e passou-se a admitir administrador não sócio. Dessa forma, esse tipo societário pode ser administrador por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado e, se o contrato permitir administradores não sócios, a designação deles dependerá de aprovação da unanimidade dos sócios enquanto o capital não estiver integralizado e de 2/3, no mínimo, após a integralização (art. 1.061 do CC/2002).⁹⁰

Na sociedade limitada, a vontade da pessoa jurídica é manifestada por meio das deliberações dos sócios que deverão ser tomadas em reunião ou assembleia, conforme o previsto no contrato social. A deliberação será obrigatória em assembleia quando o número de sócios for superior a 10 (art. 1.072 do CC/2002).⁹¹ E todas as reuniões ou assembleias tornar-se-ão dispensáveis quando todos os sócios decidirem, por escrito, sobre a matéria que seria objeto delas.

Segundo Marlon Tomazette:

As reuniões são formas mais simples de encontro dos sócios, podendo seguir as regras que sejam estabelecidas pelos sócios, que, todavia, não podem alterar os quóruns exigidos pela lei para certas deliberações (art. 1.071 c.c. 1.076 do Código Civil. [...] Em relação às assembleias, órgão que exprime a vontade da sociedade, o Código Civil desce a inúmeros detalhes, esclarecendo a obrigatoriedade da realização dela nos primeiros quatro meses após o final do exercício social, a fim de apreciar as contas dos administradores, deliberar sobre o balanço patrimonial e sobre o balanço econômico, e, eventualmente, designar administradores e quaisquer outras matérias incluídas pelos sócios.⁹²

A assembleia deve ser convocada com antecedência, nos termos do § 3º do art. 1.152 do CC/2002:

90. *Ibidem.*

91. *Ibidem.*

92. TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 393-394.

O anúncio de convocação da assembleia de sócios será publicado por três vezes, ao menos, devendo mediar, entre a data da primeira inserção e a da realização da assembleia, o prazo mínimo de oito dias, para a primeira convocação, e de cinco dias, para as posteriores.⁹³

Com referência à administração da sociedade limitada, hoje há demonstração de grande preocupação com os desvios de finalidade decorrentes de atos praticados pelos administradores, daí a razão da previsão no Código Civil, em seu art. 1.015, da denominada Teoria *Ultra Vires*, que tem por objetivo justamente evitar esses desvios, preservando os interesses dos investidores.

Nesse sentido, configura-se o enunciado 11 das jornadas de Direito Comercial do CJF: “a regra do art. 1.015, parágrafo único, do Código Civil deve ser aplicada à luz da teoria da aparência e do primado da boa-fé objetiva, de modo a prestigiar a segurança do tráfico negocial. As sociedades se obrigam perante terceiros de boa-fé”.⁹⁴

No século XIX, cresceu de forma substancial a preocupação com os desvios de finalidade na administração das sociedades. Isso resultou no surgimento da Teoria *Ultra Vires*, que tinha por objetivo justamente evitar tais desvios, preservando os interesses dos investidores, já que essa teoria previa que qualquer ato praticado em nome da sociedade por seus administradores, que extrapolasse o objeto social, seria passível de nulidade e quem praticou o ato seria punido.

A propósito dessa teoria, Marlon Tomazette afirma que “a sociedade não se vincula se os atos foram evidentemente estranhos ao objeto social. O STJ já afirmou expressamente que a referida teoria foi acolhida no direito brasileiro”.⁹⁵

Na sociedade limitada, o conselho fiscal não é um órgão obrigatório. Todavia, se a sociedade resolver constituir o

93. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

94. CRUZ, op. cit.2019, p. 197.

95. TOMAZETTE, op. cit., p. 366.

conselho fiscal, este deverá ser previsto no contrato social e será composto por, no mínimo, 3 (três) membros e igual número de suplentes, sócios ou não, e residentes no País, além de obedecer aos dispositivos legais pertinentes a esse conselho (art. 1.066 CC/2002).⁹⁶ Aos sócios minoritários que representarem pelo menos um quinto do capital social é assegurado o direito de eleger, separadamente, um dos membros do conselho fiscal e o respectivo suplente. As pessoas impedidas de exercerem essa função estão elencadas no § 1º do art. 1.066 do CC/2002).

O legislador, ao tratar da sociedade limitada, preocupou-se em disciplinar a situação daquele sócio que subscreve quotas e não as integraliza total ou parcialmente, a quem a Lei denomina de sócio remisso, com previsão no art. 1.058 do Código Civil.

Trata-se de um assunto bastante presente na vida das sociedades brasileiras e que a Lei apresenta como solução a exclusão do sócio. Segundo o Código Civil,

Não integralizada a quota de sócio remisso, os outros sócios podem, sem prejuízo do disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, tomá-la para si ou transferi-la a terceiros, excluindo o primitivo titular e devolvendo-lhe o que houver pago, deduzidos os juros da mora, as prestações estabelecidas no contrato mais as despesas.⁹⁷

O Enunciado 62 das jornadas de Direito Civil do CJF afirma que, “com a exclusão do sócio remisso, a forma de reembolso das suas quotas, em regra, deve-se dar com base em balanço especial, realizado na data da exclusão” e que, segundo o enunciado 216 dessas mesmas jornadas, o quórum de deliberação previsto no art. 1.004, parágrafo único, e no art. 1.020 do CC/2002 é de maioria absoluta do capital representado pelas quotas dos demais sócios.⁹⁸

96. BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, op. cit.

97. Ibidem.

98. CRUZ, op. cit., 2019, p. 62.

Nesse tipo societário, os sócios poderão deliberar sobre qualquer matéria pertinente à sociedade, conforme previsão no contrato social ou em Lei. O Código Civil, em seu artigo 1.176, determina quóruns diferenciados para as deliberações dos sócios quando se tratam das matérias específicas do art. 1.076 do CC.⁹⁹

Recentemente, a Lei n. 13.792, de 3.01.2019, alterou dispositivos da Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil), objetivando modificar o quórum de deliberação no âmbito da sociedade limitada, notadamente, os arts. 1.063, 1.076 e 1.085.

O art. 1.063 do CC/2002 disciplina sobre a destituição de sócio nomeado administrador no contrato: “Tratando-se de sócio nomeado administrador no contrato, sua destituição somente se opera pela aprovação de titulares de quotas correspondentes a mais da metade do capital social, salvo disposição contratual diversa”.¹⁰⁰

Já o parágrafo único do art. 1.085 do CC/2002 passou a ter a seguinte redação: “Ressalvado o caso em que haja apenas dois sócios na sociedade, a exclusão de um sócio somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa”.¹⁰¹

5.2.4 Sociedade Anônima

5.2.4.1 Previsão Legal

A sociedade anônima é regulada, no Brasil, pelas disposições contidas nos arts. 1.088 e 1.089 do CC/2002 e pela Lei n. 6.404, de 15/12/76 (LSA), e suas alterações.

A sociedade anônima surgiu no século XVII quando a maioria dos negócios era de cunho familiar para promover a entrada de capital de terceiros na sociedade familiar, a fim

99. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

100. *Ibidem*.

101. *Ibidem*.

de proporcionar uma aceleração no crescimento do negócio, contribuindo para o crescimento da economia.

Segundo os doutrinadores, as primeiras sociedades com as características de sociedade anônima foram a Companhia das Índias Orientais e a Companhia das Índias Ocidentais. Um dos primeiros empreendimentos, cujas características se aproximavam da sociedade anônima, conforme os doutrinadores, foi a Casa de São Jorge, mais tarde denominada Banco de São Jorge, que surgiu em Gênova, na Itália, em 1407.

No Brasil, as regras para disciplinar esse tipo societário surgiram com o Decreto n. 575, de 10.01.1849. Sobrevieram outras leis para tratar das sociedades anônimas, destacando-se o Decreto-Lei n. 2.627, de 26.09.1940, e, mais tarde, a Lei n. 6.404, de 15.12.1976, em vigor até a presente data, com algumas modificações pela Lei n. 9.457, de 05.05.1997; Lei n. 10.303, de 31.10.2001; e Lei n. 12.431, de 24.06.2011.

A sociedade anônima, segundo o que disciplinam os arts. 80 e 81 da Lei n. 6.404/76, está sujeita a um procedimento de constituição mais complexa, cujo processo deve preencher os seguintes requisitos preliminares:

subscrição, pelo menos por duas pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto social. Trata-se dos fundadores que assumem a obrigação de contribuir para a formação da sociedade. Tal subscrição pode ser pública (arts. 82 a 87 da Lei n. 6.404/76) ou particular (art. 88 da Lei n. 6.404/76);

realização, com entrada de 10% (dez por cento), no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro. Aqui se trata do compromisso de pagamento, ou seja, integralização do capital social. Essa integralização inicial é uma forma de corporificar a sociedade para que se possa dar início a suas atividades; e

depósito, no Banco do Brasil S.A. ou em outro estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), da parte do capital realizado em dinheiro.

5.2.4.2 Características

As principais características da sociedade anônima são:

- a) voltada, principalmente, para grandes empreendimentos;
- b) o capital social poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro e é dividido em ações;
- c) é sociedade de capital, e não de pessoas;
- d) a responsabilidade dos sócios (acionistas) é limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas, portanto o patrimônio pessoal do acionista não responde pelas dívidas da sociedade;
- e) é impessoal, pois visa apenas ao capital social e não se preocupa com as qualidades e as aptidões dos acionistas;
- f) é sempre empresarial, independentemente de seu objeto social;
- g) há a possibilidade de subscrição do capital social mediante o apelo ao público;
- h) a sociedade poderá ser de capital aberto ou fechado;
- e i) a sociedade é uma pessoa jurídica de direito privado.

5.2.4.3 Classificação das Sociedades Anônimas

As sociedades anônimas se classificam em sociedades de capital aberto ou abertas e sociedades de capital fechado ou fechadas, conforme tenham ou não, admitidos à negociação na bolsa de valores ou no mercado de balcão os títulos mobiliários de sua emissão.

Assim, de acordo com o art. 4º da Lei 6.404/76:

a. **abertas:** são as sociedades anônimas que possuem registro na Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e, conseqüentemente, têm suas ações negociadas em bolsa de valores e em balcão; e

b. **fechadas:** são as sociedades anônimas que não possuem registro na Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e, portanto, não negociam suas ações em bolsa de valores, mas tão somente em balcão.

Para Marlon Tomazette,

[...] a diferença mais importante entre a sociedade aberta e a fechada é que a primeira possui relações com todo o mercado investidor, devendo obediên-

cia a normas específicas que visam à sua proteção, ao passo que na fechada a relação é restrita aos próprios membros da sociedade.¹⁰²

Por outro lado, a legislação prevê a existência da sociedade anônima de capital autorizado, nos termos do art. 168 da referida Lei. “O estatuto pode conter autorização para aumento do capital social independentemente de reforma estatutária”.¹⁰³ Portanto, esse tipo societário decorre de previsão existente no estatuto social da sociedade para futuros aumentos do capital social, anteriormente aprovado em Assembleia Geral de Acionistas. O Conselho de Administração ou a Diretoria passam a ter poderes para autorizar o aumento de capital social.

No que se refere ao nome da sociedade anônima, deve ser adotada, obrigatoriamente, a denominação acrescida da palavra “Sociedade Anônima” por extenso ou abreviadamente (S.A.) ou, ainda, antepondo-se à palavra “Companhia” ou “Cia”, mas vedada “Cia” no final (art. 3º, § 1º, da Lei n. 6.404/76).¹⁰⁴

Exemplos:

- **Sociedade Anônima** Transporte Coletivo Boa Viagem;
- **S.A.** Transporte Coletivo Boa Viagem;
- Transporte Coletivo Boa Viagem **Sociedade Anônima**;
- Transporte Coletivo Boa Viagem **S.A.**;
- **Companhia** Transporte Coletivo Boa Viagem.

5.2.4.4 Capital Social e Ações

O capital social é o resultado dos valores integralizados pelos acionistas e está vinculado aos negócios que constituem o objeto social da sociedade.

Nesse sentido, para Marlon Tomazette:

102. TOMAZETTE, op. cit., p. 444.

103. BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 15 ago. 2018.

104. Ibidem.

[...] o capital social de uma sociedade deve ser fixado em moeda nacional (art. 5º da Lei n. 6.404/76), podendo ser formado por dinheiro ou quaisquer bens, desde que suscetíveis de avaliação em dinheiro (art. 7º da Lei n. 6.404/76), exigindo-se apenas os 10% iniciais em dinheiro (art. 80 da Lei n. 6.404/76). Também é possível a integralização do capital social em créditos, ficando o acionista responsável subsidiariamente pela satisfação do crédito. O direito brasileiro não admite as ações de trabalho, isto é, as ações integralizadas em serviços.¹⁰⁵

Para Marcelo Bertoldi, “o capital social da sociedade anônima é dividido em unidades às quais se dá o nome de *ação*, cujo titular é denominado *acionista*. Quem detém as ações, portanto, adquire a condição de *sócio*, advindo daí os direitos e deveres inerentes a essa qualidade”.¹⁰⁶

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “as ações são valores mobiliários representativos de unidade do capital social da sociedade anônima, que conferem aos seus titulares um complexo de direitos, deveres e obrigações”.¹⁰⁷

Edilson Enedino das Chagas ensina que, na sociedade anônima, “o capital social da companhia é dividido em partes, denominadas ações. A ação é, portanto, um valor mobiliário que representa parcela do capital social, atribuindo ao seu titular o caráter de acionista (sócio)”.¹⁰⁸

As ações são, desse modo, bens móveis e representam uma parte do capital social de propriedade dos acionistas, ou seja, são títulos negociáveis que asseguram a condição de acionistas aos seus titulares com todos os direitos e as obrigações. Podem ser classificadas da seguinte forma:

(i) Quanto aos direitos e às vantagens que confirmam a seus titulares, as ações podem ser: a) **ordinárias ou comuns**: são aquelas de emissão obrigatória e conferem ao titular o

105. TOMAZETTE, op. cit., p. 466.

106. BERTOLDI; RIBEIRO, op. cit., p. 263.

107. COELHO, op. cit., 2018, p. 213.

108. CHAGAS, op. cit., p. 284.

direito de voto, direito esse não estendido a todos os acionistas. Normalmente, destinam-se aos acionistas que têm interesse na administração da sociedade (art. 16 da LSA); b) **preferenciais**: são aquelas que concedem ao acionista o direito de preferência no recebimento dos lucros, fixo ou mínimo (dividendos), e prioridade no reembolso do capital. Podem ou não conferir o direito de voto aos seus acionistas. O máximo de ações preferenciais sem direito a voto, ou com restrições a esse direito, tolerado por lei, é de 50% das ações emitidas (art. 15, § 2º da LSA). São ações usadas pelos especuladores que têm pouco interesse na gestão da sociedade (art. 17 da LSA); e c) **de fruição**: são aquelas resultantes das ações ordinárias e preferenciais amortizadas. São títulos que podem ser atribuídos aos acionistas quando suas ações são integralmente amortizadas. O seu titular estará sujeito às mesmas restrições ou desfrutará das mesmas vantagens da ação ordinária ou preferencial amortizada, salvo se o estatuto social dispuser de forma diferente (art. 44, § 5º, da LSA). São as que conferem apenas direitos de gozo ao seu titular.

(ii) Quanto às formas, as ações podem ser:

a) **nominativas**: são as aquelas cuja propriedade se presume pela inscrição do nome do acionista no Livro de Registro de Ações Nominativas e que se transferem mediante registro anotado em livro específico escriturado pela companhia para esse fim. Normalmente, existe a emissão de certificado. Com o advento da Lei n. 8.021/90, todos os valores mobiliários, dentre esses, as ações, passaram a obedecer à forma nominativa, não sendo admitidas, portanto, as formas de ao portador e endossável. A transferência dessas ações somente pode ser efetuada por termo de cessão no Livro de Transferência de Ações Nominativas (art. 31 LSA); e b) **escriturais**: são as que não têm emissão de certificado e são mantidas em depósito, em nome de seus titulares, numa instituição financeira autorizada pela CVM. A propriedade da ação escritural presume-se pelo registro na conta de depósito das ações, em nome do acionista, nos livros da instituição depositária. E a titularidade de tais ações é demonstrada

pela exibição do extrato da conta de depósito das ações que a instituição financeira fornece sempre que solicitado pelo acionista (art. 34 da LSA).

(iii) Quanto ao valor, as ações podem ser: a) **ações com valor nominal**: são as que têm o valor determinado pela própria companhia e é o resultado do capital social dividido pelo número de ações (art. 13 da LSA); e b) **ações sem valor nominal**: são as que têm o valor determinado pelo resultado da divisão do patrimônio líquido dividido pelo número e pelas ações. Chamam-se, também, ações patrimoniais. O valor nominal da ação difere do preço de sua emissão (art. 14 da LSA).

5.2.4.5 Acionistas

Aquele que participa do capital social da sociedade anônima. São estas as modalidades a) **acionista ordinário** (ou comum): é o que tem direitos e deveres comuns de todo acionista. Tem dever de integralizar as ações subscritas; tem direito de votar (ações ordinárias); e tem preferência nos dividendos – lucros (ações preferenciais); b) **acionista controlador**: é a pessoa física ou jurídica (acionista) que detém a maioria do capital votante e, conseqüentemente, o poder de eleger os administradores da Companhia; c) **acionista majoritário**: é quem detém a maior participação no capital social dentre os demais acionistas, porém nem sempre é acionista controlador; d) **acionista minoritário**: é aquele que não participa do controle da companhia; e) **acionista dissidente**: é o que não concorda com certas deliberações da maioria e, como tal, tem o direito de retirar-se da companhia (direito de retirada ou de recesso); e f) **acionista remisso**: é quem não integralizou parcial ou totalmente as ações subscritas.

5.2.4.6 Valores Mobiliários

Quando as sociedades anônimas necessitam de recursos, podem emitir valores mobiliários, tais como: ações, partes beneficiárias, debêntures e bônus de subscrição que são

instrumentos úteis à captação de recursos no mercado e um investimento para a sociedade.

5.2.4.6.1 *Partes Beneficiárias (arts. 46 a 50 da LSA)*

Partes beneficiárias são títulos negociáveis, sem valor nominal e estranhos ao capital social, emitidos por companhias fechadas, que garantem aos que as adquirirem o direito de crédito eventual e a participação dos lucros anuais. A rentabilidade está limitada à participação nos lucros sociais.

5.2.4.6.2 *Debêntures (arts. 52 a 74 da LSA)*

Debêntures são valores mobiliários emitidos por sociedades anônimas como forma de captar recursos financeiros destinados a investimentos e que conferem direito de crédito contra a sociedade, nas condições estabelecidas na escritura de emissão e certificado de debêntures, se houver. Para a proteção dos investidores (debenturistas), é nomeado um agente fiduciário, que será o representante dos debenturistas.

5.2.4.6.3 *Bônus de Subscrição (arts. 75 a 79 da LSA)*

Bônus de subscrição são títulos negociáveis emitidos por sociedades anônimas de capital autorizado que conferem direito de subscrever ações da empresa emissora. A emissão é limitada pelo aumento do capital social autorizado no estatuto, segundo o art. 168 da LSA.

5.2.4.6.4 *Commercial papers*

Commercial papers são valores mobiliários criados no Brasil pela Lei n. 4.595/1964 e diversas instruções regulamentadoras e que se consolidou na Instrução Normativa n. 134/1990 da CVM e na Resolução n. 1.723/1990 do Conselho Monetário Nacional. A IN 566/2015 da CVM autorizou a emissão de notas promissórias pelas sociedades anônimas no mercado como valores mobiliários. Têm a estrutura de uma nota promissória, cujo objetivo é a captação de recursos para restituição em curto prazo.

5.2.4.7 Órgãos da Sociedade Anônima

Quatro são os principais órgãos da sociedade anônima criados pela Lei n. 6.404/76, denominados órgãos sociais: a assembleia geral; o conselho de administração; o conselho fiscal; e a diretoria, cada qual com funções específicas.

5.2.4.7.1 Assembleia Geral

Segundo Marlon Tomazette,

A organização dos poderes dentro da sociedade anônima tem sua ideia próxima à ideia da tripartição de poderes. Há órgãos de deliberação (assembleia geral e conselho de administração) que expressam a vontade da sociedade, determinam os rumos da companhia. Tal vontade é posta em prática pelos órgãos de execução (diretoria), que, por assim dizer, realizam a vontade da sociedade.¹⁰⁹

A assembleia geral é o órgão máximo da estrutura da sociedade anônima e tem caráter deliberativo. Todos os acionistas, mesmo os que não têm direito a voto, podem participar da assembleia geral de acionistas. O poder de decisão de uma sociedade anônima reside na assembleia geral – reunião de acionistas, convocada e instalada de acordo com a LSA e os estatutos e tem poderes para decidir todos os assuntos de interesse da companhia. O modo de convocação, tanto para as assembleias gerais ordinárias quanto para as extraordinárias, está disciplinado no art. 124 da LSA e difere para as Companhias Abertas e as Companhias Fechadas, a saber: a) CIA aberta: 15 dias - 1ª convocação; 8 dias - 2ª convocação; b) CIA fechada: 8 dias - 1ª convocação; 5 dias - 2ª convocação.

As assembleias gerais podem ser: a) assembleia geral ordinária (AGO) – realizada nos quatro primeiros meses seguintes ao término do exercício social e tem por objetivo apreciar e deliberar sobre a aprovação do balanço e a distribuição de dividendos (lucros) (art. 132 da LSA); b) assembleia geral extraordinária (AGE) – que pode ser instalada sempre que

109. TOMAZETTE, op. cit., p. 558.

necessário para discutir assuntos de interesse da Companhia (art. 135 da LSA); e c) assembleias especiais – reunião dos acionistas preferenciais, titulares de debêntures e partes beneficiárias, para debater assuntos específicos dessas classes.

5.2.4.7.2 Da Administração: Conselhos de Administração e Diretoria (art. 138 da LSA)

A administração da sociedade anônima, conforme dispõe o estatuto, compete ao conselho de administração, cujos membros, acionistas ou não, são eleitos e destituíveis pela assembleia geral, e à diretoria. O conselho de administração é um órgão colegiado e serve como um elo entre a assembleia geral e os diretores, bem como um eficiente instrumento de racionalização do funcionamento das sociedades anônimas.

A respeito do conselho de administração, Fábio Ulhoa Coelho ensina que “o conselho de administração é órgão, em regra, facultativo. Trata-se de colegiado de caráter deliberativo, ao qual a lei atribui parcela da competência da assembleia geral, com vistas a agilizar a tomada de decisões de interesse da companhia”.¹¹⁰

Ele é um órgão obrigatório somente nas sociedades de capital aberto, nas de capital autorizado e nas de economia mista (arts. 138, § 2º, e 239 da LSA).

A diretoria, cujos membros são eleitos e destituíveis pelo conselho de administração, quando houver, ou pela assembleia geral, é um órgão executivo, obrigatório, de representação legal da companhia e de execução das deliberações tomadas pelos acionistas em assembleia geral e pelo conselho de administração, e é composta por, no mínimo, dois membros, sendo pessoas naturais, acionistas ou não. Os diretores são administradores da sociedade e, como tais, são responsáveis pela direção e representação legal.

5.2.4.7.3 Conselho Fiscal (art. 161 da LSA)

O conselho fiscal é órgão de existência obrigatória, mas de funcionamento facultativo, composto de, no mínimo, três e, no máximo, cinco membros, acionistas ou não, eleitos

110. COELHO, op. cit., 2018, p. 217.

pela assembleia geral, e destinado à fiscalização dos órgãos de administração com o objetivo de proteger interesses da companhia e de todos os acionistas.

5.2.4.8 Direitos Essenciais dos Acionistas

O art. 109 da Lei n. 6.404/76¹¹¹ trata dos chamados direitos essenciais dos acionistas, a saber: (i) participar dos lucros sociais; (ii) participar do acervo da companhia, em caso de liquidação; (iii) fiscalizar, na forma prevista nessa Lei, a gestão dos negócios sociais; (iv) ter preferência para subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos arts. 171 e 172; e (v) retirar-se da sociedade nos casos previstos nessa Lei.

5.2.4.9 Sociedade de Economia Mista (art. 235 a 242 da LSA)

Sociedade de economia mista é a sociedade anônima cujo capital social é subscrito, na forma majoritária, pelo poder público e, na forma minoritária, pelos particulares e é voltada à exploração de atividade econômica ou à prestação de serviços.

Para Marlon Tomazette,

As sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, mas são integrantes da administração pública, ainda que explorem atividades econômicas. Assim sendo, estão sujeitas a normas inerentes a tal condição, com as adequações decorrentes da natureza da atividade exercida, como, por exemplo, a sujeição ao procedimento licitatório, nos termos da Lei n. 13.303/2016.¹¹²

A sociedade de economia mista depende de prévia autorização legislativa, ou seja, uma lei própria aprovando a sua constituição. Seu objeto social deve ser voltado a empreendimentos e atividades previstos na própria lei que

111. BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as sociedades por ações, op. cit.

112. TOMAZETTE, op. cit., p. 625.

a criou. Além disso, deve haver a participação do capital público e privado.

Deve ter, obrigatoriamente, conselho de administração e conselho fiscal e não estar sujeita à falência, conforme os termos do art. 2º da Lei n. 11.101/05.

Embora sejam sociedades empresárias, por força da Lei n. 11.101/05, estão excluídas do âmbito da falência as sociedades de economia mista e empresas públicas.

A respeito desse assunto, que tem sido objeto de discussão entre os juristas, Marlon Tomazette ensina que:

Portanto, pode-se concluir que as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público estão absolutamente excluídas da Lei n. 11.101/05. Já as que exploram atividade econômica estão sujeitas aos seus termos, numa interpretação conforme o art. 173, § 1º, II da Constituição Federal.¹¹³

5.2.5 Sociedade em Comandita por Ações (arts. 280 a 284 da LSA e arts. 1.090 a 1.092 do CC/2002)

As sociedades em comandita por ações, atualmente em desuso, regem-se pelas normas das sociedades por ações (Lei 6.404/76) às quais se aplicam todas as normas relativas à sociedade anônima, respeitando-se as especificidades previstas na legislação pertinente a esse tipo societário.

O seu ato constitutivo é o estatuto social, razão pela qual se diz que é uma sociedade institucional. O capital social é dividido em ações, e somente os acionistas podem ser diretores ou gerentes, nomeados no próprio estatuto. Para o nome, pode ser usado denominação ou firma, acrescido da expressão “Comandita por Ações”. Os sócios comanditados são os diretores ou gerentes, os quais têm responsabilidade ilimitada, e os sócios comanditários são os demais acionistas, que têm responsabilidade limitada.

5.2.6 Sociedade Cooperativa

113. Ibidem.

A sociedade cooperativa é uma sociedade simples, de pessoas, e o seu ato constitutivo é o estatuto social. Deve adotar denominação como nome empresarial, e o seu registro, apesar de sociedade simples, deve ser no Registro Público de Empresas Mercantis a cargo da Junta Comercial, conforme previsto no art. 18 da Lei n. 5.764, de 16.12.1971.

As principais características da sociedade cooperativa são: a) a responsabilidade dos sócios (cooperados) poder ser limitada ou ilimitada, conforme o previsto no estatuto social; b) não é necessário ter capital social; c) o capital social, se existir, é variável; d) cada sócio tem direito a um só voto nas deliberações, independentemente da quantidade de cotas; e) a distribuição dos resultados é proporcional ao trabalho realizado por cada sócio; e f) a intransferibilidade de cotas a terceiros mesmo por herança.

CAPÍTULO 6

SOCIEDADES COLIGADAS, CONTROLADORAS E CONTROLADAS (art. 242 da LSA e art. 1.097 a 1.101 do CC)

Durante a sua vida, uma sociedade pode se relacionar com outras sociedades, a fim de buscar melhor desempenho, investimento mais apropriado e mais retorno. Nessas relações entre sociedades, denota-se que as principais se relacionam a participações no capital social, ou seja, uma sociedade participa do capital social de outra. No Código Civil, tais participações são tratadas como “coligações”.

São consideradas sociedades coligadas aquelas em que, nas suas relações de capital, são controladoras, controladas, filiadas ou de simples participação:

a. sociedade controlada: se submete ao controle de outra sociedade, denominada controladora, ou seja, é a sociedade de cujo capital social outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações (art. 1.098 do CC/2002 e art. 243 da LSA);

b. sociedade controladora: possui o controle de outra sociedade. É o sócio controlador da outra sociedade, pois detém a maioria do capital votante dessa. É o sócio que lhe assegura, de modo permanente, preponderância nas deliberações e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade controlada (art.1.098 do CC/2002 e art. 243 da LSA);

c. sociedade coligada: se dá nas hipóteses em que uma sociedade participa com 10% (dez por cento) ou mais do capital social da outra, sem a controlar, sendo vedada a participação recíproca (art. 1.099 do CC/2002 e arts. 243, § 1º, e 244 da LSA); e

d. simples participação: é a sociedade de cujo capital outra sociedade possua menos de 10% (dez por cento) do capital com direito de voto (art. 1.100 do CC/2002).

CAPÍTULO 7

SOCIEDADE SUBSIDIÁRIA INTEGRAL (art. 251 da LSA) E CONSÓRCIO (art. da LSA)

A participação no capital de outras sociedades, muitas vezes, é uma estratégia que visa à descentralização da administração de atividades exercidas sob o mesmo controle. É aquela sociedade que tem como único acionista outra sociedade, que deve ser brasileira.

Para Marcelo M Bertoldi,

A sociedade subsidiária integral representa exceção à regra de que as sociedades deverão contar com pelo menos dois sócios. Trata-se de uma sociedade unipessoal, constituída obrigatoriamente sob a forma de sociedade anônima, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira. Poderá também se originar de conversão de uma sociedade unipessoal mediante a aquisição, por sociedade brasileira, de todas as ações.¹¹⁴

Segundo Marlon Tomazette, “trata-se de uma ideia similar à de uma filial, porém dotada de personalidade jurídica própria e, conseqüentemente, de direitos e obrigações próprios”.¹¹⁵

114. BERTOLDI; RIBEIRO, op. cit., p. 378.

115. TOMAZETTE, op. cit., p. 647.

CAPÍTULO 8

CONSÓRCIO

(arts. 278 e 279 da LSA)

A união de esforços empresariais para atender a determinados empreendimentos, tais como a construção de determinada obra, a participação em licitações, pode resultar em consórcio.

Consórcio é o contrato pelo qual duas ou mais sociedades, sob o mesmo controle ou não, se comprometem a executar em conjunto empreendimento comum e que não conseguiriam realizar sozinhas. As sociedades consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no contrato de consórcio e não existe presunção de solidariedade entre elas. O ato constitutivo será arquivado na junta comercial, embora não seja dotado de personalidade jurídica, e cada consorciado continua com a sua personalidade jurídica própria. A falência de uma consorciada não se estende às demais, e o consórcio continua com as demais consorciadas (arts. 278 e 279 da LSA).

CAPÍTULO 9

DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADES

(arts. 1.033 a 1.038 do CC/2002
e arts. 206 a 219 da LSA)

O Direito Empresarial visa, sobretudo, preservar a empresa, assim como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 170, ao tratar da ordem econômica, também tentou defender esse princípio, o que, mais tarde, foi consolidado pela Lei n. 11.101/05, que, em seu art. 47, disciplina que:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.¹¹⁶

Tal princípio, portanto, não pode ser esquecido. Todavia, existem situações em que os sócios não encontram outra solução a não ser dissolver a sociedade.

Para Marlon Tomazette,

O processo de encerramento da sociedade deve ter um marco inicial, isto é, deve ocorrer um fato para desencadear todo o processo. Esse fato é o que denominamos dissolução *stricto sensu*, que pode ser entendida como a causa do encerramento da sociedade, ou seja, o fato que desencadeia todo o processo de dissolução em sentido amplo. Nesse momento, opera-se uma alteração no objetivo da

116. BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 4 jun. 2018.

sociedade, Em vez de objetivar a produção dos lucros, a sociedade passa a objetivar o acerto de sua situação patrimonial, para uma eventual divisão do seu patrimônio entre os sócios.¹¹⁷

Dissolução, portanto, é o conjunto de atos necessários ao encerramento da sociedade nos termos dos arts. 1.033 a 1.038 do CC/2002 e dos arts. 206 a 219 da Lei n. 6.404/76. Segundo Paulo Roberto Bastos Pedro e Nathaly Campitelli Roque, “a dissolução tem por objetivo, verificada a causa dissolutória, iniciar a liquidação do ativo da pessoa jurídica para o pagamento do passivo social e, conseqüentemente, dar ensejo à partilha do acervo que ficou remanescente. Após a partilha, teremos a extinção da pessoa jurídica”.¹¹⁸

Essa dissolução pode se apresentar de duas formas: total ou parcial.

A dissolução total resulta o fim da personalidade jurídica da sociedade mercantil. Por meio da dissolução, opera-se o desfazimento do ato constitutivo (contrato social ou estatuto social) da sociedade empresária. Por outro lado, a dissolução parcial traduz uma resolução do contrato em relação a um sócio, por exemplo, no caso de morte ou exclusão de um deles. O vínculo contratual entre os demais sócios persiste.

O Código Civil prevê duas espécies de dissolução: extrajudicial (consensual): art. 1.033; e judicial: art. 1.034. Determinada a forma de dissolução pelos sócios, a pessoa jurídica não está, de imediato, extinta. Torna-se necessário o cumprimento de etapas que irão concretizar a sua despersonalização, ou seja, o seu término.

9.1 PARTES DO PROCESSO DE DISSOLUÇÃO

9.1.1 Liquidação

Liquidação é a etapa em que o ativo da sociedade é realizado e, com o seu produto pago, o passivo e as possíveis sobras deverão ser distribuídos aos seus sócios. Poderá

117. TOMAZETTE, op. cit., p. 421.

118. PEDRO; ROQUE, op. cit., p. 130.

processar-se judicial ou extrajudicialmente. Aprovada a ideia da dissolução, cumpre aos administradores providenciar, imediatamente, a investidura do liquidante. Durante a liquidação, a sociedade empresária sofre restrições em sua personalidade jurídica.

9.1.2 Partilha

Concluída a liquidação do patrimônio (ativo x passivo), o saldo deve ser partilhado entre os sócios. Trata-se do exercício de um dos direitos patrimoniais que se adquire no momento da aquisição da qualidade de sócio.

9.1.3 Extinção

Terminada a partilha, ou seja, pago o passivo e rateado o ativo entre os sócios da sociedade, passa-se, a seguir, para a despersonalização da sociedade e a sua efetiva extinção, uma vez que, finda a liquidação, não subsistem motivos para a manutenção da sociedade.

CAPÍTULO 10

REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA (**arts. 1.113 a 1.122 do CC/2002 e arts. 220 a 234 da LSA**)

As sociedades nascem por meio de seus atos constitutivos, adquirem a personalidade jurídica com o registro no respectivo órgão e podem, durante toda a sua existência, passar por algumas mudanças necessárias, muitas vezes à sua própria existência. São mudanças jurídicas na estrutura das sociedades, as quais se denominam: transformação, incorporação, fusão e cisão.

10.1 TRANSFORMAÇÃO (arts. 1.113 a 1.115 do CC/2002 e arts. 220 a 223 da LSA)

Transformação é a operação pela qual uma sociedade passa de uma espécie para outra, sem que isso signifique a extinção da sociedade anterior e a criação de uma nova. Ocorre a mudança de tipo societário. A sociedade, pessoa jurídica titular de direitos e obrigações, permanece inalterada, modificando-se somente sua estrutura jurídica, que deixa de seguir determinadas normas relacionadas com o âmbito de responsabilidade de seus sócios, forma de administração, de captação de recursos, de admissão e demissão de sócios, de destinação de lucros. É o mesmo sujeito de direito coletivo anterior à transformação que permanece. Ocorre, por exemplo, no caso da sociedade limitada, que se transforma em sociedade anônima - Fábrica de Brinquedos Alegre Ltda torna-se Fábrica de Brinquedos Alegre S.A.

Verifica-se, portanto, que houve somente a transformação do tipo societário. A sociedade mantém a sua existência alterando o seu ato constitutivo para contemplar a alteração havida e passa a assumir um novo tipo societário. As

relações com terceiros anteriores à transformação, portanto, não são alteradas.

10.2 INCORPORAÇÃO (arts. 1.116 a 1.118 do CC/2002 e art. 227 da LSA)

Incorporação é a operação de concentração societária em que uma ou mais sociedades são absorvidas por outra. Nesse caso, a sociedade incorporada deverá aprovar protocolo de operação, medida interna da sociedade, e autorizar que seus administradores pratiquem os atos necessários à incorporação. Por outro lado, a sociedade incorporadora internamente delibera para a realização do ato de incorporação. A partir do momento em que é aprovada, definitivamente, a incorporação, a sociedade ou sociedades incorporadas extinguem-se. Exemplo: Banco do Brasil S.A. – empresa incorporadora; Banco do Estado de Santa Catarina S.A. – empresa incorporada.

Nesse caso, após aprovados os atos da incorporação, extingue-se a incorporada, podendo ser tomadas as medidas necessárias junto ao registro competente. Desse modo, todos os direitos e as obrigações da sociedade incorporada passarão a ser da sociedade incorporadora.

10.3 FUSÃO (arts. 1.119 a 1.121 do CC/2002 e art. 228 da LSA)

Fusão é uma operação de concentração de empresas, na qual duas ou mais sociedades se unem, resultando, dessa união, uma nova sociedade, que sucederá as sociedades extintas em todos os direitos e as obrigações. É a aglutinação de duas ou mais sociedades formando uma nova pessoa jurídica, e duas primeiras deixam de existir. Exemplo: SADIA S.A. + PERDIGÃO S.A. = BRASIL FOODS (BRF).

10.4 CISÃO (art. 229 da LSA)

Cisão é a operação pela qual uma sociedade transfere parcelas ou a totalidade do seu patrimônio da companhia

para uma ou mais sociedades já existentes ou constituídas para essa finalidade. A cisão pode ser parcial ou total. Ela é parcial quando ocorre a versão de apenas parte do patrimônio da sociedade cindida. Por outro lado, a cisão é total quando todo o patrimônio é transferido para outras sociedades, extinguindo-se a sociedade cindida. Exemplo: Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. – ocorreu a cisão parcial, resultando em: a) Celesc Distribuição e Comercialização; b) Celesc Geração; e c) Celesc Telecomunicações.

Trata-se de uma cisão parcial em que a empresa cindida teve o seu patrimônio dividido nas demais empresas que foram criadas. Se, nesse caso, houvesse a cisão total, a empresa cindida teria sido extinta, e as novas sociedades absorveriam parcelas de seu patrimônio.

CAPÍTULO II

TÍTULOS DE CRÉDITO

Desde os primórdios da civilização, o crédito, dentro do enfoque econômico, sempre foi fundamental para o desenvolvimento da atividade empresarial, uma vez que o empresário se utiliza de recursos financeiros, representados por títulos de crédito, para satisfazer suas obrigações empresariais.

II.1 TÍTULOS DE CRÉDITO

O crédito, economicamente falando, representa a troca de um bem presente por outro futuro e sempre integrou o desenvolvimento da atividade empresarial. Além disso, ele é de fundamental importância para a implementação das atividades econômicas.

Para Fábio Ulhoa Coelho, “os títulos de crédito são documentos representativos de obrigações pecuniárias. Não se confundem com a própria obrigação, mas se distinguem dela na exata medida em que a representam”.¹¹⁹

Os títulos de crédito caracterizam-se, assim, por serem documentos que representam determinadas obrigações pecuniárias. Desempenham função econômica na medida em que substituem a própria moeda em sua função de instrumento de troca e são documentos que se destinam a representar um crédito. Desse modo, a existência de um título exige a preexistência de um direito de crédito a ser por aquele simplesmente representado.

De acordo com os ensinamentos do jurista italiano Cesare Vivante, conceitua-se título de crédito como o “documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele contido”.¹²⁰

119. COELHO, op. cit., 2018, p. 239.

120. CRUZ, op. cit., 2019, p. 339.

O Código Civil, em seu art. 887, o conceitua como “o título de crédito, documento necessário ao direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei”.¹²¹

11.1.1 Previsão Legal

Com o desenvolvimento do comércio internacional, passou a ser necessária a regulamentação padronizada dos instrumentos que possibilitavam a realização de relações comerciais. Em 1930, com a Convenção de Genebra, surgiu o texto da chamada Lei Uniforme, válida para 25 países. No Brasil, desde 1908, existia a chamada Lei Cambial (Decreto nº 2.044/1908) regulamentando a matéria.

A partir da Constituição Federal de 1946, os decretos passaram a adquirir a forma dos decretos como atualmente são conhecidos. Naquele ano, foi ratificada a Convenção de Genebra. Em 1966, o Decreto nº 57.663/66 estabeleceu que a Lei Uniforme deveria ser cumprida simplesmente anexando o seu texto aos dizeres do diploma legal brasileiro.

Em 1971, o Supremo Tribunal Federal, politicamente, decidiu que a Lei Uniforme estava, sim, em vigor no País, salvo nos aspectos em que o Brasil houvesse, especificamente, assinado reservas. Nessas hipóteses, deveriam ser aplicadas as disposições da Lei Cambial. Em 2002, os títulos de crédito foram disciplinados pelo Código Civil em seus arts. 887 a 926. Vale dizer que o Código Civil de 2002 adotou o princípio da liberdade de criação e de emissão de títulos inominados.

Não há, nesse diploma legal, disposições atinentes aos títulos nominados, tais como letra de câmbio, cheque, nota promissória e duplicata. A aplicação do Código Civil de 2002 aos títulos de crédito somente é possível quando não houver lei especial que os regulamente já que, nos termos do art. 903, “salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código”.¹²²

121. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

122. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

11.1.2 Conceito

Conforme visto anteriormente, segundo Vivante, “título de crédito é o documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo que nele se contém”.¹²³

Conforme dispõe o art. 887 do CC/2002: “O título de crédito, documento necessário ao direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei”.¹²⁴

As características dos títulos de crédito estão relacionadas aos seguintes princípios:

a. cartularidade: significa que, enquanto o título existir fisicamente, o seu possuidor deverá apresentá-lo para exercer o direito nele mencionado. Nesse sentido, documento e direito se confundem. Um título de crédito existe enquanto existir a sua cártula, um papel, para que seja válido como título e para que possa ser cobrado. Para que o credor de um título de crédito exerça os direitos por ele representados, é indispensável que se encontre na posse do documento a cártula e a apresente no momento da cobrança. Destaca-se que, com a promulgação do Código Civil de 2002, o requisito da cartularidade dos títulos de crédito tende a desaparecer. Por consequência, esse diploma legal permite tanto a criação de títulos inominados ou atípicos como também a emissão de títulos por via eletrônica, em conformidade com o § 3º do art. 889 do CC/2002;

b. literalidade: significa que o direito deve ser observado segundo o teor do documento. É a obrigatoriedade de o título de crédito estar devidamente preenchido, explicitando, assim, de forma literal, a obrigação por ela representada. Existe o provérbio que diz: “o que não está no título não está no mundo”. Todas as pessoas que figurarem no título serão coobrigadas, respeitando-se os valores, as datas e os locais de pagamentos do Título de Crédito;

c. autonomia: significa que a posse de boa-fé do título enseja um direito próprio. A autonomia é a característica

123. CRUZ, op. cit., 2019, p. 62.

124. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

de acordo com a qual uma obrigação que se origina de um título de crédito (obrigação cambial ou cambiária) é autônoma em relação às demais obrigações originadas do mesmo direito de crédito (obrigações civis ou comerciais). As obrigações que se apresentarem no título são autônomas entre si. Se uma dessas obrigações for nula ou anulável, eivada de vício jurídico, tal fato não comprometerá a validade e a eficácia das demais obrigações constantes do mesmo título de crédito. Os coobrigados possuem, no caso, autonomia das suas obrigações e, mesmo sendo inválida a obrigação de um dos coobrigados, não vicia o título nem os demais. Esse princípio se subdivide em dois subprincípios: abstração e inoponibilidade das exceções pessoais;

d. abstração: refere-se ao fato de que, quando o título passa a circular, encontrando-se nas mãos de alguém que não participou da relação que lhe deu causa (origem), ele se desvincula por completo do negócio que ensejou sua criação. Essa característica resulta na segurança necessária a respeito da circulação do título de crédito, podendo ele circular livremente, sem a necessidade de se averiguar as causas de seu surgimento; e

e. inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé: prevista no Decreto n. 57.663/66 (Lei Uniforme de Genebra) que, no art. 17, estabelece que “as pessoas acionistas em virtude de uma letra não podem opor ao portador exceções fundadas sobre as relações pessoais delas com o sacador ou com os portadores anteriores, a menos que o portador ao adquirir a letra tenha procedido conscientemente em detrimento do devedor”. Devido à abstração, nenhuma exceção pessoal que o devedor tenha contra o beneficiário originário poderá ser oposta a terceiro de boa-fé.

O Código Civil, no art. 916, igualmente determina que “as exceções, fundadas em relação do devedor com os portadores precedentes, somente poderão ser por ele opostas ao portador, se este, ao adquirir o título, tiver agido de má-fé”.¹²⁵

125. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “os três princípios do direito cambiário não são produtos de engenho do legislador e dos juristas apenas. Ao contrário, decorrem de um longo processo histórico, em que os comerciantes vêm desenvolvendo e aprimorando os mecanismos de tutela do crédito comercial”.¹²⁶

11.1.3 Classificação dos Títulos de Crédito

Os diversos autores têm apresentado as mais diferentes classificações dos títulos de crédito. A intenção aqui é fazer uma síntese sobre o assunto.

11.1.3.1 Quanto aos Negócios de Origem (Hipótese de Emissão)

Os títulos de crédito, quanto aos negócios de origem, podem ser:

a. causais: são aqueles no qual o negócio jurídico que lhe deu origem, por força da lei, vincula-se ao título de tal sorte que produz efeitos sobre a sua vida jurídica. Somente podem ser emitidos quando da realização de determinado negócio jurídico, nos termos previstos em lei. A sua emissão depende da ocorrência de determinada hipótese ou “causa” específica, prevista na respectiva norma que os regule, constituindo tal causa requisito indispensável à sua emissão. Exemplo: duplicata mercantil, em que somente ocorre a sua emissão diante da compra e venda de mercadorias ou da prestação de serviços que lhe deem origem, causa; e

b. abstratos: são aqueles que, uma vez emitidos, desvinculam-se, completamente da causa que lhe deu origem; aqueles cuja emissão não depende da ocorrência de determinada hipótese ou “causa” específica. Exemplos: nota promissória, cheque e letra de câmbio.

11.1.3.2 Quanto ao Modo de Circulação

Os títulos de crédito, quanto ao modo de circulação, podem ser:

126. COELHO, op. cit., 2018, p. 242.

a. ao portador: nos quais não há qualquer identificação do beneficiário; o que facilita a circulação do título. A mera tradição é suficiente para a transmissão do título de crédito. Deve ser pago a quem os portar, tornando-se portador, assim, o credor do título. Não é necessário o endosso para a sua transferência, podendo ser transferido pela simples tradição – entrega do título. Normalmente, nessa modalidade de título, encontra-se a expressão: “pague-se ao portador deste título”;

b. nominativos: comumente conhecidos como nominais, são aqueles que indicam o nome do credor, e, para essa espécie de título, torna-se necessário o endosso como forma de proceder a efetiva transferência do título;

c. à ordem: os títulos com cláusula “à ordem” são aqueles cuja titularidade se transfere mediante a indicação, por meio do endosso efetuado pelo atual beneficiário, do nome de nova pessoa a quem deva ser paga a quantia expressa no título. Exemplos: cheque, letra de câmbio, nota promissória e duplicata; e

d. não à ordem: os títulos com cláusula “não à ordem” não são transferidos por endosso, somente por cessão civil de crédito. É a forma de transferência de um crédito não representado por um título de crédito, mas previsto em contrato, sendo matéria de Direito Civil.

Na cessão civil de crédito, o cedente precisa comunicar ao devedor a cessão do crédito contra ele existente a fim de que o referido devedor possa, se for o caso, opor eventuais exceções à cessão efetuada.

11.1.3.3 Quanto ao modelo

Os títulos de crédito, quanto ao modelo, podem ser:

a. livres: são aqueles que não apresentam forma própria, ou seja, padrão previamente estabelecido. O formato não segue um rigor absoluto, podendo ser confeccionados, quanto à sua forma, da maneira que atenda aos interesses das partes e cumpra os requisitos determinados em lei. Exemplos: nota promissória e letra de câmbio. Para serem válidos, é preciso que atendam a uma série de requisitos estabelecidos por lei, mas a suas formas não são previamente estipuladas; ou

b. vinculados: são aqueles títulos que obedecem a padrões previamente definidos para o preenchimento dos requisitos de cada um. As partes não podem alterá-los, sob pena de invalidá-los. Exemplos: duplicata e cheque. Esse apresenta como requisito específico o lançamento em formulário próprio fornecido pelo banco.

11.1.3.4 Quanto à Tipicidade

Os títulos de crédito, quanto à tipicidade, podem ser:

a. típicos: são os definidos em lei. Exemplos: nota promissória, letra de câmbio, duplicata e cheque; ou

b. atípicos: são o que não se encontram definidos em lei; e a eles se aplicam as disposições do Código Civil de 2002.

11.1.3.5 Quanto ao Órgão Emissor

Os títulos de crédito, quanto ao órgão emissor, podem ser:

a. públicos: são os títulos emitidos pelo Estado ou por qualquer pessoa jurídica de direito público; ou

b. privados: são os títulos emitidos por pessoas de direito privado.

11.2 CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO CAMBIÁRIO - ATOS CAMBIÁRIOS

Os atos cambiários podem ser por meio de:

I) saque: é o ato de lançamento do título de crédito, ou seja, o momento da sua criação, da sua emissão;

II) aceite: é uma declaração cambiária facultativa, eventual e sucessiva, por meio da qual o sacado se compromete ao pagamento do título de forma a tornar-se o principal devedor em substituição ao sacador. É o ato cambiário em que o sacado de um título de crédito concorda em cumprir a ordem que lhe é dada e se vincula ao pagamento do título de crédito; e

III) endosso: uma das características do título de crédito é a circulabilidade, uma vez que é concebido justamente para

circular. Portanto, a circulação do título de crédito ocorre pelo instituto cambiário chamado endosso.

Para Marcelo M. Bertoldi,

Trata-se o endosso de instituto tipicamente cambial, por meio do qual ocorre a transferência do título do endossante (aquele que está a transferir a propriedade do título) ao endossatário (pessoa para quem o título é transferido e que, a partir de então, passa a ser seu proprietário).¹²⁷

Endosso, portanto, é o ato pelo qual o credor de um título de crédito à ordem transfere o seu direito de crédito para outra pessoa e torna-se coobrigado pela satisfação do crédito. É um método translativo da sua propriedade ou titularidade. São partes intervenientes: a) o endossante: quem endossa o título de crédito para terceiros; e b) endossatário: para quem o título de crédito é transferido por meio do endosso.

O endosso é puro e simples. É necessário, portanto, a simples assinatura de próprio punho do endossante no título para que tenha validade. Desse modo, para a constituição do endosso, basta a assinatura do endossante. Se este for analfabeto, no entanto, precisará nomear um mandatário para endossar em seu nome.

Dessa forma, o endosso: a) vincula o endossante ao pagamento do título de crédito, na qualidade de coobrigado; b) transfere a titularidade de crédito representado pelo título do endossante ao endossatário; e c) o endossatário passa a ser o novo credor do título de crédito.

11.2.1 Modalidades de endosso

O endosso pode ser de duas espécies:

a. em preto: é aquele que especifica o nome do endossatário, ou seja, contém o nome do endossatário. Exemplo: “Pague-se a João da Silva”; ou

b. em branco: é aquele que não identifica o endossatário e transforma o título de crédito em título ao portador. Contém, portanto, apenas a assinatura do endossante, sem

127. BERTOLDI; RIBEIRO, op. cit., p. 420.

indicação expressa do nome do beneficiário em favor de quem se endossa. Exemplo: “Pague-se” ou contém a simples assinatura do endossante no verso ou na face do título, sem que conste a designação da pessoa a quem se transfere o título.

O endosso pode ser classificado como:

a. endosso próprio: que tem como função a efetiva transferência dos direitos resultantes do título de crédito e torna o endossante responsável pelo seu pagamento; e

b. endosso impróprio: que transfere somente o exercício dos direitos inerentes ao título. São espécies de endosso impróprio: (i) endosso mandato ou endosso-procuração: é o que não transfere a propriedade do título de crédito, mas o endossante investe o endossatário na qualidade de procurador para o fim especial de cobrar o título de crédito. O endossante continua legítimo proprietário do crédito. Trata-se de uma forma simplificada de constituição de procurador (mandatário). Deve, portanto, constar a expressão “valor a cobrar”; (ii) **endosso penhor:** é a espécie de endosso por meio do qual o endossante transfere ao endossatário o título como forma de garantia de outra obrigação. Nessa modalidade de endosso, o crédito não é transferido para o endossatário. A partir do momento em que a obrigação garantida pelo penhor é cumprida, o título retorna à posse do endossante; e (iii) **endosso caução:** nesse caso, o crédito não se transfere para o endossatário, que é investido na qualidade de credor pignoratício do endossante. Cumprida a obrigação garantida pelo penhor, deve a letra retornar ao endossante.

Existem algumas modalidades de endosso que produzem efeitos de cessão civil de crédito. São aquelas em que o endossante não responde, em regra, pela solvência do devedor e que o endossatário não adquire obrigação autônoma. São eles: a) endosso praticado após o protesto da falta de pagamento ou transcurso do prazo legal para a extração desse protesto, também denominado “endosso póstumo”; e b) endosso de letra de câmbio com cláusula “não à ordem”.

O endosso é um instituto do direito cambiário e trata-se de um ato unilateral de declaração de vontade. A cessão civil de crédito, utilizada na transferência dos títulos não à ordem, é um instituto do direito civil, que é um acordo bilateral de vontade, que pode assumir qualquer forma.

IV) aval: é uma garantia. É a obrigação cambiária assumida por alguém como uma garantia de pagamento firmado por terceiro. É uma garantia pessoal de natureza cambial prestada pelo avalista, pessoa física ou jurídica, que se obriga de forma incondicional pelo avalizado (devedor), assumindo, total ou parcialmente, obrigação pecuniária contraída pelo avalista com base num título de crédito. Pelo aval, a pessoa passa a assumir a responsabilidade pelo pagamento do título. Dessa forma, deve-se ressaltar que:

- a formalização do aval se dá com a assinatura do avalista no anverso do título de crédito, sem indicação do ato. Se o aval for lançado no verso do título, ele deve ser identificado mediante a expressão “bom para aval” ou equivalente;
- o avalista assume a posição de devedor de um título de crédito. O avalista é a pessoa que prestou o aval e o avalizador é aquele em favor de quem foi prestado o aval;
- o aval é instituto autônomo, ou seja, ainda que o título de crédito ou mesmo a obrigação principal seja nula, o aval pode não o ser;
- de acordo com o art. 32 da Lei Uniforme, o avalista é responsável da mesma forma que o seu avalizado. Sua obrigação equivale à do avalizado. Assim, eventual nulidade da obrigação do avalizado não compromete o avalista;
- o avalista responde perante todos os credores do avalizado. Após o pagamento, o avalista terá direito de regresso em face dos coobrigados anteriores (sacador, endossantes anteriores/avalistas anteriores) e do próprio avalizado;
- o aval necessariamente deve ser completo, ou seja, deverá cobrir toda quantia estipulada no título. Embora o instituto do aval parcial tenha sido vedado pelo Código Civil de 2002, parágrafo único do art. 897, essa regra não se aplica em virtude do art. 903 do Código Civil de

2002: “Salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código”. A Lei Uniforme, em seu art. 30, disciplina que “O pagamento de uma letra pode ser no todo ou em parte garantido por aval”¹²⁸;

- o aval pode ser de duas formas:

a. em branco: ocorre quando não identifica o nome do avalizado, sendo presumido que este será o sacador (art. 13 da Lei Uniforme); ou

b. em preto: ocorre quando é indicado o nome do avalizado.

Existem espécies de aval:

a. aval simultâneo: quando vários avalistas garantem o mesmo avalizado ao mesmo tempo. Nesse caso, os avalistas serão solidários, mas apenas quando avalizarem o mesmo devedor. É a existência de vários avalistas em um único título e que simultaneamente avalizam referido título, de forma limitada ou não; e

b. aval sucessivo: quando vários avalistas se garantem uns aos outros sucessivamente. É o avalista do avalista.

Embora ambos sejam espécies de garantia, o aval se distingue da fiança, haja vista que: a) aval: é ato de garantia cambial, que sempre está vinculado a um título de crédito. É um instituto de direito cambiário (títulos de crédito) e uma obrigação autônoma, que não admite benefício de ordem; e b) fiança: é ato de garantia de efeitos não cambiais, que é um contrato acessório a um contrato principal, do qual é totalmente dependente. É um instituto do direito civil (contratos) e uma garantia acessória e, se nada constar, possui benefício de ordem.

V) vencimento e pagamento: quanto ao vencimento dos títulos de crédito, as leis que tratam, especificamente, sobre cada uma das modalidades, bem como a Lei Uniforme de Genebra, determinam os respectivos prazos.

128. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 05 jun. 2018.

O pagamento fica configurado com o cumprimento da obrigação cambiária assumida pelo obrigado principal. Caso esse não o efetue e seja comprovada por protesto, a obrigação poderá ser cobrada de qualquer coobrigado. Somente se considera extinta a obrigação quando ela é paga pelo devedor.

VI) protesto: de maneira genérica, pode-se dizer que protesto é o ato formal em que se provam a inadimplência e o descumprimento da obrigação. Ocorre na esfera extrajudicial e objetiva conservar e ressaltar direitos, já que demonstra que não foi efetuado o pagamento de um título de crédito. Portanto, ele serve como meio de prova e de garantia do direito do credor em face dos coobrigados.

Não tem caráter de pena. É, sim, meio de prova de que não foi efetuado o pagamento relativo a um título de crédito. O protesto é elemento que positiva o não cumprimento da obrigação cambial, caracterizando a mora do devedor.

Nos termos do art. 1º da Lei 9.492, de 10.09.1997, denominada Lei do Protesto, esse é o “ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”.¹²⁹ Note-se que, nesse conceito, não se enquadra o protesto por falta de aceite, possível para as letras de câmbio.

As principais finalidades do protesto são: a) caracterizar a impontualidade do devedor; b) garantir o direito de regresso contra os coobrigados no título de crédito; e c) provar a existência da mora (art. 48, alínea 2ª, da Lei Uniforme).

O protesto é de responsabilidade do credor, que figura como beneficiário no título e pode ser motivado pela: a) falta ou recusa de aceite: naqueles títulos que admitem aceite (letra de câmbio e duplicata); b) falta ou recusa de pagamento: quando vencido o título e não for pago; e c) falta de devolução do título: quando o sacado não devolve o título no prazo legal.

129. BRASIL. **Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997**. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9492.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

Caso o devedor não cumpra com a obrigação constante do título de crédito, poderá ser promovida a cobrança extrajudicial ou judicial do crédito mediante as seguintes medidas judiciais:

- **ação de execução:** com base no título executivo extrajudicial, nos termos do art. 783 e seguintes do Código de Processo Civil;
- **ação de enriquecimento sem causa:** o título de crédito não perde o caráter cambiário, mas deixa de ser título executivo extrajudicial;
- **ação de execução direta:** contra o devedor principal e seus avalistas – protesto facultativo; ou
- **ação de execução indireta:** contra coobrigados e seus avalistas – protesto necessário.

O credor pode desistir do protesto antes que ele seja efetivado, desde que pague os emolumentos e eventuais despesas cartorárias.

11.3 LETRA DE CÂMBIO

Título que se originou na Idade Média italiana e foi criada para evitar que grandes somas em dinheiro fossem roubadas em vias inseguras. A moeda era trocada pela Letra de Câmbio e entregue na praça de destino. Era mais seguro circular a letra de câmbio do que dinheiro. Na França, no século XVII, surgiram o Endosso e o Aceite da Letra de Câmbio. Na Alemanha, no século XIX, a Letra de Câmbio adquiriu o contorno que lhe é hoje reconhecido e passou a ser considerada título de crédito.

11.4 REGIME JURÍDICO

A letra de câmbio é um título de crédito disciplinado pela Lei Uniforme de Genebra (LUG)¹³⁰, firmada em junho de

130. BRASIL. **Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966.** Promulga as convenções para adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias. Brasília, DF, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D57663.htm. Acesso em: 17 jun. 2018.

1930, o Brasil aderiu a essa convenção em agosto de 1942; Decreto n. 57.663, de 24.01.1966; Decreto n. 2.044/1908, de 31.12.1908.

11.4.1 Conceito

Segundo Marcelo M. Bertoldi “A letra de câmbio é uma ordem de pagamento que determinada pessoa passa a outra, perante a qual detém crédito, para que pague, a um terceiro, a soma em dinheiro indicada”¹³¹.

Dessa forma, pode-se dizer que a letra de câmbio é uma ordem de pagamento, à vista ou a prazo, por meio da qual o sacador dirige ao *sacado* uma ordem para que se pague a importância consignada na letra a um terceiro denominado tomador.

Trata-se de um título abstrato, afastando-se, assim, da causa que lhe deu origem.

11.4.2 Partes Intervenientes (relação triangular)

São partes intervenientes:

a. sacador: é o emissor do título e aquele que dá ordem para que outro pague o valor do título ao beneficiário;

b. sacado: é aquele que recebe a ordem do sacador e procede ao pagamento do título; e

c. tomador ou **beneficiário:** é aquele em favor de quem a ordem foi dada, ou seja, é o credor do título de crédito.

11.4.3 Formação da Letra de Câmbio

Constituição ocorre com o saque, que é o ato de lançamento da letra de câmbio. Depois do saque é que o tomador estará autorizado a procurar o sacado para receber a quantia referida no título. Com o aceite, o sacado se obriga a efetuar o pagamento do título.

11.4.4 Requisitos Legais

Os requisitos legais são:

a. requisitos essenciais: os previstos no art. 1º da LUG; e

131. BERTOLDI; RIBEIRO, op. cit., p. 401.

b. requisitos não essenciais: (i) época do pagamento: se não houver, o vencimento será considerado à vista; e (ii) local do pagamento: se não houver, será considerado como local do pagamento o local do domicílio do sacado ou o local indicado ao lado de seu nome.

A Súmula nº 387, do Supremo Tribunal Federal, disciplina que “A cambial emitida ou aceita com omissões, ou em branco, pode ser completada pelo credor de boa-fé antes da cobrança ou do protesto”.¹³² Dessa forma, a letra de câmbio pode ser sacada ou pode circular em branco ou incompleta, mas deve ter seus requisitos preenchidos antes da data do seu vencimento ou do protesto.

11.4.5 Vencimento da Letra de Câmbio

O vencimento da letra de câmbio poderá ser:

a. à vista: ocorre no ato de apresentação da letra de câmbio ao sacado; quando o sacado recebe o título para pagamento imediato. A letra de câmbio vence quando da apresentação do título ao sacado;

b. a dia certo: ocorre naquelas situações em que é convenionado um dia certo e determinado para o vencimento e respectivo pagamento do título, após a data do saque. O sacador determina a data específica para o vencimento da letra;

c. a tempo certo da data: ocorre após a fluência do termo fixado no título para o pagamento, termo esse que se inicia na data de criação do título. O sacador determina uma data certa, a contar da data de emissão, para que se dê o vencimento da letra de câmbio; ou

d. a tempo certo da vista: ocorre em um prazo determinado, posterior à vista e ao aceite do título por parte do sacado. O prazo para o vencimento da letra começa a correr

132. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 387.** A cambial emitida ou aceita com omissões, ou em branco, pode ser completada pelo credor de boa-fé antes da cobrança ou do protesto. Brasília, DF, Supremo Tribunal Federal, 1964. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=387.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 15 maio 2018.

somente a partir da data do aceite ou, na falta desse, do protesto por falta de aceite.

11.4.6 Aceite na Letra de Câmbio

O aceite não é obrigatório, ou seja, nada obriga o sacado a aceitar. O sacado de uma letra de câmbio não tem nenhuma obrigação cambial pelo fato de o sacador ter-lhe endereçado a ordem de pagamento. O sacado estará vinculado, cambiariamente, apenas se concordar em aceitar a ordem que lhe foi dirigida. Por outro lado, a recusa do sacado em aceitar a letra de câmbio resulta em vencimento antecipado do título de crédito, conforme o art. 43 da LUG¹³³.

A letra de câmbio deve ser levada a protesto, tendo o seu vencimento antecipado à data do referido protesto. Se o sacado não aceitar a ordem de pagamento que lhe foi dirigida, o tomador poderá cobrar a letra de câmbio de imediato do sacador. Por esse motivo também o sacador é considerado coobrigado ao pagamento da letra. A recusa em aceitar é provada por meio de protesto.

O aceitante é o sacado, que aceita a letra de câmbio e torna-se o devedor principal do título. O aceite pode ser parcial ou total. Trata-se de modificativo e limitativo, de acordo com o disposto no art. 26 Decreto n. 57.663/66.¹³⁴

O momento do aceite será qualquer data anterior à data de vencimento da letra de câmbio. O aceite deve ser oposto no anverso da letra de câmbio, normalmente à esquerda e na vertical. Não há necessidade da identificação do ato cambiário. É possível proibir o aceite, desde que conste na letra a chamada cláusula não aceitável. Se houver recusa de aceite, o sacado não se obriga cambiariamente, somente cabendo contra o sacado a ação ordinária, na qual dever ser mencionada a origem do débito.

133. BRASIL. **Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966.** Promulga as convenções para adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias. Brasília, DF, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D57663.htm. Acesso em: 17 jun. 2018.

134. *Ibidem*.

O cancelamento da letra de câmbio será possível, desde que anterior à restituição do título de crédito.

11.4.7 Aval na Letra de Câmbio

Segundo o art. 30 da LUG, “o pagamento de uma letra de câmbio pode ser no todo ou em parte garantido por aval”.¹³⁵ Essa garantia é aquela que é dada por um terceiro ou mesmo pelo próprio signatário da letra. Ao ser dado o aval, deve ser indicada a pessoa por quem se dá. Caso não seja determinado o avalizado, entender-se-á que o aval foi sacador (art. 31 da LUG).¹³⁶

11.4.8 Pagamento da Letra de Câmbio

O pagamento constitui a meta principal da emissão de uma letra de câmbio e deve ser solicitado pelo credor, pois, em razão da circulação do título, o devedor não tem condições de saber quem é o credor até que este se identifique por meio da apresentação do título. Paga a letra de câmbio, essa deve ser entregue pelo credor ao devedor.

O portador da letra de câmbio deverá apresentá-la ao sacado. Caso o sacado já tenha dado o aceite à letra e possua avalista, essa poderá ser apresentada ao seu avalista.

Em princípio, o pagamento deve ser feito no valor integral constante da letra de câmbio. No entanto, a Lei Uniforme admite o pagamento parcial ao prescrever, no art. 39, que o portador não pode recusar qualquer pagamento parcial.

11.4.9 Protesto na Letra de Câmbio

Na letra de câmbio, segundo o art. 44 da LUG¹³⁷, existem duas modalidades principais de protesto:

a. protesto por falta ou recusa de aceite: quando da apresentação da letra de câmbio ao sacado, este poderá aceitá-lo ou não. Se o sacado não aceitar a ordem formulada

135. BRASIL. **Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966.** Promulga as convenções para adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias. Brasília, DF, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D57663.htm. Acesso em: 17 jun. 2018.

136. Ibidem.

137. Ibidem.

na letra, faz-se necessário comprovar a recusa do sacado por meio do protesto por falta ou recusa de aceite; e

b. protesto por falta ou recusa do pagamento: ocorre quando, após o vencimento da letra, o sacado não efetuar o pagamento. O protesto constitui uma prova de que, depois do vencimento da letra, a obrigação constante na letra não foi cumprida. Assim, o credor deverá encaminhar o título para protesto num dos 2 dias úteis seguintes ao vencimento do título.

11.4.10 Prescrição da Letra de Câmbio

O não cumprimento do pagamento da letra de câmbio na data do vencimento legitimará o tomador a tomar as providências administrativas e judiciais objetivando sua cobrança. Todavia, é obrigação do pretense credor-exequente observar os limites temporais para a execução do título, nos termos dos arts. 70 e 71 da LUG¹³⁸, ou seja, os prazos prescricionais determinados pela referida Lei: a) para cobrar do devedor principal e seu avalista – 3 anos, contados do vencimento; b) para cobrar dos coobrigados e seus avalistas – 1 ano, contado do protesto; c) direito de regresso (caso o pagamento tenha sido realizado por um dos coobrigados) – 6 meses, contados do pagamento.

11.5 NOTA PROMISSÓRIA

Surgiu concomitantemente com a letra de câmbio, nos fins da Idade Média, e sua origem remonta às atividades dos banqueiros italianos, que recebiam dos mercadores certas importâncias em depósito e emitiam documentos em que prometiam pagar a soma depositada ao depositante ou a um representante. O objetivo da sua criação era facilitar a operação de crédito. No Brasil, a nota promissória ganhou regulamentação em 1908, com o Decreto nº 2.044/1908,

138. BRASIL. **Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966.** Promulga as convenções para adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias. Brasília, DF, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D57663.htm. Acesso em: 17 jun. 2018.

que regulou as cambiais e caracterizou a nota promissória como um título próprio, distinto da letra de câmbio.

11.5.1 Regime Jurídico

A nota promissória é um título de crédito que tem como legislação específica: a) Lei Uniforme de Genebra (LUG), firmada em junho de 1930 e aderida pelo Brasil em agosto de 1942; b) Decreto n. 57.663, de 24.01.1966; c) Decreto n. 2.044/1908, de 31.12.1908.

A nota promissória está sujeita às mesmas normas aplicáveis à letra de câmbio, com pequenas exceções estabelecidas pela LUG, nos arts. 77 e 78.¹³⁹

11.5.2 Conceito

Segundo Fábio Ulhoa Coelho:

A nota promissória é uma promessa de pagamento que uma pessoa faz em favor de outra. Com o saque da nota promissória, surgem duas situações jurídicas distintas: a situação daquele que promete pagar quantidade determinada e a daquele que se beneficia de tal promessa.¹⁴⁰

A nota promissória é, portanto, promessa direta e unilateral de pagamento, à vista ou a prazo, feita, por escrito, por uma pessoa em benefício de outra ou à sua ordem. É uma promessa do subscritor de pagar quantia determinada ao tomador ou à pessoa a quem esse transferir o título. É um título de crédito abstrato, ou seja, afastado da sua causa e origem.

11.5.3 Partes Intervenientes

São partes intervenientes:

a. sacador (promitente devedor): é aquele que emite a nota promissória e, portanto, seu devedor principal; e

139. BRASIL. Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966. Promulga as convenções para adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias. Brasília, DF, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D57663.htm. Acesso em: 17 jun. 2018.

140. COELHO, op. cit., 2018, p. 270.

b. beneficiário ou tomador (promissário credor): é aquele a quem é feita a promessa de pagamento.

11.5.4 Requisitos Legais:

Os requisitos legais são os previstos nos arts. 75 e 76 da LUG.¹⁴¹

Apesar de não haver obrigatoriedade legal, recomenda-se que constem da nota promissória a época e o local do pagamento. Se a época do pagamento não for estipulada por escrito, o seu vencimento será à vista. Se, por outro lado, faltar o local do pagamento, considera-se pagável a nota no local do saque ou no local mencionado ao lado do nome do subscritor.

11.5.5 Vencimento da Nota Promissória

A nota promissória poderá ser:

a. à vista: ocorre no ato de apresentação da nota promissória. A nota vence quando da apresentação do título ao seu emitente;

b. a dia certo: ocorre naquelas situações em que é mencionado dia certo e determinado para o vencimento e respectivo pagamento do título, após a data do saque. Fica determinada na nota promissória uma data específica como a data do seu vencimento;

c. a tempo certo da data: ocorre após a fluência do termo fixado no título para o pagamento, termo que se inicia na data de criação do título. O emitente determina um prazo a contar do visto para que se dê o vencimento da nota promissória; ou

d. a tempo certo da vista: ocorre em um prazo determinado, posterior à vista e ao aceite do título por parte do sacado.

11.5.6 Aceite na Nota Promissória

Por ser uma promessa de pagamento, não são aplicáveis as mesmas regras concernentes ao aceite. Na promessa de pagamento, não há a figura do aceite, pois o devedor participou

141. BRASIL, op. cit.

da emissão do título, logo está desde já integrado na relação cambial. O aceite é um ato cambiário próprio de ordem de pagamento. O art. 78 do Decreto nº 57.663/66 disciplina que “o subscritor de uma nota promissória é responsável da mesma forma que o aceitante de uma letra”.¹⁴²

A nota promissória, embora não admita aceite, pode ser emitida com vencimento a certo termo da vista, quando o credor deverá apresentar o título ao visto do emitente no prazo de 1 (um) ano, conforme o art. 23 da LUG. A nota promissória dessa espécie pode ser protestada por falta de data (art. 28 da LUG).¹⁴³ Nesse caso, porém, o aceite serve somente para a determinação da data a partir da qual começará a correr o prazo do vencimento.

11.5.7 Pagamento da Nota Promissória

O pagamento da nota promissória deverá ser solicitado pelo credor, igualmente ao que ocorre nas letras de câmbio, em razão da impossibilidade de o devedor identificar quem é o credor do título.

11.5.8 Endosso na Nota Promissória

No Brasil, atualmente, a nota promissória somente pode ser emitida como título “à ordem” e, portanto, os direitos conferidos aos seus credores podem ser transferidos por endosso. Geralmente, a assinatura do endossante constará do verso da nota promissória.

11.5.9 Aval na Nota Promissória

Aplica-se às notas promissórias o aval como uma forma de garantir o pagamento. O avalizado pode tanto ser o emissor da nota como algum dos endossantes. No que concerne ao aval, aplicam-se às notas promissórias as mesmas disposições relativas ao aval em letras de câmbio.

142. BRASIL. **Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966.** Promulga as convenções para adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias. Brasília, DF, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D57663.htm. Acesso em: 17 jun. 2018.

143. Ibidem.

11.5.10 Protesto por Falta ou Recusa do Pagamento na Nota Promissória

O protesto na nota promissória é cabível quando se tratar, especialmente, pela falta de pagamento, uma vez que se trata de título que não necessita de aceite. Todavia, deve-se registrar que é desnecessária a efetivação do protesto da nota promissória para a propositura da ação de execução contra os coobrigados. O protesto para a execução dos devedores principais (sacado e seu avalista) é facultativo. No entanto, para maior segurança jurídica, se aconselha protestar a nota promissória vencida e não paga, desde que esteja corretamente preenchida.

11.5.11 Prescrição da Nota Promissória

O não cumprimento do pagamento da nota promissória na data do vencimento legitimará o tomador a tomar as providências administrativas e judiciais, objetivando cobrá-la. Caberá ao credor do título obedecer, nos termos do arts. 70 e 71 da LUG, aos prazos determinados e também aos seguintes procedimentos:

- a. quando exigíveis as obrigações cambiais, ou seja, após o vencimento da nota promissória – para os devedores principais; e
- b. após o protesto – também para os coobrigados.

11.5.12 Nota Promissória Vinculada a Contrato

A nota promissória vinculada a contrato perde a sua autonomia, pois o terceiro, ao recebê-la vinculada, tomará ciência de *causa debendi*. Assim, seus subprincípios (abstração e inoponibilidade das exceções pessoais a terceiros) também não se aplicam.

Segundo a Súmula 258 do STJ, “a nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que o originou”.¹⁴⁴

144. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 258**. A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou. Brasília, DF: Superior Tribunal de Jus-

11.6 CHEQUE

É bastante controversa entre os doutrinadores a questão sobre a origem do cheque. Para muitos, surgiu na Idade Média, com a letra de câmbio, mas foi na Inglaterra, no século XVII, que essa modalidade de título de crédito teve utilização generalizada.

Em 1882, o cheque, juntamente com a letra de câmbio e a nota promissória, tiveram sua regulamentação na legislação inglesa conhecida como *Bill of Exchange Act*, que disciplinou aqueles títulos surgidos do costume e encontrados em jurisprudenciais e legislações esparsas.

Foi na França que surgiu a primeira legislação, que passou a disciplinar o cheque em 1865. No Brasil, a Lei 1.083 de 22.08.1860 já disciplinava a atividade bancária, contudo, foi apenas com a Lei n. 2.591, de 07.08.1912, que foram trazidos os primeiros dispositivos que tratavam especificamente sobre o cheque.

A exemplo da letra de câmbio e da nota promissória, a sua uniformização e padronização ocorreu com a Conferência Internacional, em Genebra, em 1931, que culminou com a Lei Uniforme sobre o cheque. Finalmente, em 02.09.1985, surgiu a Lei n. 7.357, denominada Lei do Cheque, que passou a disciplinar essa modalidade de título de crédito mediante o sistema e a consolidação dos dispositivos da Lei Uniforme.

11.6.1 Regime Jurídico

Disciplinada pela Lei Uniforme de Genebra (LUG), firmada em junho de 1930, o Brasil aderiu a essa convenção em agosto de 1942 com a Lei n. 7.357, de 02.09.1985.

11.6.2 Conceito

Segundo Gladston Mamede, “o cheque é um título de crédito por meio do qual uma pessoa (chamada *emitente* ou *sacador*) dá uma ordem a uma instituição financeira (*sacado*),

tiça, [2002]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em: 18 jun. 2018.

na qual mantém conta bancária, para que pague, à vista, certa quantia a alguém (*beneficiário* ou *tomador*)”.¹⁴⁵

Entende-se que o cheque é uma ordem de pagamento à vista, em favor próprio ou de terceiros, contra fundos disponíveis em poder de instituição financeira, e que, segundo Fábio Ulhoa Coelho, “o elemento essencial do conceito de cheque é a sua natureza de ordem à vista, que não pode ser descaracterizada por acordo entre as partes”.¹⁴⁶

É um título abstrato pelo fato de não ter causa obrigatória e afastado da sua causa de origem, abstraindo-se do negócio que lhe deu origem. Ele tem um modelo vinculativo, cuja forma é fixada pelo Banco Central do Brasil, e a existência de uma prévia conta bancária é a base necessária para a própria existência do título, que circula mediante uma cártula impressa, disponibilizada pela própria instituição financeira em que o sacador tenha a sua conta corrente.

11.6.3 Partes Intervenientes

As partes intervenientes são:

a. sacador (emitente): é aquele que emite o cheque (correntista); é o devedor principal do cheque, portanto o titular de conta-corrente de uma instituição financeira (banco);

b. sacado (instituição financeira): é aquele que paga (instituição financeira); é o agente pagador (não é devedor), e sua obrigação é acatar as ordens de pagamento emitidas pelo sacador ou emitente até o valor disponível em conta-corrente mantida no banco sacado. Apesar de ser classificado como sacado, o banco ou a instituição financeira não é devedor, pois não integra a relação cambial, é somente um instrumento, um intermediário do pagamento; e

c. beneficiário (tomador): é aquele que recebe (credor); aquele em favor de quem o cheque deve ser pago, podendo ser um terceiro ou o próprio emitente. Esse pode emitir um cheque em seu nome para depósito em outra conta-corrente de sua titularidade.

145. MAMEDE, op. cit., 2018, p. 364.

146. COELHO, op. cit., 2018, p. 273.

11.6.4 Requisitos Legais:

Os requisitos legais para a validade do cheque estão previstos no art. 1º da Lei n. 7.357, de 2.09.1985.

11.6.5 Vencimento do Cheque

O cheque constitui uma ordem de pagamento à vista e, portanto, seu pagamento pode ser exigido a partir do momento em que o cheque é emitido até o prazo de apresentação. O art. 32 da Lei n. 7.357/85, a esse respeito, disciplina que “o cheque é uma ordem de pagamento à vista. Considera-se não escrita qualquer menção em contrário”. Complementa o parágrafo único desse dispositivo legal que “o cheque apresentado para pagamento antes do dia indicado como data de emissão é pagável no dia da apresentação”¹⁴⁷.

Trata-se do chamado cheque pré-datado, que, mesmo tendo essa denominação, pode ser apresentado antes da data indicada, e o banco (sacado) deverá pagá-lo, se houver fundos, ou recusar o pagamento por falta de fundos. Os tribunais têm entendido que a estipulação de pré-datação, ajustado entre as partes, não altera a característica de ser uma ordem de pagamento “à vista”. Nesse sentido, apresenta-se a Súmula 370 do STJ, que trata de dano moral quando o cheque é descontado antes do prazo acordado entre as partes: “Caracteriza-se dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado”.¹⁴⁸

11.6.6 Aceite no Cheque

O cheque é, pois, um título de crédito que, no ato de sua emissão, já possui assinatura do devedor (emitente). Portanto, não há necessidade de aceite para a sua validação,

147. BRASIL. **Lei nº 7.357, de 2 de setembro de 1985**. Dispõe sobre o cheque e dá outras providências. Brasília, DF, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7357.htm. Acesso em: 15 maio 2018.

148. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 370**. Processo Civil. Direito Comercial. Cheque pós-datado. Executividade. Lei n. 7.357/1985, art. 32. Prescrição. Interrupção. CPC, art. 219, § 3º. Entendimento do Tribunal. Precedentes. Recurso desacolhido. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2013]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj-revista-sumulas-2013_33_capSumula370.pdf. Acesso em: 18 jun. 2018.

nem mesmo por parte do sacado que, em nenhum momento, tem a obrigação de garantir o seu pagamento. O sacado não garante o pagamento do cheque nem pode fazê-lo, uma vez que a Lei n. 7.357/85, em seu art. 6º, proíbe o aceite do título ao mencionar que “o cheque não admite aceite considerando-se não escrita qualquer declaração com esse sentido”.¹⁴⁹

11.6.7 Prazo de Apresentação e Pagamento

O beneficiário de um cheque tem um prazo para apresentá-lo ao sacado para o respectivo pagamento que, segundo a própria legislação, é à vista. O prazo para apresentação do cheque varia de acordo com a praça (município) onde deva ser pago: a) 30 dias, a contar do dia da sua emissão, quando emitido no lugar onde houver de ser pago, ou seja, da mesma praça; ou b) 60 dias, a contar do dia da sua emissão, quando emitido em local de pagamento diferente do local da emissão ou de praças diferentes.

Se o portador não apresentar o cheque dentro do prazo: a) perderá o direito à propositura de ação executiva contra os seus endossantes e seus avalistas (art. 47 da Lei 7.657/85); e b) perderá o direito à propositura de ação executiva contra o emitente do cheque, se este dispunha de fundos durante o prazo de apresentação e os deixou de ter, nos termos do § 3º do art. 47 do mesmo diploma legal.

A emissão de cheque sem fundos gera efeitos nos âmbitos civil e penal. No âmbito civil, o cheque deverá ser levado a protesto no prazo de apresentação. Na esfera penal, a emissão de cheques sem fundos caracteriza crime de estelionato, conforme o art. 171, § 2º, inc. VI, do Código Penal. O portador de cheque poderá promover ação de execução do cheque contra seu emitente e avalistas e, ainda, contra os endossantes e seus avalistas. Nesse último caso, é necessária que seja comprovada a recusa do pagamento por meio de protesto do título.

149. BRASIL. **Lei nº 7.357, de 2 de setembro de 1985**. Dispõe sobre o cheque e dá outras providências. Brasília, DF, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7357.htm. Acesso em: 15 maio 2018.

11.6.8 Protesto de Cheque

O protesto do cheque deverá ser feito antes de expirado o prazo para a sua apresentação. O art. 50 da Lei nº 7.357/85 permite que o título seja dispensado de protesto, mediante a inserção das cláusulas “sem protesto” ou “sem despesas”.

Esse protesto somente é necessário nos casos de propositura de ação contra os endossantes e seus avalistas, pois quando a ação for proposta contra o emitente e os seus avalistas, não há necessidade de protesto, sendo ele facultativo.

11.6.9 Endosso em Cheque

No cheque, é presumida a existência da cláusula à ordem, o que significa que o cheque é transferível por endosso. Se inserida cláusula “não à ordem”, a transferência do cheque será regida pelas regras do direito civil referentes à cessão civil de crédito.

Segundo Gladston Mamede:

O cheque pagável a pessoa nomeada, com ou sem cláusula expressa *à ordem*, é transmissível por via de endosso, que poderá ser feito até o protesto do título, ou declaração equivalente, ou à expiração do prazo de apresentação; o endosso posterior a tais eventos produz apenas os efeitos de cessão civil de crédito.¹⁵⁰

11.6.10 Aval de Cheque

Segundo o art. 29 da Lei nº 7.357/85, o pagamento do cheque pode ser garantido, no todo ou em parte, por aval prestado por terceiro ou mesmo por signatário do título, como um endossante. O aval no cheque não pode ocorrer por parte do sacado.

Ele é lançado no cheque ou na folha de alongamento e exprime-se pelas palavras por aval, ou fórmula equivalente, com a assinatura do avalista, e poderá ocorrer parcial, quando a garantia passa a ser apenas de parte do valor do cheque. O aval no cheque deve indicar o avalizado. Na falta

150. MAMEDE, op. cit., 2018, p. 372.

de indicação, considera-se avalizado o emitente. E o avalista que paga o cheque adquire todos os direitos dele resultantes contra o avalizado e contra os obrigados para com esse em virtude do cheque.

11.6.11 Prescrição do Cheque

O art. 59 da Lei n. 7.357/85 disciplina que o cheque prescreve em 6 (seis) meses, contados da expiração do prazo de apresentação.¹⁵¹ Para ação contra o emitente (avalista), o prazo começa a contar da data da apresentação do cheque ao emitente. Para a ação de um dos coobrigados contra os demais, o prazo começa a contar da data em que o coobrigado tinha que pagar o cheque ou do dia em foi acionado.

A execução do cheque em face dos coobrigados deverá comprovar que o cheque foi apresentado em tempo hábil e que houve recusa do pagamento nos termos de declaração do sacado, com indicação do dia da apresentação.

A ação cognitiva de enriquecimento indevido, prevista no art. 61 da Lei n. 7.357/85, deverá ser proposta no prazo máximo de dois anos, contados do dia em que se consumar a prescrição prevista no art. 59 e seu parágrafo.

Se ocorrer prescrição da via executiva, é possível a cobrança do cheque pela via ordinária, por meio de propositura de ação monitória ou mesmo de ação ordinária. Nesse caso, o prazo prescricional é de cinco anos, conforme dispõe o art. 206, § 5º, inc. I, do Código Civil.

Os prazos no cheque não correm simultaneamente, mas sim sucessivamente. Então, há primeiro o prazo de apresentação e depois o prazo de prescrição. Enquanto não ocorrer a prescrição, o cheque é um título executivo extrajudicial.

11.6.12 Sustação do Cheque

A Lei nº 7.357/85 prevê duas formas de hipóteses de sustação do cheque:

151. BRASIL. **Lei nº 7.357, de 2 de setembro de 1985**. Dispõe sobre o cheque e dá outras providências. Brasília, DF, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7357.htm. Acesso em: 15 maio 2018.

a. revogação ou contra ordem (art. 35 da Lei nº 7.357/85): somente poderá ser solicitada pelo emitente do cheque, por meio de carta ou notificação judicial ou extrajudicial, em que estejam expostas as razões que justifiquem o ato que motivará a revogação, o que poderá ocorrer apenas depois de expirado o prazo de apresentação do cheque. É ato exclusivamente do emitente; ou

b. oposição (art. 36 da Lei nº 7.357/85): pode ser feita mesmo durante o prazo de apresentação e efetivada pelo emitente ou credor (portador legitimado), mediante aviso escrito, fundado em relevante razão de direito (extravio ou roubo do título, falência do credor etc.).

Com a sustação, a instituição financeira fica impedida de liquidar o cheque. A sustação (por revogação ou oposição) pode configurar crime de fraude no pagamento por cheque se o emitente ou o portador presumivelmente legitimado agirem dolosa e fraudulentamente, provocando dano ao portador do cheque. Segundo o art. 171 do Código Penal:

Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento'. § 2º: 'Nas mesmas penas incorre quem': VI) emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.¹⁵²

II.6.13 Modalidades de Cheque

A Lei de Cheque prevê as seguintes modalidades de cheque:

a. cheque ao portador: no qual o nome do beneficiário não é indicado. No ato de sua criação, o sacador preenche o espaço destinado à identificação do beneficiário da emissão com a expressão “ao portador” ou deixa em branco. Nesse caso, o cheque circula pela simples tradição. Sua circulação foi restringida pela Lei nº 8.021/90. Antes do

152. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília, DF, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 jul. 2018.

pagamento, torna-se necessária a identificação do beneficiário, exceção feita a cheques cujo valor seja inferior a R\$ 100,00 (cem reais);

b. cheque nominal: caracteriza-se pela identificação do beneficiário;

c. cheque pós-datado: representa um acordo entre tomador e emitente. É uma ordem de pagamento emitida à data determinada, posterior à de sua emissão. Prática consagrada no comércio, conhecida como cheque “pré-datado”. Não existe para fins legais, pois foi vedado pelo art. 32 da Lei nº 7.357/85, que dispõe que “o cheque apresentado para pagamento antes do dia indicado como data de emissão é pagável no dia da apresentação”;¹⁵³

d. cheque cruzado: o cheque cruzado será pago mediante depósito em conta corrente. É utilizado para identificar o título destinado ao serviço de compensação e resulta da oposição, pelo emitente ou pelo portador, no anverso do título, de duas linhas transversais, no interior das quais poderá, ou não, ser designado determinado banco. Tanto o emitente quanto o sacador poderão fazer o cruzamento.

O cruzamento pode ser em branco ou geral ou em preto ou especial. No caso de cruzamento em preto, deverá ser indicado, entre as linhas, o nome de uma instituição financeira, na qual somente poderá ser compensado. Já no cruzamento em branco, o cheque poderá ser compensado em qualquer banco;

e. cheque para creditar em conta: é aquele que não pode ser pago em dinheiro, mas somente creditado na conta bancária do beneficiário. Segundo o art. 46 da Lei do Cheque, o emitente ou o credor podem proibir o seu pagamento em dinheiro mediante a inscrição transversal da cláusula “*para ser creditado em conta*”, no anverso do título ou em outra inscrição equivalente. Tem o mesmo objetivo que o cheque cruzado. O cheque cruzado e o cheque para creditar em

153. BRASIL. **Lei nº 7.357, de 2 de setembro de 1985.** Dispõe sobre o cheque e dá outras providências. Brasília, DF, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7357.htm. Acesso em: 15 maio 2018.

conta possibilitam a identificação da pessoa em favor de quem o cheque é liquidado;

f. cheque visado: é aquele em que o banco sacado, a pedido do emitente (sacador) ou do beneficiário nomeado na cláusula, lança e assina no verso do título declaração certificando a existência de fundos suficientes, no valor do título, os quais ficarão reservados para a liquidação do cheque pelo prazo para a apresentação do título, nos termos do art. 7º da Lei n. 7.357/85. A declaração lançada obriga o banco sacado a debitar à conta do emitente a quantia mencionada no cheque e a reservá-la em benefício do portador indicado durante o prazo de apresentação. Os fundos reservados não podem, durante esse prazo, ser utilizados para outros fins. No momento em que ocorre o visto pelo sacado (banco), é atestada por ele a suficiência de provisão de fundos do emitente. Os fundos são separados para permanecerem à disposição do portador legitimado e “se o banco não proceder à obrigação legal de reservar, da conta do correntista, numerário suficiente para a liquidação do cheque visado, responderá pelo pagamento do valor do cheque ao credor, se os fundos não existiam ou deixaram de existir”;¹⁵⁴

g. cheque turismo: é o *traveller's check*, modalidade de cheque que consiste em uma ordem de pagamento à vista que um banco emite contra qualquer um de seus estabelecimentos e que deve ser firmado pelo credor em dois momentos distintos: na aquisição e na liquidação. Ocorre para pagamento em agências ou sucursais, tanto em território nacional quanto no estrangeiro. Somente instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central do Brasil poderão emitir cheque turismo. Destina-se a conferir maior segurança às pessoas que necessitam viajar e não precisam transportar dinheiro. Nessa modalidade, há um seguro para o interessado no caso de perda, furto ou roubo do título;

h. cheque postal: estabelecido no art. 66 da Lei nº 7.357/85, caiu em desuso principalmente em face do franqueamento dos Correios;

154. COELHO, op. cit., 2018, p. 275.

i. cheque administrativo: nessa modalidade, o emitente do cheque é o próprio banco, ou seja, a instituição financeira, emite um cheque contra si. É um autossaque. O banco emite contra um de seus estabelecimentos. Sacador e sacado se identificam (art. 9º, III da Lei de Cheque). É uma espécie de compra do cheque administrativo, que será entregue aos credores, dando-lhes mais segurança, pois configura que um banco, ao emitir essa modalidade de cheque, tenha fundos disponíveis para cobrir o cheque emitido;

j. cheque especial: refere-se a um cheque vinculado a um contrato de abertura de crédito em conta corrente feito pelo correntista, pelo qual o banco se obriga a disponibilizar ao emitente do cheque determinada importância pecuniária, facultando-lhe a utilização dessa soma, total ou parcialmente, para cobrir determinadas emergências, pagando juros sobre o valor utilizado; e

k. cheque pré-datado ou pós-datado: conforme já abordado anteriormente, o popularmente cheque pré-datado nada mais é que uma mera convenção entre emitente e tomador e que se tornou uma praxe comercial como forma de pagamento em data futura.

Não obstante a Lei do Cheque não contemplar a existência do cheque pré-datado, a jurisprudência atualmente tem amparado a sua existência, sendo considerado como mera promessa de pagamento, de modo que o emitente deverá apresentar saldo disponível em sua conta corrente apenas na data pactuada com o beneficiário para apresentação do título.

Existem críticas por parte de doutrinadores quanto à terminologia “cheque pré-datado”, que prefere a denominação “cheque pós-datado”. Segundo Luiz Emygdio, “há uma distinção entre o cheque pré-datado e o cheque pós-datado, porque naquele se apõe uma data de emissão anterior à data efetiva, ao passo que neste se insere uma data futura”.¹⁵⁵

No caso de cheque pós-datado apresentado antes da data lançada como a data da emissão, considera-se que este foi

155. ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio da. **Títulos de crédito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 570.

emitido na data da apresentação para pagamento para fins de cálculo do prazo prescricional.

Em se tratando de ordem de pagamento à vista, entende-se que a data do saque deveria ser aquela em que o título efetivamente está sendo emitido. Todavia, está consolidado, no mercado, a utilização do chamado “cheque pré-datado”, quando o emitente indica uma data futura para seu desconto. A jurisprudência já pacificou o entendimento de que, nesse caso, há um acordo entre as partes e que, segundo a Súmula 370 do STJ, “caracteriza-se dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado”.

11.7 DUPLICATA MERCANTIL

Trata-se de um título de crédito criado pelo direito brasileiro. O Código Comercial de 1850 previa, em seu art. 219, que, nas vendas a atacado, o vendedor era obrigado a extrair, em duas vias, uma relação das mercadorias vendidas, as quais eram assinadas por ele e pelo próprio comerciante. Contudo, já houve várias alterações ao longo dos tempos em função das próprias necessidades econômicas e fiscais e, sobretudo, em decorrência das atividades mercantis. Tem como pressuposto, para sua emissão, o contrato de venda mercantil ou o contrato de prestação de serviços.

A duplicata tem esse nome por ser uma cópia de um documento chamado fatura. A emissão da duplicata depende da prévia existência de uma fatura, que é a nota na qual o emitente relaciona e discrimina as mercadorias vendidas ou os serviços prestados à outra parte.

A principal característica da duplicata é a sua causalidade, uma vez que somente poderá ser emitida depois de realizada uma operação de compra e venda mercantil ou de prestação de serviços, e essa causa perseguirá o título. A emissão de duplicata sem causa constitui crime, nos termos do art. 172 do Código Penal. É a conhecida duplicata simulada.

Ressalta-se que, embora a ideia de duplicata esteja intimamente relacionada à operação de compra e venda mercantil,

os arts. 20 e 21 da Lei n. 5.478/68 preveem, também, a sua emissão em decorrência de prestação de serviços.

11.7.1 Legislação Aplicável

Aplicam-se à duplicata mercantil: a) Lei nº 5.474, de 18.07.1968 (LD); b) Decreto-lei n. 436, de 27.01.1969; c) Código Civil de 2002.

11.7.2 Conceito

Duplicata mercantil é um título de crédito causal, vinculado a operações de compra e vendas mercantis, a prazo ou à vista, e a prestações de serviços, realizadas entre partes domiciliadas no Brasil. É, portanto, um título de crédito causal, e só pode ser sacado em determinados casos, conforme hipóteses previstas em lei. É ordem de pagamento emitida obrigatoriamente pelo credor contra o devedor.

Para Marcelo M. Bertoldi,

Quando da emissão da fatura, seu emitente tem a faculdade de extrair dela *duplicata*, não sendo admitida qualquer outra espécie de título de crédito para documentar o saque do vendedor pela importância faturada ao comprador. [...] Sendo assim, trata-se a duplicata de um título de crédito à ordem e formal, originado necessariamente de um contrato de compra e venda mercantil ou de prestação de serviços.¹⁵⁶

A duplicata está atrelada à nota fiscal e à fatura, porquanto o art. 2º da LD disciplina que, “no ato da emissão da fatura, dela poderá ser extraída uma duplicata para circulação com efeito comercial, não sendo admitida qualquer outra espécie de título de crédito para documentar o saque do vendedor pela importância faturada ao comprador”.¹⁵⁷

A nota fiscal é o documento formal que caracteriza expedição obrigatória nas compras, nas vendas e na prestação

156. BERTOLDI; RIBEIRO, op. cit., p. 482.

157. BRASIL. **Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968**. Dispõe sobre as duplicatas, e dá outras providências. Brasília, DF, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15474.htm. Acesso em: 23 jun. 2018.

de serviços com fins lucrativos, ou seja, proveniente de operação mercantil, que descreve a mercadoria vendida ou o serviço prestado, o preço, a data de negociação. Serve como documento de controle pelo Estado quanto aos fatos geradores de impostos.

Já, como fatura, se entende como um documento emitido pelo vendedor que descreve a mercadoria vendida ou o serviço prestado, discriminando a quantidade e a qualidade, fixando preços e condições de pagamento.

Para a emissão da duplicata, portanto, torna-se indispensável a existência de uma fatura. Consequentemente, a expedição da fatura presume-se o ato de uma compra e venda ou a prestação de serviço. Caso não ocorra nenhum desses procedimentos, emitida a fatura ou a duplicata, estará caracterizado o crime previsto no art. 172 do Código Penal, *in verbis*: “emitir fatura, duplicata ou nota fiscal que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou aos serviços prestados”¹⁵⁸. Aqui, tem-se o crime de emissão de uma duplicata simulada, que não produz, portanto, efeitos cambiais.

11.7.3 Partes Intervenientes

As partes intervenientes da duplicata mercantil são:

a. sacador ou **credor-emissor**: é o vendedor; aquele que emite o título originado contra o adquirente de produtos ou contratante de serviços; e

b. sacado: é o comprador ou tomador dos serviços contratados; contra quem a ordem é emitida, seja um adquirente de produtos, seja um contratante de serviços.

11.7.4 Requisitos Legais

São requisitos legais da duplicata, nos termos do art. 1º da Lei nº 5.474, de 18.07.1968:¹⁵⁹

158. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 jul. 2018.

159. BRASIL. **Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968**. Dispõe sobre as duplicatas, e dá outras providências. Brasília, DF, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5474.htm. Acesso em: 23 jun. 2018.

11.7.4.1 Aceite da Duplicata

O aceite na duplicata diferencia-se do aceite da letra de câmbio, uma vez que, na duplicata, o aceite ainda não lançado no título é presumido, tornando-se a partir dele, ou da comunicação dele, título abstrato. Constitui o aceite da duplicata a assinatura do comprador/tomador do serviço, reconhecendo a exatidão do título e comprometendo-se a efetuar o pagamento. O aceite é suprido pela existência de comprovante de entrega da mercadoria/serviços devidamente assinado, inclusive por profissionais liberais.

O aceite da duplicata desvincula-se de sua causalidade e poderá se apresentar de três modalidades: a) aceite ordinário: é aquele lançado no título pelo sacado, tornando a duplicata abstrata; b) por comunicação: é aquele lançado em uma comunicação escrita do sacado ao portador do título, equivalente ao aceite, tornando a duplicata abstrata. Nessa situação, haverá a retenção da duplicata pelo sacador; ou c) presumido: nesse caso, o sacado não lança o aceite no título, porém o beneficiário-portador possui comprovante escrito da entrega da mercadoria.

O aceite é obrigatório, salvo nas causas mencionadas no art. 8º da Lei nº 5.474/68, quais sejam: a) não recebimento das mercadorias; b) vícios, defeitos e diferenças na qualidade ou quantidade das mercadorias; ou c) divergências nos prazos ou nos preços ajustados.

A duplicata deve ser apresentada para aceite em 30 dias contados da data de sua emissão, conforme o disposto no inciso VIII do § 1º do art. 1º da Lei n. 5.474/68¹⁶⁰. Se a duplicata for apresentada para aceite por mandatário especial, o prazo de apresentação será de 10 dias contados da data do recebimento do título de crédito no prazo do pagamento (art. 6º, § 2º, da LD).

Quando houver recusa em aceitar, o comprador/tomador do serviço deverá devolver a duplicata, acompanhada de justificativa escrita pela sua recusa em aceitá-la em até 10 dias.

160. Ibidem.

Pode haver recusa de aceite nos seguintes casos: a) não correspondência com os serviços efetivamente prestados; b) vícios ou defeitos na qualidade dos serviços prestados, desde que devidamente comprovados; ou c) divergência nos prazos ou nos preços ajustados.

Tão logo receba a duplicata para aceite, o sacado deverá, alternativamente: a) assinar a duplicata e devolvê-la ao sacador no prazo de 10 (dez) dias do recebimento, quando não for à vista; b) devolver a duplicata ao sacador sem aceite, acompanhada de declaração escrita das razões que motivam sua recusa em aceitá-la; ou c) reter a duplicata em seu poder até a data do vencimento, com o seu aceite, havendo expressa concordância da instituição financeira cobradora, e desde que o comprador comunique à apresentante do título o seu aceite e a sua retenção.

11.7.4.2 Vencimento e Pagamento da Duplicata

A duplicata é um título de crédito emitido para ser pago em data certa ou à vista e, neste último caso, o vencimento se dará quando o título for apresentado ao sacado. Quanto ao pagamento, deverá ser efetuado na data do vencimento e representa a efetivação da obrigação de pagar assumida pelo comprador/tomador de serviço no contrato de compra e venda ou de prestação de serviço.

11.7.4.3 Protesto na Duplicata

A duplicata pode ser protestada, nos termos do art. 13 da Lei nº 5474/68: a) por falta de aceite; b) por falta de devolução; ou c) por falta de pagamento.

O protesto deverá ser efetuado no prazo de pagamento constante no próprio título e no prazo de 30 (trinta) dias a contar de seu vencimento, e o local para protesto será aquele estipulado para o pagamento. Não existe, na duplicata, a figura do protesto obrigatório, pois é sempre facultativo.

Caso o comprador (devedor) não restitua o título ao vendedor, o protesto se fará por indicações, com base em documentos fornecidos ao cartório de protesto, conforme

prevê o art. 13, § 1º, da Lei n. 5.474/68. Nesse caso, o protesto prescinde da apresentação da cártula.

11.7.4.4 Perda ou Extravio da Duplicata

Em caso de perda ou extravio da duplicata, o vendedor deverá extrair triplicata, que terá os mesmos efeitos e requisitos e deverá obedecer às mesmas formalidades da duplicata, conforme preceitua o art. 23 da Lei n. 5.474/68.¹⁶¹

11.7.4.5 Prescrição da Duplicata

Os prazos de prescrição da duplicata são:

a. prazo prescricional da ação executiva contra o sacado e seus avalistas: 3 (três) anos contados da data de vencimento da duplicata;

b. prazo prescricional da ação executiva contra endossantes e seus avalistas: 1 (um) ano contado da data de vencimento da duplicata; ou

c. prazo prescricional da ação executiva de qualquer coobrigado contra os demais: 1 (um) ano contado da data em que haja pagamento da duplicata por coobrigado anterior.

Caso a duplicata não preencha os requisitos necessários para o ingresso da ação executiva, o portador do título poderá discutir a questão por meio da propositura de ação monitória ou de ação ordinária no prazo de 5 (cinco) anos – art. 206, § 5º, inc. I, do Código Civil de 2002.¹⁶²

11.7.4.6 Duplicatas Virtuais

Pode-se afirmar que, nos últimos anos, as chamadas “duplicatas virtuais” têm estado presentes no meio empresarial e resultam da venda, por parte do vendedor, que transmite, por meio magnético, ordem ao banco para cobrança do sacado. De posse de todas as informações, o banco gera um documento chamado “boleto bancário”, no qual devem constar todas as informações necessárias a respeito do título.

161. BRASIL. **Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968**. Dispõe sobre as duplicatas, e dá outras providências. Brasília, DF, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15474.htm. Acesso em: 23 jun. 2018.

162. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

Esse boleto bancário, por sua vez, é enviado ao devedor que, de posse dele, dirige-se a uma agência bancária e efetua o pagamento até data do seu vencimento. Nota-se que o princípio da cartularidade não foi formalizado.

Caso o sacado (devedor) não efetue o pagamento na data do vencimento, caberá ao banco, também por meio magnético, encaminhar ordem de protesto ao cartório, que realizará o protesto por indicações. Nesse caso, dispensa-se a apresentação física da duplicata.

O Código Civil, ao tratar dos títulos de crédito, apresentou como inovação a permissão prevista no art. 889, § 3º, quanto à emissão de títulos de crédito a partir de caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos exigidos no *caput* do art. 889.¹⁶³

Muito tem se discutido a respeito dessa previsão que, para alguns doutrinadores, caracteriza a desmaterialização dos títulos de crédito, uma vez que um dos princípios básicos previstos para caracterizar os títulos de crédito – a cartularidade – deixa de existir.

Os enunciados 460 e 461 da jornada de Direito Civil do CJE, respectivamente, trazem os seguintes ensinamentos: “Art. 889. As duplicatas eletrônicas podem ser protestadas por indicação e constituição de título executivo extrajudicial mediante a exibição pelo credor do instrumento de protesto, acompanhado do comprovante de entrega das mercadorias ou de prestação dos serviços”. “Art. 889, parágrafo 3º. Os títulos de crédito podem ser emitidos, aceitos, endossados ou avalizados eletronicamente, mediante assinatura com certificação digital, respeitadas as exceções previstas em lei”.¹⁶⁴ No mesmo sentido, o STJ decidiu acerca da validade da duplicata virtual (REsp 1.024.691/PR e AgRg no REsp 1.559.824/MG).¹⁶⁵

163. *Ibidem*.

164. CRUZ, op. cit., 2019, p. 349.

165. *Ibidem*.

11.7.4.7 Ações Executivas Cambiais e Prescrição

Todo título de crédito é também um título executivo extrajudicial (art. 784, do Código de Processo Civil), portanto asseguram ao seu titular a possibilidade de proposição imediata de ação executiva.

A ação executiva cambial tem por objetivo atingir bens do patrimônio do devedor suficientes para saldar o valor do débito vencido e não pago (valor principal do título, acrescido de juros moratórios). De acordo com o art. 789 do CPC, “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.¹⁶⁶

A ação cambial, no direito brasileiro, é uma ação executiva típica, que objetiva a cobrança de título cambiário (letra de câmbio, nota promissória, cheque e duplicata). Por meio dessa ação, pretende-se obter a importância representada pelo título. O portador tem o direito de adicionar todos os obrigados e coobrigados sem estar adstrito a observar a ordem em que eles se obrigaram.

A ação cambial pode ser proposta: a) quando exigíveis as obrigações cambiais, ou seja, após o vencimento da letra de câmbio, para os devedores principais; ou b) após o protesto – também para os coobrigados.

11.8 TÍTULOS DE CRÉDITO ELETRÔNICOS

Os títulos de crédito, como outros documentos jurídicos, têm tido, nos dias atuais, suporte eletrônico, o que denominam título virtual, desmaterializado ou despapelizado.

Esses títulos circulam somente mediante registros eletrônicos, por meio de ambientes virtuais, dentre eles o CETIP S.A. Mercados Organizados (CETIP), por isso também denominados de “títulos cetipados”.

Para Fabio Ulhoa Coelho,

166. BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, op. cit.

Os princípios do direito cambiário não se amoldam completamente aos títulos de crédito eletrônicos. A *cartularidade*, por exemplo, é inteiramente inaplicável, inconciliável com esse suporte. Não há nada, no meio eletrônico, parecido com a ideia de posse da *cártula*. Em relação à *literalidade*, é possível um paralelo: o que não consta do registro eletrônico não produz efeitos cambiários. Por fim, é completa a sujeição dos títulos de crédito eletrônicos ao princípio da *autonomia das obrigações cambiárias*, e aos seus subprincípios da *inoponibilidade* e da *abstração*.¹⁶⁷

167. COELHO, op. cit., 2018, p. 300.

CAPÍTULO 12

RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL, RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA DA EMPRESA

A legislação brasileira prevê os institutos jurídicos da recuperação e falência da empresa como forma de oferecer-lhes um tratamento jurídico quando se encontram em crise econômico-financeira a fim de preservar a empresa, assunto este que será abordado a seguir.

A Lei n. 11.101, de 09.02.2005 (LRE)¹⁶⁸, alterada pela Lei 14.112, de 24.12.2020, que regulamenta a recuperação e a falência da empresa, modificou a disciplina jurídica aplicável às empresas que se encontram em crise econômico-financeira, substituindo o Decreto-Lei n. 7.661/45, a antiga Lei de Falências e Concordatas. Conforme disciplina o art. 1º da referida Lei: “esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”.¹⁶⁹

Portanto, a legislação falimentar atual revogou o Decreto-Lei n. 7.661/45, mas se preocupou em legislar sobre a conclusão dos processos de concordatas iniciadas anteriormente à Lei n. 11.101/05, que, no art. 192, dispõe: “esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizadas anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945”.¹⁷⁰

168. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, op. cit.

169. Ibidem,

170. Ibidem

O Decreto-Lei n. 7.661/45¹⁷¹ permanecerá regulando sobre: a) falências requeridas e decretadas em sua vigência até o seu vencimento; b) falências requeridas em sua vigência até a decretação sob a égide da Lei n. 11.101/05; e c) concordatas iniciadas em sua vigência até o encerramento.

Por outro lado, a Lei n. 11.101/05¹⁷² será aplicada: a) a todas as falências decretadas a partir da sua vigência, menos as requeridas anteriormente; b) a todas as recuperações judiciais e extrajudiciais, mesmo as decorrentes de concordata convolada; e c) às concordatas ou recuperações judiciais convoladas em falência.

E acrescenta:

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;
II – Instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.¹⁷³

Inclui-se, aqui, as sociedades cooperativas que, por serem sociedades simples e por força do parágrafo único do art. 982 do Código Civil, não podem requerer a recuperação nem ter a sua falência requerida. A esse respeito, o STJ decidiu que “as sociedades cooperativas não se sujeitam à falência, dada a sua natureza civil e atividade não empresária, devendo prevalecer a forma de liquidação extrajudicial prevista na Lei n. 5.764/71” (AgRg no REsp 999.134/PR, no mesmo sentido: AgRg no REsp.1.129.512/SP).¹⁷⁴

171. BRASIL. **Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945**. Lei de falências. Brasília, DF, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm. Acesso em: 6 jul. 2018.

172. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, op. cit.

173. Ibidem.

174. CRUZ, op. cit., 2019, p. 264.

Por se tratar de um dispositivo legal aplicável aos processos de recuperação e de falência, ressalta-se o previsto no art. 3º da Lei Falimentar, acerca do juízo competente: “Art. 3º É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil”.¹⁷⁵

12.1 RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL DA EMPRESA

O principal foco da Lei n. 11.101/05 é, sobretudo, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, conforme previsto no art. 47 da referida Lei e nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Para atender a esse apelo, a Lei Falimentar apresenta dois institutos distintos: a recuperação extrajudicial e a recuperação judicial da empresa, ambos voltados à manutenção da empresa, por meio de formas que possibilite à essa a retomada da plena solvência e, portanto, a continuidade do exercício da atividade empresarial.

A Lei Complementar n. 147, de 7.8.2014, trouxe algumas alterações à referida Lei, notadamente quando trata do plano especial de recuperação judicial para as Microempresa (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP), conforme o previsto nos arts. 70 e 71 da Lei Falimentar.¹⁷⁶

A Lei nº 14.112/2020 acrescentou o art.70-A que faculta ao produtor rural apresentar plano especial de recuperação judicial. Nos termos dos arts. 70 e 71: “O produtor rural de

175. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, op. cit.

176. BRASIL. **Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014**. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis nos 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. Brasília, DF, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp147.htm. Acesso em: 15 ago. 2018.

que trata o § 3º do art.48 desta Lei poderá apresentar plano especial de recuperação judicial, nos termos desta Seção, desde que o valor da causa não exceda a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).”

No que se refere à recuperação extrajudicial, os arts. 161 e seguintes da Lei n. 11.101/05 apresentam, como alternativa para o empresário em dificuldade econômica, de boa-fé e regular, que cumpre os mesmos requisitos que possibilitaram a recuperação judicial, a possibilidade de o empresário propor aos credores um plano de recuperação extrajudicial.

Para Marcelo Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro,

É basicamente um acordo formal entre o devedor e alguns credores, sujeitos, em princípio, apenas aqueles credores signatários. É bastante útil para os casos em que haja problemas pontuais na empresa, geralmente ligados ao inadimplemento de credores específicos, em oposição à recuperação judicial, mais abrangente e utilizada em situação de crise mais acentuada.¹⁷⁷

Segundo o artigo 161 citado, a Lei faculta aos créditos de natureza trabalhista e por acidentes de trabalho desfrutarem dessa modalidade de plano, desde que, ocorra negociação coletiva com o sindicato da respectiva categoria profissional.

Esse plano poderá, de acordo com o previsto nos arts. 162 e 163 da Lei Falimentar, ser homologado pelo Judiciário, quando, então, passará a produzir efeitos jurídicos especiais, desde que a empresa devedora preencha os requisitos previstos no art. 48 da citada Lei, ou seja, que exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I - não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial; e IV – não ter sido condenado ou não ter, como

177. BERTOLDI; RIBEIRO, op. cit., p.564.

administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na Lei Falimentar;

Trata-se de um processo menos formal que o da recuperação judicial e que denota um procedimento concursal preventivo em que a participação dos credores, na sua totalidade ou em parte, se faz presente.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho,

Na lei, há duas hipóteses de homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial. A primeira, que denomino *facultativa*, é a homologação do plano que conta com a adesão da totalidade dos credores atingidos pelas medidas nele previstas. Dela cuida o art. 162 da LF. Quando todos os credores cujos créditos são alcançados pelo plano (isto é, nele altera-se seu valor, vencimento, condições de pagamento, garantias etc.) aderiram às suas cláusulas, a homologação judicial não é obrigatória. Se o plano de recuperação extrajudicial ostenta a assinatura de todos os credores por ele atingidos, a homologação não é condição para os obrigar.

[...] Ao lado da homologação facultativa do plano de recuperação extrajudicial, prevê a LF também a homologação obrigatória. Trata-se da hipótese em que o devedor conseguiu obter a adesão de parte significativa dos seus credores ao plano de recuperação, mas uma pequena minoria resiste a suportar suas consequências, nesse caso é injusto que a oportunidade de superação da crise da empresa se perca em razão da recusa de parcela minoritária dos credores.¹⁷⁸

Existem alguns créditos que não são abrangidos pela recuperação extrajudicial, conforme determina o § 1º do art. 161 da LF e, por ser um plano elaborado fora do Poder Judiciário, a recuperação extrajudicial não acarreta a suspensão de ações, execuções ou prazos prescricionais, como também todos os credores que não estejam contemplados no plano continuam podendo pedir a falência do devedor.

178. COELHO, op. cit., 2018, p. 371.

12.2 RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA

Se o devedor julgar que sozinho não conseguirá renegociar seus débitos junto aos credores, poderá pleitear ao Poder Judiciário que seu plano de recuperação seja feito com o amparo do Estado. Nesse caso, tem-se a recuperação judicial da empresa, que, de acordo com o previsto no art. 47 da Lei Falimentar, visa, acima de tudo, preservá-la, quando determina que:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.¹⁷⁹

Dentre as justificativas para a existência do instituto da recuperação judicial, encontra-se o princípio da preservação da empresa, que tem ligação também com o princípio da função social da empresa. Trata-se de uma forma preventiva de recuperação para evitar a falência. Para os legisladores, a recuperação judicial, além de proporcionar a satisfação dos credores tem outras finalidades, como permitir o equilíbrio econômico-financeiro da empresa, evitando-se, sobretudo, a sua falência, que tem caráter punitivo.

Processualmente, pode-se dizer que a recuperação judicial se divide em três fases distintas: a) a fase do pedido e do processamento; b) a fase efetiva do processamento do plano; e c) a fase do cumprimento do plano até o encerramento do processo.

Conforme previsto no art. 48 e § 1º da referida Lei, podem requerer a recuperação judicial: a) o próprio devedor; b) o cônjuge sobrevivente; c) os herdeiros do devedor; e d) o inventariante ou o sócio remanescente.

179. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, op. cit.

No momento do pedido de recuperação judicial, o devedor deverá preencher os requisitos elencados no art. 48 da Lei Falimentar e também apresentar a justificativa do pedido, elencando as causas que o levaram ao pedido e todos os documentos constantes do art. 51, incisos I a IX, da Lei, que direcionará seu pedido, conforme o disposto, no art. 3º da LF, para o juízo universal da recuperação judicial, que nada mais é do que um único juízo para todas as medidas judiciais.

Examinado o pedido, verificado o preenchimento de todas as exigências e percorridos os trâmites processuais, o plano de recuperação judicial será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão em que ocorreu o deferimento da recuperação judicial. Caso o devedor não cumpra esse prazo, o pedido de recuperação judicial será convolado em falência (art. 53 da Lei Falimentar).¹⁸⁰

Segundo André Santa Cruz, “é preciso atentar que, caso sejam cumpridas as exigências da LFRE e o plano de recuperação tenha sido aprovado pela assembleia-geral, com ou sem alterações, não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação com fundamento em análise econômico-financeira”.¹⁸¹ A esse respeito, o enunciado 46 das jornadas de Direito Comercial do CJF disciplina que “não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores”.¹⁸²

Nesse sentido, já decidiu o STJ que “[...] cumpridas as exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido aprovado em assembleia (art. 58, *caput*, da Lei 11.101/2005), não lhe sendo dado se

180. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, op. cit.

181. CRUZ, op. cit., 2019, p. 291.

182. *Ibidem*.

imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa” (REsp 1.359.311).¹⁸³

No momento da apresentação do plano de recuperação judicial, a empresa devedora deverá eleger os meios a serem propostos para recuperá-la. Desse modo, a Lei Falimentar, de forma exemplificativa, apresenta, no art. 50, alguns desses meios como instrumentos financeiros, administrativos e jurídicos, que normalmente são empregados na superação de crise das empresas.

Durante o processamento da Recuperação Judicial, em regra, o devedor ou os seus administradores serão mantidos na condição da atividade empresarial, porém sob a fiscalização do Comitê de Credores, se houver, e do administrador judicial, salvo se ocorrer indícios de condenação penal por crimes previstos nos incisos do art. 64 da Lei Falimentar.

Se, durante toda a fase de execução da recuperação, ocorrer o afastamento do devedor em decorrência das situações constantes do artigo citado anteriormente,

[...] o juiz convocará a assembleia-geral de credores para deliberar sobre o nome do gestor judicial que assumirá a administração das atividades do devedor, aplicando-lhe, no que couber, todas as normas sobre deveres, impedimentos e remuneração do administrador judicial. (art. 65 da Lei Falimentar).¹⁸⁴

Por outro lado, na recuperação judicial, assim como no processo falimentar, fazem-se presentes os chamados órgãos específicos, que são:

a. juiz: é quem conduz o processo de recuperação judicial e de falência;

b. Ministério Público: a participação do Ministério Público, especificamente, nos processos de Recuperação Judicial e Falência, é prevista na Lei Falimentar. O art. 4º da referida Lei previa, na redação originária, a participação do Ministério Público estabelecendo que ele poderia inter-

183. *Ibidem*.

184. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, *op. cit.*

vir nos processos de recuperação judicial e falência quando constatado indício de crime, infração à lei ou ameaça de lesão ao interesse público, dispositivo este que foi vetado quando da sanção presidencial. Todavia, o Ministério Público poderá atuar, de ofício ou por provocação, quando houver indícios de crime, infração à lei ou ameaça ao interesse público, mesmo sem esse dispositivo legal. É, portanto, o fiscal da Lei. A própria legislação falimentar, no seu texto, faz referência expressa ao Ministério Público em diversos momentos;

c. assembleia geral de credores: trata-se de órgão colegiado, com caráter deliberativo, que representa os credores. Suas competências estão previstas no art. 35 da referida Lei.

d. administrador judicial: segundo o art. 21 da Lei Falimentar, “o administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresa ou contador, ou pessoa jurídica especializada”.¹⁸⁵ Trata-se, portanto, de um auxiliar do juiz para fiscalizar o cumprimento da recuperação judicial e administrar a massa falida, no caso de falência.

Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro ensinam que:

O administrador judicial, que pode ser tanto uma pessoa física quanto jurídica, é um particular que vai auxiliar o Poder Público no exercício de função pública sem ostentar a condição de funcionário público, mas pratica atos em nome próprio que são imputáveis, em última análise, ao Estado. Cumpre ressaltar, contudo, que o administrador judicial responde pessoalmente pelos prejuízos causados à massa falida, ao devedor ou aos credores quando agir com culpa ou dolo, [...].¹⁸⁶

Na recuperação judicial, como os negócios da empresa em recuperação continuam, o administrador judicial exerce, sobretudo, o papel de fiscal do cumprimento do plano. Por outro lado, na falência exerce a atividade de administração

185. Ibidem.

186. BERTOLDI; RIBEIRO, op. cit., p. 521.

da massa falida. É, portanto, a pessoa de confiança do juiz e por ele nomeado.

O administrador judicial por deixar suas funções por duas formas:

i) **substituição**: nesse caso, não ocorre sanção infligida ao administrador judicial, uma vez que este pode voltar a ser nomeado administrador judicial em outra falência. Exemplo: a renúncia motivada pela morte ou incapacidade civil; e

ii) **destituição**: trata-se de uma sanção ao administrador judicial que não cumpriu a contento com suas obrigações, portanto não pode mais ser nomeado para a mesma função em qualquer outra falência nos 5 (cinco) anos seguintes. Exemplo: inobservância de prazo legal, interesse conflitante com o da massa, recusa da nomeação ou falta de compromisso no prazo da lei.

e. comitê de credores: órgão facultativo, uma vez que a sua constituição e operacionalização dependem do porte da atividade econômica da empresa e da crise pela qual está passando. Ele deve existir quando entenderem necessário e poderá ser instalado conforme o disposto no art. 26 da Lei Falimentar. O comitê de credores, quando instalado, participará da condução dos atos do processo de falência e de recuperação judicial e sua composição e atribuição serão estabelecidas pela Lei Falimentar.

A existência do comitê de credores depende da iniciativa de representantes dos credores e, portanto, deve atuar nos seus interesses, cuja competência principal é fiscalizar os atos do administrador junto ao devedor.

A Lei Falimentar, dada a faculdade de instalação desse órgão, determina, em seu art. 28, que, “não havendo Comitê de Credores, caberá ao administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, ao juiz exercer suas atribuições”.¹⁸⁷ Portanto, nos processos de falência ou recuperação judicial em que não houver a instalação do comitê de credores, as

187. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, op. cit.

atribuições desse órgão são exercidas pelo administrador judicial, exceto nas matérias em que houver incompatibilidade.

12.2.1 Plano de Recuperação Judicial para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

Em função da pequena complexidade da recuperação das pequenas empresas, a Lei n. 11.101/05 apresenta, nos arts. 70 a 72, um modelo simplificado de recuperação por meio de um conjunto de normas voltadas à recuperação das empresas que estejam enquadradas como Microempresa (ME) ou Empresa de Pequeno Porte (EPP), nos termos da legislação específica.

De acordo com a Lei Complementar n. 123, de 14.12.2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, o porte de uma empresa pode ser definido com base no faturamento anual, número de funcionários e atividades desempenhadas que, ao longo do tempo, podem ser alterados com a expansão dos negócios.

Dessa forma, de acordo com a referida Lei: a) microempresa: é uma empresa com faturamento anual de até R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e b) empresa de pequeno porte: tem faturamento anual entre R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

As modalidades ME e EPP foram criadas para incluir empresas que têm volume menor de faturamento, regulamentado pela Lei Complementar n. 123/2006. Segundo a Lei, essas duas modalidades de empresas de menor faturamento passaram a contar com um tratamento diferenciado, especialmente quanto à tributação.

Enquadradas como ME e EPP, as sociedades simples, as sociedades empresárias, as empresas individuais registradas, salvo exceções previstas na regulamentação, podem optar pelo Simples Nacional, um regime de tributação exclusiva, além do Lucro Real ou Lucro Presumido. A formalização

de uma ME ou de uma EPP deve ser realizada no Registro Público de Empresas Mercantis a cargo da Junta Comercial.

No que se refere ao Plano Especial de Recuperação Judicial, as ME e EPP que desejarem optar por essa modalidade de plano de recuperação poderão fazê-lo desde que afirmem, na petição inicial, a sua intenção de assim proceder. Trata-se, portanto, de uma faculdade de adotar esse modelo especial, ou seja, se não desejarem essa modalidade de recuperação judicial, podem, se lhes for conveniente, adotar o modelo comum de recuperação judicial.

O Plano Especial de Recuperação Judicial tem um tratamento especial e, nos termos do art. 71 da Lei Falimentar, com as alterações da Lei Complementar n. 147, de 7.8.2014, limitar-se-á às seguintes condições: a) abrangerá todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49; b) preverá parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, acrescidas de juros equivalentes à taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC), podendo conter ainda a proposta de abatimento do valor das dívidas; c) preverá o pagamento da 1ª parcela no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da distribuição do pedido de recuperação judicial; e d) estabelecerá a necessidade de autorização do juiz, após ouvido o administrador judicial e o comitê de credores, para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “[...] o procedimento da recuperação judicial da microempresa ou empresa de pequeno porte é bastante simplificado. A assembleia geral de credores, por exemplo, não será convocada para deliberar sobre o Plano Especial, cabendo sua aprovação ou rejeição exclusivamente pelo juiz”¹⁸⁸.

De acordo com o parágrafo único do art. 71 da Lei Falimentar, “O pedido de recuperação judicial com base no plano especial não acarreta a suspensão do curso da prescri-

188. COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 435.

ção nem das ações e execuções por créditos não abrangidos pelo plano”.¹⁸⁹

12.2.2 Convolação da Recuperação Judicial em Falência

Nos termos da legislação falimentar (art. 73 da Lei Falimentar) em vigor, o juiz convolará a recuperação judicial em falência da empresa quando ocorrer uma das seguintes hipóteses: I) por deliberação da assembleia geral de credores, em deliberação que obtiver votos favoráveis de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia geral; II) pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo de 60 (sessenta) dias, contados da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, prazo este improrrogável; III) quando não aplicado o disposto nos § 4º, 5º e 6º do art.56 desta lei ou rejeitado o plano de recuperação judicial proposto pelos credores, nos termos do § 7º do artigo 56 e do art. 58-A desta Lei; IV) por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei; V) por descumprimento dos parcelamentos referidos no artigo 68 desta lei ou da transação prevista no artigo .10-C da Lei nº 10.522, de 19.07.2002, e VI) quando identificado o esvaziamento patrimonial da devedora que implique liquidação substancial da empresa, em prejuízo de credores não sujeitos à recuperação judicial, inclusive as Fazendas Públicas.¹⁹⁰

De acordo com o parágrafo único do artigo anteriormente citado, é possível a decretação da falência por inadimplemento de obrigação não sujeita à recuperação judicial, assim como por prática de atos indicativos do estado de falência.

12.2.3 Conclusão da Recuperação Judicial

Como explanado anteriormente, após a decisão judicial que concede a recuperação judicial, a empresa permanecerá

189. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, op. cit.

190. Ibidem.

em recuperação até que se cumpram todas as obrigações assumidas pelo devedor, previstas no plano que se vencerem até no máximo 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial, independente do eventual período de carência, (art. 61 da Lei Falimentar).¹⁹¹

Caso ocorra, nesse período, o descumprimento de obrigações previstas no plano, acarretará a convalidação em falência, conforme visto anteriormente. Após decorrido o prazo de 2 (dois) anos, contados da decisão concessiva da recuperação judicial, havendo descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação judicial, o credor poderá requerer a execução específica ou a falência do devedor.

12.3 FALÊNCIA DO DEVEDOR

No âmbito empresarial, é sabido que a garantia dos credores está representada pelo ativo (bens e haveres) do devedor. Por outro lado, em decorrência de alguns fatos que possam ocorrer, o devedor, muitas vezes, passa a se tornar impontual e insolvente.

Conforme preceitua o art. 391 do Código Civil, “pelo inadimplemento das obrigações, responde todos os bens do devedor”.¹⁹² Dessa forma, fica evidenciado que a garantia do direito dos credores é o patrimônio da empresa.

Muitas vezes essa não consegue, dentro da normalidade, cumprir com as suas obrigações, tornando-se indispensável recorrer ao instituto da falência.

Dessa forma, segundo Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro, “o regime falimentar continua sendo destinado ao empresário insolvente sem possibilidade de recuperação e tenderá a cessação da atividade do empresário, mas não necessariamente ao encerramento da atividade empresarial”.¹⁹³

191. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, op. cit.

192. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, op. cit.

193. BERTOLDI; RIBEIRO, op. cit., p. 496.

Resumidamente, pode-se afirmar que o instituto da falência remonta à antiguidade romana. Naquele tempo, a insolvência era punida com a morte real e civil do devedor. Muitas vezes, o devedor era considerado escravo do credor, pelo fato de não ter cumprido com suas obrigações. A partir da *Lex Praetoria Papiria*, surgiu notável modificação nesse instituto, uma vez que a vinculação da dívida passa a ter caráter patrimonial, ou seja, o patrimônio do devedor passou a ser a peça responsável por suas dívidas. Foi então que, no campo patrimonial, surgiu o instituto da *bonorum venditio*, que admite a ficção da venda de bens do devedor a um de seus credores, que se responsabilizava a partilhar entre os demais credores o que fora arrecadado.

Na Idade Média, foram apresentadas novidades significativas e aspectos herdados do Direito Romano foram mantidos, notadamente no que se refere às regras do concurso de credores, até hoje utilizadas no Direito Falimentar.

O Direito Falimentar brasileiro buscou suas bases no Direito Romano, como visto, mas também as herdou de Portugal, que procurou dar um tratamento diferenciado à insolvência e à desonestidade do devedor, resultando na necessidade de estabelecer regras claras para o tratamento de insolvência sem culpa, fato esse que possibilitava diferenciar a falência com dolo ou criminoso provocada pelo administrador da empresa.

No Brasil, as Ordenações Filipinas disciplinaram a falência nos moldes da Idade Média. Posteriormente, o Código Comercial de 1850, regulamentado pelo Decreto n. 697, de 25.11.1850, adotou o Direito francês de Napoleão no que trata da falência, denominada como quebra. Em 1902, a Lei 859, de 16 de agosto, regulamentada pelo Decreto n. 4.855, de 2.06.1903, reformulou a legislação aplicável às falências e, dentre outras, minimizou a participação do Ministério Público no processo falimentar, além de determinar que os síndicos fossem nomeados pelas Juntas Comerciais.

Em 1908, a Lei n. 2.024, de 17 de dezembro, alterou a legislação falimentar, principalmente com relação aos

direitos creditórios e, pelo Decreto n. 5.746, de 9.12.1929, ocorreram algumas complementações, objetivando adaptar a Lei ao momento de crise pelo qual o mundo passava naquele momento.

O Decreto-Lei n. 7.661, de 21.06.45, inspirado no Projeto de Trajano de Miranda Valverde, ocupou papel de destaque e teve sua vigência até o advento da Lei n. 11.101/05. Sua substituição decorreu do fato de ter sido considerado um texto desatualizado em relação ao mundo empresarial atual, notadamente no que tange à necessidade de fazer valer o princípio da conservação da empresa.

A Lei n. 11.101, de 09.02.2015, com as alterações introduzidas pela Lei n° 14.112/2020, surgiu como forma de modernizar a legislação pertinente à falência e à recuperação da empresa e, sobretudo, de propiciar mecanismos para que a empresa, por meio da recuperação judicial ou extrajudicial, possa superar a crise econômico-financeira.

12.3.1 Conceito de Falência

Para Fábio Ulhoa Coelho,

A falência é a execução concursal do devedor empresário. Quando o profissional exercente de atividade empresária é devedor de quantias superiores ao valor de seu patrimônio, o regime jurídico da execução concursal é diverso daquele que o direito prevê para o devedor civil, não empresário.¹⁹⁴

A falência é, portanto, o procedimento, ou seja, a execução concursal do devedor, para atuar em todos os desafios que se apresentam em decorrência da crise econômico-financeira e a forma de concentrar todas as relações jurídicas do devedor em único feito judicial.

Quando o devedor explora sua atividade econômica de forma empresarial, não sendo capaz de honrar suas obrigações no vencimento, ou estando presentes outros fatos tipificados em lei, o juiz deve inaugurar um procedimento

194. COELHO, op. cit., 2013, p. 354.

de execução concursal para atender aos credores – o que se chama falência.

Para que se instaure o processo de execução concursal, denominado falência, torna-se necessária a existência de três pressupostos: a) devedor empresário: o empresário individual e a sociedade empresária, nos termos do art. 1º da Lei Falimentar; b) insolvência: impossibilidade por parte de uma pessoa ou empresa de pagar todas as suas despesas; quando o devedor tem o ativo inferior ao passivo; ou c) sentença declaratória de falência: é o momento processual em que se concretiza o processo concursal do devedor, conforme o previsto no art. 99 da Lei Falimentar.

Estão excluídos do regime falimentar, segundo o art. 2º da Lei Falimentar: a) empresa pública e sociedade de economia mista; b) instituição financeira pública e privada; c) cooperativa de crédito; d) consórcio; e) entidade de previdência complementar; e) sociedade operadora de plano de assistência à saúde; f) sociedade seguradora; e g) sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.¹⁹⁵

Com referência às instituições financeiras, deve-se registrar que elas não podem ter a sua falência decretada com a observância da Lei n. 11.101/05, mas sim deve ser observado o que prescreve a Lei n. 6.024/74, com participação obrigatória do Banco Central do Brasil.

A falência, como dito anteriormente, é um processo de execução concursal do devedor empresário e compreende todos os credores do falido, civis ou comerciais. Todavia, conforme o art. 5º da LF, não são exigíveis do devedor, tanto na recuperação judicial quanto na falência: (i) crédito por obrigação a título gratuito; e (ii) crédito por despesa individualmente feita para ingresso na massa falida, salvo custas em litígio com esta.

195. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, op. cit.

12.3.2 Causas da Falência (art. 94 da Lei Falimentar)

As causas da falência podem ser:

a. impontualidade injustificada: ocorre quando o devedor que não paga no vencimento, sem relevante razão de direito, obrigação líquida representada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência. A prova da impontualidade se consolida com o protesto especial do(s) título(s) – Art. 94, I. Para compor esse valor, os credores, cujos créditos individualmente não alcançam 40 salários-mínimos, mas a soma ultrapasse esse valor, podem reunir-se em litisconsórcio para requerer a falência do devedor (art. 94, § 1º, da Lei Falimentar);

b. execução frustrada: ocorre quando o executado, por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal (Art.94, II). Nesse caso, a denominada frustração da execução se caracteriza com a inexistência: a) de pagamento; ou b) de depósito ou nomeação de bens à penhora por parte do devedor empresário. Nesse caso, a execução deve ser encerrada, e o credor, munido da certidão judicial que atente à verificação tríplice de omissão, requer a falência do devedor; e

c. atos de falência: ocorre quando se apresentam alguns pressupostos que evidenciem a insolvência entendida como estado patrimonial do devedor empresário, elencados no art. 94, III e seus dispositivos.

12.3.3 Processo Falimentar

O processo de falência compreende três etapas distintas: a) **fase preliminar - pré-falimentar ou pré-falencial:** inicia-se com o pedido de falência (petição inicial) e se conclui com a sentença declaratória de falência; b) **fase falencial propriamente dita:** inicia-se com a sentença declaratória da falência e se conclui com a de encerramento da falência. Essa fase objetiva o conhecimento judicial do ativo e do passivo

do devedor; e a realização do ativo apurado e o pagamento do passivo admitido; e c) **fase da reabilitação**: compreende a declaração da extinção das responsabilidades de ordem civis do devedor falido.

A respeito do juízo competente para decretar a falência é o previsto no art. 3º da Lei Falimentar, denominado juízo universal, uma vez que todas as ações referentes aos bens, aos interesses e aos negócios da massa falida serão processadas e julgadas pelo juízo em que tramita o processo da falência (art. 76 da Lei Falimentar).¹⁹⁶

São exceções a essa regra: a) ações não reguladas pela Lei Falimentar em que a massa falida for autora ou litisconsorte (art. 76); b) reclamações trabalhistas – competência da Justiça do Trabalho (art. 114 – art. 76); c) execuções tributárias (art. 187 da CTN), que não se sujeitam ao juízo falimentar; d) ações de conhecimento em que é parte interessada a União Federal – competência da Justiça Federal (CF, art.109, I); e e) ação que demanda obrigação ilícita (CF, art. 6º, § 1º).

12.3.4 Pedido de Falência

Para Fábio Ulhoa Coelho,

A lei falimentar impõe ao próprio empresário devedor o dever de requerer a sua autofalência, quando entender que não atende aos requisitos para requerer a recuperação judicial (LF, art. 105). O descumprimento desse dever não acarreta sanção nenhuma e, por isso, a previsão da lei é ineficaz. Raramente o empresário requer a autofalência, mesmo na presença dos pressupostos legais.¹⁹⁷

O credor é, sobretudo, quem tem mais interesse na instauração do processo de falência. Todavia, além do próprio devedor, podem também requerer a falência: (art. 97 da Lei Falimentar): a) o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor, ou o inventariante; b) o cotista ou o acionista do

196. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, op. cit.

197. COELHO, op. cit., 2018, p. 117.

devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade; e c) qualquer credor.

12.3.5 Da Defesa do Devedor

Quando citado, o devedor poderá apresentar sua defesa no prazo de 10 (dez) dias, nos termos do art. 98 da Lei Falimentar, e poderá adotar diferentes estratégias para resistir ao pedido de falência, podendo, inclusive, requerer a sua recuperação judicial, conforme faculta o art. 95 da citada Lei.

No caso de o pedido ser fundamentado no art. 94, incisos I e II, é facultado ao devedor, no prazo da contestação, efetuar o depósito do valor correspondente ao total da dívida, cujo depósito é denominado depósito elisivo, que visa afastar a impontualidade e, conseqüentemente, impedir a decretação da falência. Na prática, o depósito elisivo poderá ensejar a denegação da falência.

O devedor pode, ainda, contestar a falência requerida contra ele, utilizando-se dos incisos do art. 96 da Lei Falimentar que trata: I) da prescrição; II) da nulidade de obrigação ou de título; III) do pagamento da dívida; IV) de qualquer outro fato que extingue ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança do título; V) de vício em protesto ou em seu instrumento; VI) de apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação; e VII) da cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência, comprovada por documento hábil.

Acrescenta-se a essas justificativas como forma de inibir a decretação da falência o fato de comprovar que o devedor é uma sociedade anônima e que já teve liquidado e partilhado o seu ativo ou, no caso de espólio, após 1 (um) ano da morte do devedor.

Resumidamente, pode-se dizer que, dependendo da fundamentação do pedido de falência, surgem quatro alternativas ao devedor: a) **o requerido somente contesta**; b) **o requerido contesta e deposita**; c) **o requerido somente deposita**; ou d) **o requerido deixa transcorrer o prazo sem contestar ou depositar**.

O juiz é quem profere a sentença declaratória da falência. Ressalta-se que o depósito elisivo ocorre quando o pedido de falência se refere aos incisos I e II do art. 94 da LF. Quando o pedido de falência for fundamento nos atos de falência, previstos no inciso III do referido artigo, não será admitido o depósito elisivo.

12.3.6 Sentença Declaratória da Falência (art.99 da LF)

A fase preliminar do processo falimentar encerra-se com uma sentença, que pode decretar ou denegar a falência, que põe fim à fase de conhecimento da falência. No caso de sentença declaratória, esse ato judicial tem conteúdo de sentença e efeito de decisão interlocutória, pois não põe fim ao processo, ao contrário, impulsiona o feito para a fase de execução coletiva.

Ao tratar da sentença declaratória da falência, Fabio Ulhoa Coelho afirma que:

Apesar do nome, a sentença declaratória da falência tem caráter predominantemente constitutivo. Após o juiz a prolatar, a pessoa, os bens, os atos jurídicos e os credores do empresário falido são submetidos a regime jurídico específico, diverso do regime geral do direito obrigacional. É a sentença de falência que introduz o falido e seus credores no regime jurídico-falimentar – isto demonstra o caráter constitutivo do ato judicial.¹⁹⁸

A sentença declaratória da falência, dentre outras determinações, deverá nomear o administrador judicial e fixar o termo legal da falência. O administrador deverá ser nomeado, de acordo com o disposto no art. 21 e seguintes da Lei de Falências. Por outro lado, o termo legal da falência, fixado na sentença declaratória da falência, é o momento que caracteriza o estado de falido do devedor, conforme preceitua o art. 99, inciso II da referida Lei, que visa propiciar a revogação de atos que sejam nocivos aos interesses

198. COELHO, op. cit., 2018, p. 319.

dos credores, fraudulentos por presunção legal. Por meio do termo legal, delimita-se o espaço de tempo em que os credores poderão investigar os atos do falido. Trata-se de um período de tempo processual a ser determinado pelo juiz.

Segundo o art. 99 da Lei de Falências:

A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações:

II – fixará o termo legal da falência, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do 1º (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados.¹⁹⁹

Com a decretação da falência, o falido, nos termos do art. 102 da Lei Falimentar, fica imediatamente inabilitado para práticas de atos empresariais. Esse efeito cessará somente com a reabilitação do falido por meio da sentença de extinção de suas obrigações. O encerramento da falência por si só não restabelece a capacidade para que o falido retorne às suas atividades empresariais.²⁰⁰ Resumidamente, pode-se dizer que a sentença declaratória da falência produz quatro efeitos principais em relação aos credores: a) formação da massa falida subjetiva; b) suspensão das ações individuais contra o falido; c) vencimento antecipado dos créditos; e d) suspensão da fluência dos juros.

12.3.7 Sentença Denegatória da Falência

O pronunciamento jurisdicional que encerra a fase pré-falimentar pode ser, como visto, concessivo (sentença declaratória) ou denegatório (sentença denegatória) da falência. Caso seja denegatório, pode chegar à análise do mérito ou deter-se exclusivamente em questões formais e ocorre quando o juiz julga improcedente o pedido de falência.

199. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, op. cit.

200. Ibidem.

Caso ocorra dolo manifesto por parte do requerente da falência, além da denegação, o juiz deve, na sentença denegatória, condená-lo ao pagamento de indenização em favor do requerido, nos termos do art. 101 da Lei de Falências. Conforme o art. 100 da LF, é cabível a interposição de recursos por ocasião das sentenças declaratória e denegatória da falência, *in verbis*: “Da decisão que decreta a falência cabe agravo, e da sentença que julga a improcedência do pedido cabe apelação”.²⁰¹ Portanto, a decisão que denega a falência põe fim, naquele momento, ao processo.

12.3.8 Atos Ineficazes e Atos Revogáveis

Com a decretação da falência, alguns atos praticados pelo devedor, portanto, antes da falência, podem ser considerados suspeitos. Como são esses bens que responderão como forma de pagamento aos credores, com a decretação da falência, a Lei Falimentar faculta àquelas pessoas prejudicadas a procurarem seus direitos, momentos esse em que ocorre questionamentos quanto à validade dos atos praticados anteriormente à falência. Aqui se trata dos atos ineficazes e revogáveis, previstos nos arts. 129, 130 e seguintes da Lei Falimentar.

Nesses casos, o terceiro prejudicado poderá utilizar-se de instrumentos para requerer a sua ineficácia, além de ela ser proferida, de ofício, pelo juiz. Segundo o art. 129 da Lei Falimentar, “a ineficácia poderá ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada mediante ação própria ou incidentalmente no curso do processo”.²⁰²

No que se refere à revogação dos atos praticados pelo devedor, segundo o art. 130 da Lei Falimentar, nesses devem estar configuradas a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa

201. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, op. cit.

202. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, op. cit.

falida. É o que disciplina a Lei Falimentar quando assim se expressa: “São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida”.²⁰³

O procedimento judicial que visa revogar os atos praticados com a intenção de prejudicar credores do falido, nos termos do art. 129 da Lei Falimentar, é a ação revocatória, que deverá ser proposta pelo administrador judicial, por quaisquer credores ou pelo Ministério Público, em até 3 (três) anos, contados da decretação da falência (art. 132), contra os que figurarem no ato contra terceiros adquirentes e herdeiros ou legatários (art. 133). A ação revocatória correrá perante o juízo da falência e deverá adotar o rito ordinário conforme previsto no Código de Processo Civil.²⁰⁴

12.3.9 Órgãos Específicos na Falência

Conforme comentado quando se tratou da recuperação judicial, fazem parte do processo falimentar os denominados órgãos específicos: a) juiz; b) Ministério Público; c) assembleia geral; d) administrador judicial; e) comitê de credores, cujo detalhamento foi apresentado quando do estudo da recuperação judicial. O administrador judicial deve, no prazo de 10 (dez) dias, contados do término da liquidação e do julgamento das contas, elaborar o relatório final.²⁰⁵

A assembleia de credores, na falência, é um órgão integrado por todos os credores da massa falida, nos termos dos arts. 35 e seguintes da Lei Falimentar, e o comitê de credores tem a sua composição prevista no art. 26 da LF.

12.3.10 Apuração do Ativo da Massa Falida

Após proferida a sentença declaratória da falência, tem início o processo falimentar propriamente dito, uma vez que se instaura a execução coletiva do devedor empresário, e inicia-se, conseqüentemente, a apuração do ativo da massa

203. Ibidem.

204. Ibidem.

205. Ibidem.

falida. O objetivo maior do processo falimentar é definir o ativo e o passivo do devedor para que possa cumprir as obrigações junto aos credores.

O art. 108 da Lei Falimentar explicita que, “ato contínuo à assinatura do termo e compromisso, o administrador judicial efetuará a arrecadação dos bens e documentos e a avaliação dos bens, separadamente ou em bloco, no local que se encontrem, requerendo ao juiz, para esses fins, as medidas necessárias”.²⁰⁶

Por meio da arrecadação e da custódia dos bens do falido, define-se o ativo da massa falida, que, segundo Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla P. Ribeiro, é o momento em que:

[...] reúne bens e interesses de cunho patrimonial, destinados à satisfação dos credores e cuja administração é subtraída do empresário e entregue ao administrador judicial que, em nome do Estado, deverá conduzir o processo de falência. Os bens que integram a massa falida objetiva são necessariamente avaliáveis e se destinam, como regra, à satisfação da massa de credores.²⁰⁷

12.3.II Habilitação e Classificação dos Créditos

Nessa fase do processo, todos os credores do falido, para terem a oportunidade de receber seus créditos, devem estar habilitados nos termos do art. 7º da Lei Falimentar.

Ainda sobre esse assunto, o § 1º do art. 7º da Lei Falimentar disciplina que:

Publicado o edital previsto no art. 52, § 1º, ou no parágrafo único do art. 99 desta Lei, os credores terão o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados. E acrescenta em seu art. 10: Não observado o prazo

206. *Ibidem*.

207. BERTOLDI; RIBEIRO, *op. cit.*, p. 653.

estipulado no art. 7º, § 1º, desta Lei, as habilitações de crédito serão recebidas como retardatários.²⁰⁸

Portanto, o prazo estabelecido anteriormente não é decadencial, uma vez que os credores retardatários poderão habilitar seus créditos e serão aceitos, porém com as ressalvas impostas pelo art. 10 e seus parágrafos. O quadro geral de credores será elaborado pelo administrador judicial.

12.3.12 Liquidação do Processo Falimentar

A liquidação do ativo tem início logo que for instaurado o processo falimentar e são dois os seus objetivos: a) a realização do ativo, vendendo-se os bens arrecadados; e b) o pagamento do passivo, como forma de satisfazer os credores admitidos no processo falimentar, obedecendo-se à natureza do seu crédito e às possibilidades da massa falida.

12.3.13 Realização do Ativo

A realização do ativo terá início tão logo ocorra a arrecadação dos bens, conforme determina o art. 139 da Lei Falimentar: “logo após a arrecadação dos bens, com a juntada do respectivo auto ao processo de falência, será iniciada a realização do ativo”.²⁰⁹ Trata-se da venda dos bens do falido por meio das seguintes modalidades (art.142): a) leilão eletrônico, presencial ou híbrido; b) processo competitivo organizado por agente especializado e de reputação ilibada, cujo procedimento deve ser detalhado em relatório ao plano de realização do ativo ou ao plano de recuperação judicial, conforme o caso ; ou c) qualquer outra modalidade, desde que aprovadas no termos desta Lei.

Como forma de aferição de eventual fraude contra a massa falida (Lei Falimentar, art. 142, § 7º), em qualquer modalidade de alienação, o Ministério Público e as Fazendas Públicas serão intimados por meio eletrônico, nos termos da legislação vigente e respeitadas as respectivas prerrogativas

208. BRASIL, op. cit.

209. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, op. cit.

funcionais, sob pena de nulidade. Acrescenta ainda a lei que, em qualquer modalidade de realização do ativo adotada, fica a massa falida dispensada da apresentação de certidões negativas (art. 146).²¹⁰

12.3.14 Pagamento do Passivo

Com o produto apurado na venda dos bens da massa falida, serão pagos os credores admitidos do falido, conforme visto anteriormente, bem como os créditos extraconcursais relacionados no art. 84 da Lei Falimentar. Os credores do falido não são tratados igualmente. Há uma classificação de créditos que estabelece a ordem de como os pagamentos serão realizados, respeitadas as restituições, os créditos extraconcursais e as determinações judiciais de reserva de bens.

Dessa forma, o pagamento aos credores constantes do quadro geral de credores, previsto no art. 83 da citada Lei, será o último a ser realizado. Precedem a esses credores, na ordem de pagamento, outras obrigações que deverão ser quitadas com preferência, tais como: (i) os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador (art. 151) e as despesas cujo pagamento antecipado seja indispensável à administração da falência (art. 150); (ii) as restituições de que tratam os arts. 85 e 86; (iii) os créditos extraconcursais previstos no art. 84; e (iv) os créditos concursais, conforme o quadro geral de credores apresentado no art. 83.

No segundo momento, apresentam-se as restituições de bens previstas nos art. 85 e 86 da Lei Falimentar. Trata-se da possibilidade de pedido formulado por um terceiro prejudicado, em razão de arrecadação indevida do seu dinheiro ou dos seus bens na falência.

Segundo Edilson Enedino das Chagas,

O pedido de restituição poderá recair sobre bens ou sobre dinheiro indevidamente arrecadados pelo administrador judicial, ou sobre bens que deverão

210. *Ibidem*.

ser devolvidos aos interesses, por força de lei. Assim, o art. 85 refere-se à restituição de bens, enquanto o art. 86 refere-se à restituição de dinheiro.²¹¹

Na sequência, os créditos extraconcursais, que compreendem os definidos no art. 84 da citada Lei, abrangem os créditos dos artigos 150 e 151 e decorrentes de obrigações que surgiram após a decretação da falência. Tais credores não firmaram vínculo obrigacional com o devedor empresário que faliu, mas sim surgiram com o advento da massa falida.

O pagamento dos créditos constantes do quadro geral de credores, denominados de créditos concursais, tem início após a quitação dos créditos extraconcursais e obedecerá à ordem de preferência determinada nos incisos do art. 83 da Lei Falimentar, que estabelece a ordem para que os credores tenham seus créditos pagos, denominados de créditos concursais. O pagamento do passivo poderá ser interrompido a qualquer das classes de credores, por motivo de ter esgotado o ativo, até porque, normalmente, na falência, o passivo é superior ao ativo.

12.3.15 Encerramento da Falência e Extinção das Obrigações do Falido

Concluída a realização da totalidade do ativo e distribuído o produto entre os credores habilitados no processo falimentar, o administrador judicial apresentará suas contas ao juiz no prazo de 30 (trinta) dias (art. 154 Lei Falimentar), que poderão ser aprovadas ou rejeitadas.

O art. 155 da Lei Falimentar disciplina que:

Julgadas as contas do administrador judicial, ele apresentará o relatório final da falência no prazo de 10 (dez) dias, indicando o valor do ativo e o do produto de sua realização, o valor do passivo e o dos pagamentos feitos aos credores, e especificará justificadamente as responsabilidades com que continuará o falido.²¹²

211. CHAGAS, op. cit., p. 1051 (grifo nosso).

212. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empre-

O encerramento da falência pode ser acompanhado da extinção das obrigações ou não. Ao final do processo de falência, algumas obrigações podem ter sido pagas na sua totalidade. As obrigações não saldadas no processo falimentar permanecerão ativas até que sejam pagas pelo devedor ou até prescreverem. Caberá ao falido requerer, em juízo, que suas obrigações sejam extintas, por sentença, com base nos incisos do art. 158 da Lei Falimentar, que disciplina:

[...] que extingue as obrigações do falido quando ocorrer:

I. o pagamento de todos os créditos;

o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 25% (vinte e cinco por cento) dos créditos quirografários, facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir referida porcentagem se para isso não tiver sido suficiente a integral liquidação do ativo;

Revogado;

Revogado;

V. o decurso do prazo de 3 (três) anos, contado da decretação da falência, ressalvada a utilização dos bens arrecadados anteriormente, que serão destinados à liquidação para a satisfação dos credores ou com pedido de reservas realizado;

VI. o encerramento da falência nos termos dos arts.114-A ou 156 desta Lei..²¹³

Se for configurada qualquer dessas hipóteses descritas, o falido poderá requerer em juízo da falência que suas obrigações sejam declaradas extintas por sentença.

sária, op. cit.

213. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, op. cit.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Denota-se que houve uma grande evolução do Direito Comercial, hoje conhecido como Direito Empresarial, por adotar uma roupagem mais moderna e que procura unificar e atualizar esse ramo do Direito Privado.

Foi dada ênfase às diversas alterações legislativas promovidas por leis que, modernamente, procuraram fornecer novas definições a determinados institutos do Direito Empresarial moderno.

Procurou-se evidenciar a fundamental importância desse ramo do Direito para regulamentar os negócios realizados no mundo empresarial e evidenciar a relação, sobretudo das empresas, já que a sua fundamentação é a Teoria dos Atos de Empresa.

Ficou evidenciado que são várias leis que compõem o Direito Empresarial, mas a principal delas é o Código Civil, que é responsável por regulamentar a grande maioria das relações privadas.

Trata-se de um ramo do Direito de extrema importância para a sociedade, uma vez que as empresas ocupam papel de destaque e fazem parte do dia a dia do cidadão, tendo uma relevante atribuição na economia do país.

REFERÊNCIAS

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 11. ed. Revsta dos Tribunais, 2020.

BORGES, José Eunápio. **Curso de direito terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966**. Promulga as convenções para adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias. Brasília, DF, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D57663.htm. Acesso em: 17 jun. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 04 jul. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945**. Lei de falências. Brasília, DF, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm. Acesso em: 6 jul. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF, 1940. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, altera as Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, 8.029, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília, DF, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp128.htm. Acesso em: 23 jun. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis nos 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. Brasília, DF, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp147.htm. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, para reorganizar e simplificar a metodologia de apuração do imposto devido por optantes pelo Simples Nacional; altera as Leis nos 9.613, de 3 de março de 1998, 12.512, de 14 de outubro de 2011, e 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e revoga dispositivo da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF, 2016. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp155.htm. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 05 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997**. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9492.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 8 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Casa Civil, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 05 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968**. Dispõe sobre as duplicatas, e dá outras providências. Brasília, DF, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15474.htm. Acesso em: 23 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.357, de 2 de setembro de 1985**. Dispõe sobre o cheque e dá outras providências. Brasília, DF, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7357.htm. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 04 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1966.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20.09.2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica: estabelece garantias de livre mercado: altera as Leis nº 10.406, de 10.01.2202 (Código Civil), Lei nº 6.404, de 15.12.1976, Lei nº 11.598, de 3.12.2007. Lei nº 12.682, de 9.07.2012. Lei nº 6.015, de 31.12.1973, Lei nº 10.522, de 19.07.2002, Lei nº 8.934, de 18.11.1994, Decreto lei nº 9.760, de 5.09.1946, e a Consolidação das leis do trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1],05.1943.

BRASIL, **Lei nº 14.195, de 26.08.2021.** Dispõe sobre a facilitação para a abertura de empresas, sobre proteção de acionistas minoritários, sobre a facilitação do comércio exterior, sobre o Sistema Integrado de Recuperação de Ativos (Sira) sobre as cobranças realizadas pelos conselhos profissionais, sobre profissão de tradutor e intérprete público, sobre a obtenção de eletricidade, sobre a desburocratização societária e de atos processuais, dentre outros.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 258.** A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2002]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em: 18 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 370.** Processo Civil. Direito Comercial. Cheque pós-datado. Executividade. Lei n. 7.357/1985, art. 32. Prescrição. Interrupção. CPC, art. 219, § 3º. Entendimento do Tribunal. Precedentes. Recurso desacolhido. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2013]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-summulas-2013_33_capSumula370.pdf. Acesso em: 18 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 387.** A cambial emitida ou aceita com omissões, ou em branco, pode ser completada pelo credor de boa-fé antes da cobrança ou

do protesto. Brasília, DF, Supremo Tribunal Federal, 1964. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=387.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 15 maio 2018.

CHAGAS, Edilson Enedino. **Direito empresarial esque-matizado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Novo manual de direito co-mercial: direito de empresa**. 30. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. **Comentários à Lei de Falências e de Recupera-ção de Empresas – Lei 14.112/20 – Nova Lei de Falências**. 14. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

CRUZ, André Santa. **Direito empresarial**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

_____. **Direito empresarial**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

GOMES, Fábio Belotte. **Manual de direito comercial**. São Paulo: Manole, 2003.

MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Manual do curso de direito empresarial**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PEDRO, Paulo Roberto Bastos; ROQUE, Nathaly Cam-pitelli. **Vade mecum prática OAB empresarial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. Vol 1.17. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROSA JÚNIOR, Luiz Egídio da. **Títulos de crédito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Composto com a família tipográfica Adobe Garamond Pro.

Miolo impresso em papel Pólen Soft 80g^{m2}.

Capa impressa em papel Tripléx 300g^{m2}.