

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITO SOCIETÁRIO E GLOBALIZAÇÃO

Coordenação:

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

ISRAEL ROCHA LIMA MENDONÇA FILHO

RICARDO VICTOR FERREIRA BASTOS

PAULO PALHARES

Coordenação
Lilian Rose Lemos Rocha
Israel Rocha Lima Mendonça Filho
Ricardo Victor Ferreira Bastos
Paulo Palhares

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

***DIREITO SOCIETÁRIO E
GLOBALIZAÇÃO***

Organização
Daniel Ribeiro Dos Santos Correa
José Ramalho Brasileiro Junior

**Brasília
2019**

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

UniCEUB

Documento disponível no link

repositorio.uniceub.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito : direito societário e globalização /
coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha [et al.] – Brasília: UniCEUB :
ICPD, 2019.

174 p.

ISBN 978-85-7267-020-3

1. Direito Societário. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 347.725

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

SUMÁRIO

O CREPÚSCULO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: A DESTRUIÇÃO DO INSTITUTO POR DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 04

MARCUS VINICIUS SILVEIRA DE SÁ

PENHORABILIDADE DAS QUOTAS SOCIAIS NAS SOCIEDADES LIMITADA E SEUS REFLEXOS APLICADOS À QUEBRA DO PRINCÍPIO DA AFFECTIO SOCIETATIS 26

RARISSON ERLEVI LOUZEIRO GUEDES

CONTRATOS DE TRESPASSE E ALIENAÇÃO DE ESTABELECIMENTO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E NA FALÊNCIA: HIPÓTESES DE INOCORRÊNCIA DE SUCESSÃO DE DÍVIDAS E OBRIGAÇÕES 48

VLADIMIR GOMES CHAGAS

A VALIDADE DO CONTRATO DE VESTING NAS SOCIEDADES LIMITADAS E ANÔNIMAS: UM ESTUDO QUANTO A “LOCALIZAÇÃO” DESSES CONTRATOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS ASPECTOS SOCIETÁRIOS E TRABALHISTAS 73

EDSON MOTA VALENÇA FILHO

UMA REFLEXÃO SOBRE A RELAÇÃO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE E AÇÃO HUMANA NO ÂMBITO DA CORRUPÇÃO 103

GISELE MOTA RAMOS

INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA 120

CARLOS EDUARDO RAULINO

CONSIDERAÇÕES SOBRE A SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO: CONTRATO DE INVESTIMENTO PARA VIABILIZAÇÃO DO NEGÓCIO EMPRESARIAL 142

VICTOR LIRA KOPP

POSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO DE ESTABELECIMENTO VIRTUAL NO CONCEITO DO ARTIGO 1.142 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E A DESNECESSIDADE DE DIFERENCIAÇÃO DE TIPOS DE ESTABELECIMENTO 162

PALLOMA PINHEIRO BRITO

O CREPÚSCULO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: A DESTRUIÇÃO DO INSTITUTO POR DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

THE DAWN OF DISREGARD DOCTRINE: THE DEATH OF THE INSTITUTE BY BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE DECISIONS

Marcus Vinicius Silveira de Sá¹

RESUMO

O presente trabalho visa discutir o tratamento dispersado pelo Superior Tribunal de Justiça para com a desconsideração da personalidade jurídica, demonstrando como certas decisões adotadas pelos Ministros distorcem a medida excepcional e aplicam-na sem fundamentos sobre casos postos a sua apreciação, trazendo à tona os efeitos perversos do mau uso do instituto, mas também gerando enorme insegurança jurídica.

Palavras-chave: Personificação das Sociedades. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Direito empresarial.

ABSTRACT

The present work aims to discuss the treatment provided by Brazil's Superior Court of Justice towards the disregard doctrine, demonstrating how certain decisions end up distorting it and applying it without any legal ground.

Keywords: Legal Personality. Disregard Doctrine. Corporate Law.

¹ Pós-graduando em Direito Empresarial e Contratos pelo UniCEUB. Pós-graduando em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Assistente de Análise Antitruste na Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Endereço eletrônico: marcus.silveira@cade.gov.br.

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, tem-se por certo o fato de as sociedades comerciais² terem conquistado uma posição de extrema importância no cenário econômico mundial, sendo tidas como verdadeiros propulsores da economia global. Diz-se, portanto, que “as sociedades representam (...) uma das mais importantes instituições jurídicas para o exercício das atividades econômicas, especialmente no mercado global”³.

Apesar de modernas e em processo de constantes reinvenções, não se tratam de um fenômeno contemporâneo. Em verdade, questões de ordem econômica e prática sempre impulsionaram a combinação de esforços e/ou recursos para o exercício de atividades econômicas, sendo comum, ao longo da história, a combinação de esforços e/ou recursos para que seja possível, ou ao menos melhor executada, certas atividades. A vida em sociedade, portanto, sempre foi marcada pela reunião de indivíduos em sociedades para o exercício de atividades econômicas.

Tal ponto é corroborado, por exemplo, pela existência de uma ideia universalmente aceita, ainda que em termos gerais, sobre o que é uma sociedade. Em outras palavras, a ideia geral de sociedade “ou seja, de uma estrutura social composta pela reunião de indivíduos voltada para a satisfação de necessidades econômicas e desejos de determinada comunidade/do mercado, é uma ideia universalmente aceita, partilhada e presente nos mais diversos ordenamentos jurídicos”⁴, até mesmo naqueles considerados culturalmente dispares com os demais,

² Cumpre referir que a atividade comercial sempre passou por um processo de evolução, e que gerou uma adaptabilidade do direito às necessidades do mercado. Assim, na origem a atividade mercantil sempre se organizou por intermédio da atuação do empresário individual, correspondendo a esta atividade o direito do comerciante individual. Com o incremento das relações mercantis no mercado, a atividade passou a ser desenvolvida pelos empresários coletivos, ou seja, pelas sociedades empresárias. Nesta fase surge o direito societário. Finalmente, as sociedades empresárias se organizam, cada dia com maior frequência, em grupos econômicos, passando o direito a regular a atuação destes potentados empresariais. Neste sentido, veja-se: FERRAZ, Daniel Amin. *A concentração empresarial no contexto da economia internacional*. In: FERRAZ, Daniel Amin. *Direito empresarial: marco jurídico da internacionalização das empresas brasileiras*, Curitiba: Editora CRV, 2012, p. 9 e ss.

³ GOLDMAN, Berthold. *Frontieres du droit et lex mercatória apud TOMAZETTE, Marlon. Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 118

⁴ TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.

tais como para o Direito Islâmico⁵. Por essa razão, há quem diga, inclusive, que “as sociedades seriam um elemento unitário básico do mundo moderno”⁶.

Nesse sentido, nota-se a existência de uma “configuração padrão” das sociedades comerciais, extraível da análise de diversos ordenamentos jurídicos, que combinam, ao menos os seguintes elementos/características^{7,8}: (i) personalidade jurídica; (ii) responsabilidade limitada; (iii) participações societárias transferíveis; (iv) possibilidade de administração profissional (delegated management with a board structure); e (v) propriedade por investidores. No Brasil, tal previsão veio em janeiro de 1919 com o advento do Decreto 3.708/19, que instituiu a Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada⁹.

Com efeito, há quem afirme que a atual coexistência de um incontável número de sociedades deriva justamente da existência de ao menos um tipo societário nos distintos ordenamentos jurídicos pátrios que contemple tais características, em especial a da personalidade jurídica¹⁰ e da limitação de responsabilidade¹¹. Isso porque, a personificação serve, entre outras coisas, para criar um centro autônomo de direitos e obrigações¹² e, quando combinada com a limitação de responsabilidade, em regra, deixam os sócios de responder

⁵ Para uma análise mais aprofundada do tema, veja-se: MUGHAL, Munir Ahmad. *Islamic concept of partnership*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1976624>>. Acesso em 22 maio 2016.

⁶ Nesse sentido: MICKELTHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. *The company: a short history of a revolutionary idea*. New York: A modern Library, 2005. e TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.

⁷ Nesse sentido, veja-se: HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. *What is corporate law? In: KRAAKMAN, Reinier et al. The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*. New York: Oxford University Press, 2004; e TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014

⁸ Duas são as “famílias” de sociedades: sociedades de pessoas e sociedades de capitais. As características aqui elencadas estarão presentes nas sociedades de capitais. Neste sentido, veja-se: BROSETA PONT, Manuel. *Manual de derecho mercantil*, 10 edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2000, p. 179 e ss.

⁹ ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Disponível em: <www.mprs.mp.br/areas/consumidor/arquivos/desconsideracao.pdf>. Acesso em 30 jun 2016.

¹⁰ O raciocínio aqui resulta do fato de servir, *inter alia*, para criação de centros autônomos de imputação de direitos e obrigações. Nesse sentido: CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p.73.

¹¹ Tendo em vista que a personificação, por si só, não exime os sócios de responderem pessoalmente por atos praticados pela sociedade empresária razão pela qual, na prática empresarial, a personificação das sociedades costuma vir acompanhada da limitação de responsabilidade.

¹² Para o Direito, a pessoa é, sempre, um centro de imputação de normas jurídicas. Nesse sentido: CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p.73.

pessoalmente pelos atos praticados pela sociedade. Consequentemente, há “redução dos riscos da atividade e dos custos de acesso ao capital, de agência e de monitoramento de outros sócios”¹³.

Não obstante, a personificação e a limitação de responsabilidade não podem ser tido como absolutos, existindo, decerto, circunstâncias que clamam pela sua relativização. Em razão dos abusos passíveis de serem cometidos pela utilização indevida da personalidade jurídica, é certo que a possibilidade de atuação através da personalidade coletiva tem limites¹⁴. Assim sendo, em resposta a “*crise da limitação de responsabilidade*”¹⁵, surgiram e desenvolveram-se no âmbito do Direito Norte-Americano e Europeu as chamadas teorias da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine* no original).

No Brasil, a positivação e incorporação do instituto da desconsideração da personalidade coletiva ao ordenamento jurídico nacional iniciou-se, ainda que timidamente¹⁶ em 1940 com o art. 121¹⁷ da Antiga Lei das Sociedades Anônimas^{18/19}. Posteriormente, em 1966, o Código Tributário Nacional²⁰, em seu art. 135²¹, deu seguimento a tradição civilista e também trouxe novas hipóteses de

¹³ TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁴ FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016.

¹⁵ Nesse sentido: FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016; e CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 102.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p.204/206.

¹⁷ Art. 121. Os diretores não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão. § 1º Respondem, porém, civilmente, pelos prejuízos que causarem, quando procederem: I, dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II, com violação da lei ou dos estatutos.

¹⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.627 de 26 de setembro de 1940. Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12627.htm>. Acesso em 05 jul 2016.

¹⁹ Em 1976, com o advento da Lei nº 6.404, revogou-se parcialmente a Antiga Lei das S.A., com exceção do que disposto nos arts. 59 a 73, de modo que, atualmente, o que disposto no antigo art. 121 está regulado no art. 158 da Lei das Sociedades Anônimas.

²⁰ BRASIL. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em 05 jul 2016.

²¹ Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I

incidência²². Não obstante, quando do advento da Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) que o instituto passou a ser tratado com maior seriedade, sendo a Seção V do Capítulo IV daquele Código dedicado inteiramente ao tema. Posteriormente, com a promulgação do Código Civil de 2002²³, expandiu-se a aplicação, então limitada à relações específicas, para relações civis puras.

Talvez por desconhecimento das teorias explicativas clássicas da desconsideração da personalidade jurídica, a esmagadora maioria dos doutrinadores brasileiros, acompanhados pela jurisprudência de nossos tribunais, dedicaram-se a construção desenvolvimento de suas próprias teorias explicativas, tendo prevalecido aquelas conhecidas como “teoria maior” e “teoria menor” da desconsideração.

Porém, a aplicação indevida dos institutos, baseada em teorias que surgiram para explicar a aplicação da norma (o oposto, portanto, do dever ser), leva muitas vezes à morte do próprio instituto, sendo moldada pelo julgador ao seu bel prazer para solucionar um caso concreto da forma que achar mais adequada. Ou seja, é capaz de ferir por morte o princípio do devido processo legal e separação dos poderes, com o Judiciário atuando como legislador e inovando o ordenamento jurídico, distorcendo o instituto para aplica-lo ao caso concreto e gerando enorme insegurança jurídica.

O objetivo do presente trabalho é justamente levar ao debate esse problema, evidenciando o mau uso da desconsideração da personalidade jurídica por aquele que deveria ser o guardião da legislação federal e pacificador de entendimentos de matéria infraconstitucional em todo o território nacional: o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Para alcançar tais objetivos, o estudo em voga utilizará o método do levantamento bibliográfico, aprofundando-se as pesquisas no meio acadêmico por

- as pessoas referidas no artigo anterior; II - os mandatários, prepostos e empregados; III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

²² Há de se registrar a existência de discussões teóricas entre os doutrinadores nacionais sobre o fato de o ali positivado tratar-se de teoria da desconsideração ou responsabilidade pessoal originária. Contudo, por consistir em um debate conceitual somente, sem reflexos práticos, não serão elaboradas maiores considerações sobre o tema.

²³ BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 20 abr 2019.

meio de artigos científicos, monografias, dissertações e teses publicadas nos diversos sítios eletrônicos das universidades brasileiras, europeias e americanas, bem como em outros sites e revistas especializadas, além de pesquisa jurisprudencial no *website* do STJ.

Assim sendo, inicialmente, apresentar-se-á a origem do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e suas teorias explicativas clássicas (teorias subjetivas, objetiva, da aplicação das normas e negativista). Em seguida, tais teorias se contraporão com aquelas desenvolvidas pelos doutrinadores brasileiros (Teoria Maior e Teoria Menor da Desconsideração), a fim de demonstrar suas divergências. Por fim, realizar-se-á uma breve análise do que decidido nos Autos do Recurso Especial nº 1.259.020/SP, a fim de evidenciar os problemas relatados. Ao final, serão apresentadas as conclusões.

2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

2.1. Origem do instituto

A *disregard doctrine* originou-se²⁴ em razões processuais e constitucionais²⁵, tendo sido desenvolvida para explicar as diferentes soluções encontradas para solucionar problemas associados a personalidade coletiva²⁶, destacadamente²⁷ os da confusão de esferas jurídicas, da subcapitalização²⁸ e os relacionados a prejuízos sob terceiros derivados do abuso da personalidade jurídica.

²⁴ Originalmente, diz-se que a desconsideração surgiu da aplicação de regras de equidade e apenas posteriormente teria sido levada aos tribunais. Assim, Rolf Serick defende que diferentemente da regra geral de que a Equidade segue o Direito, o Direito seguiu a Equidade. Para maiores informações, *vide*: SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Traducción y comentarios de derecho español por José Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1958. p.95/96.

²⁵ CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 108.

²⁶ FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016.

²⁷ Nesse sentido: CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 118; FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016.

²⁸ Existem dois tipos distintos de subcapitalização: (i) subcapitalização nominal; e (ii) subcapitalização material. Na primeira, a sociedade tem um capital formalmente insuficiente para o objeto e atos a que se destina, podendo recorrer a capital alheio. Por outro lado, na segunda, constata-se uma efetiva insuficiência de fundos, seja próprio ou alheio. Para efeitos da desconsideração da personalidade

Naquele primeiro caso, não há clara separação entre os patrimônios da sociedade e dos sócios, decorrendo, portanto, da inobservância das regras de Direito Societário. Já no segundo caso, verifica-se que que uma sociedade não foi constituída com capital suficiente para realização de seu objeto social ou em montante incompatível com sua atuação no mercado. Por fim, a terceira é resultado da utilização ilícita ou abusiva da personalidade²⁹ com o intuito de prejudicar terceiros. Deve-se deixar claro que não basta a mera constatação de prejuízo. Este deve resultar “da utilização contrária a normas ou princípios gerais, incluindo a ética dos negócios”³⁰. Ou seja, o abuso da personalidade jurídica “traduciria la utilización de las prerrogativas de la persona colectiva fuera de los objetivos que llevaron la ley a concederla”³¹.

2.2 Teorias de aplicação

2.2.1. Teoria subjetiva

Ao analisar a jurisprudência dos tribunais norte-americanos, Serick³² elenca cinco hipóteses em que originalmente se permitia a desconsideração da personalidade jurídica. São elas: (i) fraude a contrato; (ii) fraude a lei; (iii) atos contrários à boa-fé; (iv) transmissão fraudulenta de patrimônio à uma pessoa jurídica em prejuízo de terceiro; e (v) “nas relações entre matriz e filial em que, de forma desvirtuada, resta caracterizada situação de dependência de fato e de direito e esta

jurídica, apenas esta última é, de fato, relevante, visto que não pode ser sanada. Nesse sentido: TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.

²⁹ Em suma, diz-se que o abuso da personalidade jurídica consiste em uma “*situação de abuso do direito ou de exercício inadmissível de posições jurídicas, verificada a propósito da actuação do visado, através da utilização de uma pessoa coletiva*”. Nesse sentido: CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 123.

³⁰ CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 122.

³¹ FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016, p.224.

³² SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Traducción y comentarios de derecho español por José Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1958.

for utilizada como mero instrumento por aquela para a promoção de atos abusivos”³³.

Vislumbrando tais hipóteses de incidência, Ballantine³⁴ resume e concentra a aplicação da teoria subjetiva aquelas situações em que restar comprovada alguma espécie de abuso da personalidade jurídica. Ou seja,

a autonomia da pessoa colectiva deveria ser afastada quando houvesse um abuso da sua forma jurídica, com vista para fins não permitidos. Na determinação dos tais ‘fins’ ou ‘escopos’, não permitidos, haveria que lidar com a situação objectiva e, ainda, com a intenção do próprio agente³⁵.

Em outras palavras, exige-se um abuso consciente da personalidade jurídica e limitação de responsabilidade³⁶ para aplicação da teoria subjetiva. Trata-se, pois, de “um episódio natural da evolução da ideia de levantamento [do véu social]: jogam-se, tão só, os pressupostos da responsabilidade civil”³⁷.

2.2.2. Teoria objetiva

A teoria objetiva surge da rejeição a aplicação de elementos subjetivos para proceder-se à desconsideração. Segundo Cordeiro³⁸, trata-se “de uma evolução comum aos instrumentos jurídicos que visam à sindicância do sistema sobre as soluções jurídicas”. Isto é, inicialmente, condiciona-se tudo às intenções do agente para, após conquistado o instituto, objetivar suas hipóteses de incidência, fazendo-a depender apenas de ações contrárias ao ordenamento. Desta forma, com a teoria objetiva, a desconsideração da personalidade jurídica passa a não mais ser vista como uma sanção, mas como simples consequência descumprimento de uma norma.

³³ FERRAZ, Daniel Amin; SILVEIRA DE SÁ, Marcus V. *Da desconsideração da personalidade jurídica nas relações consumeristas brasileiras: análise à luz das teorias clássicas*. In: UNICEUB. Revista de Direito Internacional, Brasília, v.13, n. 3, 2016 p. 310.

³⁴ BALLANTINE, Henry Winthrop. *Ballantine On Corporations*. Chicago: Callaghan and Company, 1946.

³⁵ CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 125/126.

³⁶ SERICK, Rolf. *Rechtsform and Realität apud CORDEIRO, António Menezes. O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 125/126.

³⁷ CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 126.

³⁸ CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 127.

Ferraz indica como exemplo de incidência dessa teoria os casos de concentração empresarial. Isto é, “afetada a responsabilidade das partes, em razão da não aplicação da intangibilidade do capital social e da vinculação patrimonial dos entes do grupo, aplicar-se-ia a teoria da desconsideração e o patrimônio de todo o grupo responderia pelas obrigações assumidas”³⁹.

2.2.3. *Teoria da aplicação das normas*

Müller-Freienfels apresentou a teoria da aplicação das normas como uma alternativa a teoria subjetiva de Rolf Serick, por entender que a desconsideração não se traduziria em um problema geral da personalidade jurídica, mas de aplicação de normas. Nesse sentido, quando as normas tivessem “uma pretensão de aplicação absoluta ou visassem atingir a realidade subjacente à própria personalidade jurídica, aplicar-se-iam”⁴⁰ e a personalidade jurídica seria desconsiderada.

Analisando-se sua proposição básica, constata-se que a teoria da aplicação das normas assemelha-se com a teoria objetiva, na medida em que baseada em um critério objetivo para a penetrar a personalidade jurídica.

2.2.4. *Teoria negativista*

Defendida por Wilhelm, a teoria negativista nega a autonomia do instituto da desconsideração por entender que esta lida com proposições vagas que conduziriam à insegurança jurídica⁴¹. Sugeria-se, então, que dever-se-ia determinar expressamente os deveres e obrigações dos membros da sociedade. Assim, no limite

³⁹ FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016.

⁴⁰ CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p.129.

⁴¹ FERRAZ, Daniel Amin; SILVEIRA DE SÁ, Marcus V. *Da desconsideração da personalidade jurídica nas relações consumeristas brasileiras: análise à luz das teorias clássicas*. In: UNICEUB. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v.13, n. 3, 2016

da aplicação da teoria negativista, somente seria possível responsabilizar os sócios dirigentes e/ou administradores por falta de diligência⁴².

Apesar de dizer respeito propriamente a responsabilização dos sócios, tal teoria é considerada como integrante das teorias clássicas de desconsideração na medida em que, para alcançar o patrimônio dos sócios e responsabiliza-los pelos atos da sociedade, mostra-se necessário, primeiramente, desconsiderar a personalidade jurídica. Apresentadas as teorias clássicas, vejamos as teorias surgidas em território nacional.

3 TEORIAS BRASILEIRAS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Pouco antes da virada do século, Fabio Ulhoa Coelho⁴³ propôs, em 1999, que, no Brasil, conviveriam duas “teorias” da desconsideração da personalidade jurídica, as quais convencionou chamar de “teoria maior” e “teoria menor”.

3.1 Teoria maior

A teoria maior da desconsideração é o resultado da análise realizada em 1960 por Rubens Requião sobre a teoria subjetiva de Rolf Serick. Em seu trabalho, Requião buscava, ainda que sem previsão legislativa específica nesse sentido, defender a aplicabilidade, no Brasil, da *disregard doctrine* na hipótese de verificado, no caso concreto, fraude contra credores ou o abuso da personalidade jurídica⁴⁴.

3.2 Teoria menor

Diferentemente da teoria maior, a teoria menor da desconsideração sustenta que, para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, bastaria o não pagamento, pela sociedade, de um crédito contra ela exigido⁴⁵. Em outras palavras,

⁴² WILHEIM, Jan. Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person apud CORDEIRO, António Menezes. O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p.130.

⁴³ COELHO, Fabio Ulhoa. A teoria maior e a teoria menor da desconsideração. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais: RDB, v. 17, n. 65, jul./set. 2014 pags. 21-30.

⁴⁴ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, volume 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

⁴⁵ TOMAZETTE, Marlon. Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global. São Paulo: Atlas, 2014.

caso não verificado a existência de patrimônio social suficiente para adimplir com as obrigações assumidas, mas sejam seus sócios solventes, poder-se-ia aplicar a desconsideração da personalidade jurídica e responsabilizar os sócios pela dívida perante o credor⁴⁶.

3.3 Análise das teorias brasileiras à luz das teorias explicativas clássicas

O STJ, nos autos do REsp 279.273/SP⁴⁷, efetuou diversos apontamentos sobre a desconsideração da personalidade jurídica no Brasil e suas teorias quando instaurada controvérsia acerca das hipóteses de cabimento do instituto.

Dentre as teses levantadas, prevaleceu aquela proposta pela Ministra Nancy Andrighi, designada relatora para o acórdão, e pode ser extraída da leitura do seguinte trecho da ementa:

A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se

⁴⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. A teoria maior e a teoria menor da desconsideração. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais: RDB, v. 17, n. 65, jul./set. 2014 pags. 21-30.

⁴⁷ STJ – 3ª Turma – REsp 279273/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, 3ª T., julgado em 4/12/2003, DJ 29/3/2004.

subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Apesar da denominação ímpar, característica das elucubrações doutrinárias de Fabio Ulhoa Coelho, a teoria maior da desconsideração é, na prática, a interpretação brasileira da teoria subjetiva da desconsideração da personalidade jurídica. Afinal, ela decorre justamente da tentativa de aplicação da teoria de Rolf Serick no direito brasileiro.

Com o advento do Código Civil de 2002, a teoria subjetiva da desconsideração restou positivada expressamente no art. 50⁴⁸ daquele diploma, que prevê a possibilidade de o magistrado estender “*os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações*” aos bens particulares dos administradores e/ou sócios quando verificado o abuso da personalidade jurídica, “*caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial*”.

Não obstante, devido à redação dada ao dispositivo, os operadores do direito começaram a interpreta-lo de modo literal, defendendo que a simples existência de confusão entre o patrimônio da sociedade e aquele de seu(s) sócio(s) daria ensejo a desconsideração da personalidade jurídica. Ou seja, tratar-se-ia, assim, da objetivação de um critério inicialmente subjetivo.

Alguns ainda resistem, decerto, a tal possibilidade, acreditando que a confusão patrimonial é apenas um indício que pode servir de meio de prova para se promover a desconsideração⁴⁹, mas nunca seu fundamento, opondo-se aqueles que sustentam que a confusão é “requisito primordial”⁵⁰ da desconsideração.

Tendo em vista existirem, na prática, situações em que o patrimônio dos sócios e o da sociedade podem confundir-se durante o desempenho de seu objeto

⁴⁸ Eis seu inteiro teor:

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

⁴⁹ LEHMANN, Michael; FRANCESCHELLI, Vincenzo. *Superamento della personalità giuridica e società collegate: sviluppi di diritto continentale. apud TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, volume 1: Teoria Geral e Direito Societário. São Paulo: Atlas, 2012. p.237.*

⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 450.

social, independentemente da ocorrência de atos ilícitos⁵¹ ou abusivos, bem como a confusão pode decorrer de uma necessidade da própria atividade desenvolvida⁵², a doutrina contrária a ideia da confusão patrimonial como critério objetivo de desconsideração parece mais adequada a realidade jurídico-econômica.

Com efeito, no que se refere a teoria menor da desconsideração, diz-se que esta é aplicável no âmbito do Direito do Consumidor e Direito Ambiental, tendo sido positivada pelo art. 28, §5º do Código de Defesa do Consumidor⁵³ (Lei nº 8.078/90) e art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.605/98⁵⁴, que dispõe, respectivamente, *in verbis*:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

(...)

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Há de se destacar a evidente incompatibilidade desta teoria com aquelas estudadas no Tópico 1, não encontrando nelas qualquer equivalência ou amparo. Afinal, esta não se preocupa em constatar a existência, no caso concreto, de abuso da personalidade jurídica, tal qual realizada pela teoria subjetiva, tampouco baseia-se em algum critério objetivo (teoria objetiva) ou no não atendimento de alguma obrigação ou dever dos sócios administradores (teoria negativista).

⁵¹ LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e a Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 39

⁵² TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial, volume 1: Teoria Geral e Direito Societário*. São Paulo: Atlas, 2012.

⁵³ 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 20 abr 2019.

⁵⁴ BRASIL. LEI Nº 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em 20 abr 2019.

Em verdade, o que se verifica é que a teoria menor consiste em uma inovação legislativo-jurisprudencial brasileira, que não parece ter se atentado às considerações da doutrina clássica sobre a *ratio essendi* dos institutos envolvidos e os riscos associados a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Levando-se em consideração que o objetivo original da desconsideração da personalidade jurídica era o de “de proteger a existência da autonomia patrimonial evitando-se o enriquecimento ilícito dos sócios em detrimento dos credores da sociedade”⁵⁵, não há dúvida quanto a incompatibilidade da teoria menor com esse preceito. Isso porque, a teoria menor acaba por eliminar por completo o conceito de autonomia patrimonial e ignora a limitação de responsabilidade⁵⁶, ainda que no âmbito do direito consumidor e direito ambiental, ao prever a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pela simples constatação de dificuldade ao ressarcimento de prejuízos. Afinal, a limitação de responsabilidade sempre será, de alguma forma, um obstáculo, na medida em que limita o universo patrimonial disponível para satisfação dos créditos (posto que na prática quase sempre estão acompanhadas pela limitação de responsabilidade).

Não se está aqui, em nenhuma hipótese, negando a importância de mecanismos de proteção e satisfação ao crédito. Contudo, entende-se, sim, que o direito ao ressarcimento não pode ser tido como absoluto, pois sendo, a busca implacável por sua satisfação por fim à limitação de responsabilidade e à autonomia patrimonial das sociedades, os quais são tidos como postulados básicos da realização de grandes negócios empresariais⁵⁷ e cujo custos de eliminação correspondem aqueles da responsabilidade ilimitada. Assim, sua eliminação eleva, em muito, os riscos das atividades econômicas e, com ele, os custos de acesso ao capital, de agência e de monitoramento de outros sócios. No limite, a eliminação da limitação de responsabilidade da autonomia patrimonial garantida pela

⁵⁵ FERRAZ, Daniel Amin. SILVEIRA DE SÁ, Marcus V. Da teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de sociedades sob a ótica das relações de consumo. In: Rev. Bras. Polít.Públicas (Online), Brasília, v. 6, nº 3, 2016, p. 120-139.

⁵⁶ TOMAZETTE, Marlon. Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global. São Paulo: Atlas, 2014.

⁵⁷ TOMAZETTE, Marlon. Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global. São Paulo: Atlas, 2014.

personificação é capaz de inviabilizar por completo o desenvolvimento de atividades econômica e socialmente relevantes.

Em razão dos imensuráveis benefícios sociais decorrentes da preservação dos elementos básicos das sociedades empresárias, não há dúvida que estes não podem ser descartados simplesmente para privilegiar, em absoluto, a satisfação de um crédito. O benefício social auferido, ainda que de modo indireto, pela manutenção da realização de grandes negócios empresariais decerto há de superar o crédito buscado.

4 A APLICAÇÃO IMPRÓPRIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ANÁLISE DO RESP 1.259.020/SP

Já apresentadas, discutidas e contrapostas tanto as teorias explicativas clássicas quanto aquelas desenvolvidas em território nacional, resta analisar o modo como o Superior Tribunal de Justiça vem aplicando o instituto no caso concreto e pondo em cheque a limitação de responsabilidade em território nacional.

Dentre os inúmeros julgados que poderiam ser analisados e expostos para comprovar o aqui sustentado, optou-se por expor o resultado do julgamento realizado nos autos do REsp 1.259.020/SP⁵⁸, devido a completa impropriedade da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica naquele caso e por terem os ministros, naquela hipótese, reconhecido expressamente a necessidade de molda-lo para aplicar ao caso. Veja-se.

Segundo Relatório do Resp, elaborado pela Ministra Nancy Andrighi, a controvérsia instaurou-se quando, em 20/07/2007, o síndico requereu a extensão dos efeitos da falência da sociedade PETROFORTE BRASILEIRO DE PETRÓLEO LTDA (“Petroforte”) sobre 11 pessoas jurídicas⁵⁹ e 9 pessoas físicas, por terem elas participados de uma série de operações alegadamente com o intuito de desviar bens da massa falida.

⁵⁸ STJ. Recurso Especial: REsp 1.259.020/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJe de 28/10/2011.

⁵⁹ São elas: River South S.A., Vultee Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros, Securinvest Holdings S.A., Turvo Participações S.A., Agroindustrial Espírito Santo do Turvo Ltda., Kiaparack Participações e Serviços Ltda., MT&T Prestação de Serviços em Envasamento Ltda., All Sugar International Inc (off-shore), Red Cloud Ltda. (off-shore), Blue Snow Holdings Inc (off-shore) e Real Sugar Corporation (off-shore).

As operações foram assim descritas com detalhes pela Securinvest Holdings

S/A

Em 22 de agosto de 2000, a sociedade Rural Leasing realizou com Sobar S.A. – Álcool e Derivados uma operação de crédito revestida de toda legalidade, no caso um lease back. Por força da referida operação, a Rural Leasing adquiriu da Sobar o terreno, as construções nele erguidas e todas as máquinas e equipamentos empregados na atividade industrial. Ato contínuo os arrendou através de contrato de arrendamento mercantil. Tudo dentro da mais rigorosa legalidade, repita-se. Comprove-se pelos documentos que estão nos autos que por força da operação a Rural leasing efetivamente entregou à vendadora a importância de R\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais), no caso o preço do negócio.

De seu lado, a arrendatária se obrigou a pagar à arrendante 42 (quarenta e duas) parcelas mensais, iguais e consecutivas, no valor de R\$ 328.907,32, pelo arrendamento e R\$ 187.320,79, pela antecipação do valor residual garantido. Em razão do inadimplemento parcial as partes celebraram instrumento de aditamento e re-ratificação do contrato de arrendamento mercantil ajustando que a dívida seria agora resgatada em 37 parcelas mensais e sucessivas de R\$ 655.823,05, a partir de 22 de outubro de 2001. Diante do novo inadimplemento a Rural Leasing promoveu em face da Sobar a competente ação de rescisão contratual (2ª vara Cível da Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo – doc. Junto).

Uma vez cumprida a reintegração na posse dos bens objeto do arrendamento as partes em 7 de junho de 2002, celebraram novo acordo eis que não era interesse da rural Leasing ter a posse dos bens. Pelos termos do acordo, seriam pagos R\$ 24.135.318,80 em 82 (oitenta e duas) parcelas mensais e consecutivas sendo a primeira em 25 de junho de 2002. Diante do reiterado descumprimento dos ajustes, a arrendante se reintegrou na posse do imóvel em 4 de abril de 2003, tudo conforme objeto do acordo. Foi quando a Agravante adquiriu os direitos junto à Rural Leasing que não tinha interesse ou em seu objeto a administração do acerca de bens.

A Relatora informa que, para o síndico:

a operação de desvio teria sido complementada da seguinte forma: os antigos proprietários da SOBAR constituíram uma sociedade chamada RIVER SOUTH S.A. Essa empresa associou-se à SECURINVEST para a constituição de uma terceira sociedade, chamada TURVO PARTICIPAÇÕES LTDA. A SECURINVEST teria utilizado o patrimônio que recebeu da SOBAR para integralizar suas quotas na TURVO PARTICIPAÇÕES, na qual detinha 51% do capital social. Os outros 49% seriam a RIVER SOUTH, integrante do Grupo Petroforte. Posteriormente, a TURVO PARTICIPAÇÕES alienou os bens que lhe foram transferidos a uma outra

sociedade, denominada KIAPARAK PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS LTDA., também supostamente do Grupo Rural e os bens teriam, então, sido arrendados a uma nova sociedade, AGROINDUSTRIAL ESPÍRITO SANTO DO TURVO LTDA., sociedade empresária cujos sócios são duas off-shores sediadas nas Ilhas Virgens Britânicas: All Sugar International e Real Sugar Corporation, ambas, segundo o Síndico, do Grupo Rural.

No que se refere a análise de mérito, interessa-nos especialmente o “Tópico III.c)” do Voto da Relatora, dedicado a análise da “desconsideração de personalidade jurídica e suposta ausência de grupo econômico. Alegação de violação dos arts. 50 do CC/02 e 6º do DL 7.661/45”.

Acertadamente, entendeu-se, em um primeiro momento, que a análise de coligação de “empresas” é uma questão que encontra óbice na Súmula 7/STJ por consistir em uma questão que demandaria uma análise fática, impossível de ser revista naquela Corte.

Não obstante, a Relatora teceu algumas considerações sobre o instituto da coligação e sustentou que a cadeia societária descrita naqueles autos “demonstra a existência de um *modus operandi* que evidencia a influência de um grupo de sociedades (GRUPO SECURINVEST, seja ele ou não integrante do mais amplo GRUPO RURAL), sobre o outro (PETROFORTE)”.

Defendeu ser necessário coibir as práticas descritas e que para tanto poderia ser utilizada a desconsideração da personalidade jurídica “ainda que, para isso, seja necessário dar-lhe nova roupagem”. Devido a relevância do trecho justificador da aplicação da desconsideração naquele caso, mister transcreve-lo na íntegra:

Para as modernas lesões, promovidas com base em novos instrumentos societários, são necessárias soluções também modernas e inovadoras. A desconsideração da personalidade jurídica é técnica desenvolvida pela doutrina diante de uma demanda social, nascida da *praxis*, e justamente com base nisso foi acolhida pela jurisprudência e pela legislação nacional. Como sói ocorrer nas situações em que a jurisprudência vem dar resposta a um anseio social, encontrando novos mecanismos para a atuação do direito, referida técnica tem de se encontrar em constante evolução para acompanhar todas as mutações do tecido social e coibir, de maneira eficaz, todas as novas formas de fraude mediante abuso da personalidade jurídica. Inexiste, portanto, violação, nem do art. 50 do CC/02, nem do art. 6º do DL 7.661/45

Curiosamente, o Ministro Massami Uyeda, então presidente, acompanhou o voto da relatora, destacando que ali se contemplava “uma nova faceta da teoria do disregard, sofisticada é verdade, com a participação de offshores, no sentido de dar-se uma aparência de legalidade, de normalidade à intenção deliberada em fraudar credores”. Os demais ministros acompanharam o voto da Relatora e a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao REsp.

Iniciam-se as críticas logo em desfavor do trecho que introduziu a ideia de que seria utilizada a desconsideração da personalidade jurídica para solucionar a controvérsia. Afinal, já ali indicou-se a necessidade de moldar o instituto para adequar-se ao caso. Ou seja, revelou-se a ausência de fundamento legal para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Ainda assim, alegou-se a inexistência de violação ao art. 50 do Código Civil, o que, por sua vez, exige a demonstração de abuso da personalidade jurídica, caracterizada, segundo aquele dispositivo, pelo desvio de finalidade. Contudo, em nenhum momento naquele julgado investigou-se e concluiu pela existência de um desvio de finalidade das pessoas jurídicas cuja personalidade desconsiderou-se. Não foram analisados, portanto, os elementos necessários para aplicação daquele artigo.

Outrossim, em que pese a decisão tenha apontado que as operações consistiam em fraude contra credores e desvio de patrimônio, não houve a exposição de motivos para tal conclusão, não tendo sido sequer apontada a existência de ilegalidade nos negócios jurídicos firmados. Pelas breves exposições realizadas, nota-se que as operações societárias ali realizadas receberam tratamento de ilícitos per se, o que também não encontra amparo em qualquer norma do ordenamento jurídico nacional. É verdade que um dos exemplos mais clássicos da aplicação da teoria objetiva da desconsideração é a concentração empresarial. Contudo, tal hipótese de incidência não foi positivada pelo art. 50 do CC/02, utilizado como base para aplicação do instituto, e, portanto, não poderia ser invocada.

Em verdade, o que se verifica naquele julgado é que, por não ser a Corte capaz de solucionar o problema por ela identificada com as regras de direito vigentes, e inconformada com o resultado que seria dado ao caso devido a tal ausência, os ministros, motivados por um distorcido senso de justiça social,

subverteram a norma e aplicaram de modo impróprio o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Na prática, aquele Superior Tribunal de Justiça confirmou e legitimou a possibilidade de aplicar-se a desconsideração para além das hipóteses legalmente previstas, legislando sem poderes para tanto, o que contraria não só a separação dos poderes, mas também o devido processo legal. Tal conduta cobre a sociedade com o manto da insegurança jurídica e coloque em cheque os elementos da autonomia patrimonial e limitação de responsabilidade, cujas consequências de o fazer foram expostas no Tópico 2.3. do presente trabalho.

Reforça-se que o julgado no REsp 1.259.020/SP não se trata de um caso isolado, posto que a interpretação fornecida ao §5º do art. 28 do CDC nos autos do REsp 279.273/SP, no sentido de possuir aplicação autônoma, também apresentado no Tópico 2.3., revela outra aplicação imprópria do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e o descaso para com o tratamento da medida, que haveria de ser tida como uma das mais expressionalíssimas e de aplicação restrita.

5 CONCLUSÕES

Graças a conjugação de seus cinco elementos básicos, foi possível às sociedades comerciais desenvolverem-se e multiplicarem-se. Tendo em vista que com toda concessão de direitos nasce a possibilidade de abusos, verificou-se a utilização imprópria da personificação e limitação de responsabilidade. Para remediar esses problemas, elaborou-se o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, pois, através de sua aplicação, permite-se penetrar o véu social e responsabilizar os sócios pelas obrigações assumidas pela sociedade.

Trata-se, porém, de medida excepcional, que somente há de ser utilizada em situações específicas e limitadas, e desde que expressamente previstas no ordenamento jurídico. A regra deve, sempre, ser aquela que privilegia a autonomia societária consubstanciada na personificação da sociedade, e a limitação de responsabilidade.

Caso contrário, voltar-se-ia a mesma situação social de quando reinava a responsabilidade ilimitada. Nesse cenário, o risco empresarial é imenso e os custos

de acesso ao capital, de agência e de monitoramento são elevados, não havendo incentivos para os agentes realizarem grandes negócios empresariais. Consequentemente, menor é a geração de riqueza e bem-estar o que resulta em ineficiências econômicas e baixos níveis de desenvolvimento.

No Brasil, a teoria subjetiva da desconsideração da personalidade jurídica foi aceita e positivada, ainda que os doutrinadores e a jurisprudência nacional refiram-se a ela como “teoria maior” da desconsideração. A teoria negativista, talvez pela sua baixa aceitação, não foi incorporada ao nosso ordenamento. A teoria objetiva, por sua vez, sofreu deturpações quando aqui positivada e gerou a chamada “teoria menor” da desconsideração.

O Tribunal Superior de Justiça, com base teorias nacionais e diante da realidade brasileira, vem fazendo uso de interpretações extensivas, sem fundamento ou previsão legal, e promovendo ativismo judicial, invadindo a competência do Poder Legislativo, para criar hipóteses de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica para resolver casos posto a sua apreciação.

Com isso, gera-se enorme insegurança jurídica e coloca a sociedade brasileira na iminência de graves prejuízos socioeconômicos, sendo necessário que os ministros daquela Corte superior revejam seus posicionamentos e passem a aplicar a desconsideração com maiores ressalvas. Para tanto, imprescindível que haja uma maior organização social e pressão doutrinária no sentido de expor os problemas e cobrar resultados.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Disponível em: <www.mprs.mp.br/areas/consumidor/arquivos/desconsideracao.pdf>. Acesso em 30 jun 2016.

BALLANTINE, Henry Winthrop. *Ballantine On Corporations*. Chicago: Callaghan and Company, 1946.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.627 de 26 de setembro de 1940. Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2627.htm>. Acesso em 05 jul 2016.

BRASIL. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em 05 jul 2016.

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 20 abr 2019.

BRASIL. LEI Nº 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em 20 abr 2019.

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 20 abr 2019.

BROSETA PONT, Manuel. *Manual de derecho mercantil*, 10ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

COELHO, Fabio Ulhoa. *A teoria maior e a teoria menor da desconsideração*. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais: RDB, v. 17, n. 65, jul./set. 2014 pags. 21-30.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAZ, Daniel Amin; SILVEIRA DE SÁ, Marcus V. *Da desconsideração da personalidade jurídica nas relações consumeristas brasileiras: análise à luz das teorias clássicas*. In: UNICEUB. Revista de Direito Internacional, Brasília, v.13, n. 3, 2016.

FERRAZ, Daniel Amin. SILVEIRA DE SÁ, Marcus V. *Da teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de sociedades sob a ótica das relações de consumo*. In: Rev. Bras. Polít.Públicas (Online), Brasília, v. 6, nº 3, 2016

FERRAZ, Daniel Amin. *Direito Empresarial: marco jurídico da internacionalização das empresas brasileiras*, Curitiba: Editora CRV, 2012.

FERRAZ, Daniel Amin. *La concentración empresarial en el comercio internacional*. Disponível em: <<http://roderic.uv.es/handle/10550/15234?show=full>>. Acesso em 01 jul 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. *What is corporate law? In: KRAAKMAN, Reinier et al. The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*. New York: Oxford University Press, 2004

LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e a Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MICKELTHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. *The company: a short history of a revolutionary idea*. New York: A Modern Library, 2005.

MUGHAL, Munir Ahmad. *Islamic concept of partnership*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1976624>>. Acesso em 22 maio 2016.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, volume 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Traducción y comentarios de derecho español por José Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1958.

STJ – 3ª Turma – REsp 279273/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 4/12/2003, DJ 29/3/2004.

STJ. Recurso Especial: REsp 1.259.020/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 3ª Turma, julgado em 09/08/2011, DJe de 28/10/2011.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial, volume 1: Teoria Geral e Direito Societário*. São Paulo: Atlas, 2012.

TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014

PENHORABILIDADE DAS QUOTAS SOCIAIS NAS SOCIEDADES LIMITADA E SEUS REFLEXOS APLICADOS À QUEBRA DO PRINCÍPIO DA AFFECTIO SOCIETATIS

PENHORABILITY OF SOCIAL QUOTAS IN LIMITED SOCIETIES AND THEIR REFLEXES APPLIED TO THE BREACH OF THE PRINCIPLE OF AFFECTIO SOCIETATIS

Rarisson Erlevi Louzeiro Guedes

RESUMO

O presente artigo tem como fator primordial a possibilidade de penhora de quotas sociais nas sociedades limitadas, em que prevalecer as regras da sociedade simples. Abordará se um terceiro estranho que não participou do ato de constituição poderá ingressar no quadro societário sem que tenha vínculo afetivo com os demais sócios para dar continuidade ao fim social da sociedade de gerar lucro e quais serão os danos que a sociedade sofrerá em decorrência da quebra do princípio da *affectio societatis*, baseada na confiança mútua, respeito, lealdade e fim específico.

Palavras-chave: sociedade simples. Sociedade limitada. Affectio societatis.

ABSTRACT

The present has as main factor the possibility of attachment of social quotas in limited societies, in which the rules of simple society prevail. It will address if a strange third party who did not participate in the constitution, may join the corporate structure without having an affective bond with the other partners to continue the social purpose of the company to generate profit and what will be the damages that society will suffer as a result of breaking of the principle of affectio societatis, based on mutual trust, respect, loyalty and specific purpose.

Key words: Simple society. Limited society. Affection society.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade discorrer acerca das peculiaridades normativas, jurisprudencial e doutrinária, aplicada ao direito societário brasileiro, devido a sua importância ao mundo jurídico, social e econômico na geração de riqueza, trabalhista e social.

O direito societário contemporâneo, deixou de ser apenas uma mera junção de pessoas com a finalidade de lucro, passando a ser uma ciência autônoma com regulamentação próprio, voltada para a organização de patrimônio e serviços de duas ou mais pessoas para assim exercer atividade de empresa com finalidade de juntos organizarem-se para obter a maior quantidade de lucro, onde cada um, de forma individual contribui com o que lhe há de melhor, seja negociando para obtenção de novos contratos empresarial, seja contribuindo com dinheiro em espécie ou com serviços.

Em decorrência do risco da atividade de empresa em sociedade, surge direitos e obrigações para os sócios, podendo eles serem responsáveis pelos atos da sociedade de forma limitada ou ilimitada. Nesses termos, muito se discute acerca da responsabilidade patrimonial dos sócios, bem como da penhorabilidade de quotas sociais em sociedades limitadas onde prevalece, de acordo com o ato constitutivo as regras das sociedades simples, cuja característica primordial estar no princípio da *affectio societatis*, razão pela qual o fator humano e pessoal sobressai em relação ao capital, haja vista, a grande afinidade e comunhão dos sócios para a constituição e funcionamento da sociedade.

Não obstante o patrimônio do devedor seja a garantia de suas obrigações, o regime jurídico vigente, põe ampla discussão doutrinária acerca do tema, haja vista que o direito material nada dispõe sobre penhorabilidade de quotas e o direito formal garante que o devedor responderá por suas obrigações com qualquer bem que lhe couber, em vista disso há um conflito de interesse entre o direito do credor ter seu crédito satisfeito e o direito dos demais sócios não aceitarem uma pessoa estranha, baseado no princípio da *affectio societatis*.

Desta feita, pretende-se estudar se há possibilidade de conferir maior segurança jurídica a essas transações, dada a possível dificuldade em que a sociedade empresarial teria para acionar judicialmente seu sócio controlador e demonstrar eventual fraude, erro ou dolo. Ou a dificuldade em que um sócio administrador teria para acionar os demais sócios quando a sociedade é sedimentada na *affectio societatis*.

Haja vista a ausência de previsão legal a respeito do tema, o estudo tomará como pilar central a quebra do princípio da *affectio societatis* entre os sócios em decorrência da penhora de quotas sociais quando um dos sócios for devedor e não tiver bens suficientes para sanar suas dívidas e por meio de decisão judicial um terceiro estranho adentrar na sociedade sem que tenha com os demais sócios finalidade comum ao objeto social originário. Para tanto, inicialmente trataremos das sociedades simples e limitadas, seus elementos constitutivos, início da personalidade jurídica, responsabilidade patrimonial dos sócios, vontade da sociedade através dos sócios ou administrador designado por eles e a natureza jurídica da penhora. Posteriormente, o debate se estenderá ao direito societário, onde pretende-se estudar: a importância da *affectio societatis* para a criação, continuidade e manutenção da sociedade empresária, como sendo o elemento de maior importância nas sociedades limitadas que aderirem à aplicação subsidiária das sociedades simples.

2 SOCIEDADES SIMPLES

Com o advento do código civil de 2002, as sociedades simples ganharam novo tratamento jurídico, da qual, a sua definição será de acordo com a atividade exercida por ela, entretanto a sua forma jurídica será de acordo com a vontade dos sócios. O traço de maior relevância nas sociedades simples, se refere ao seu objeto, do qual elas não poderão exercer atividade de empresário, nem mesmo estão sujeitas a registro na junta comercial¹.

¹ REQUIÃO, Rubens. Aspectos modernos de Direito Comercial. 23. São Paulo, Saraiva: 1978.v1. p. 369-370.

Dada a sua forma híbrida, as sociedades simples podem ser constituídas de cinco formas diferentes, podendo ser: sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade cooperativa, sociedade limitada e simples pura.

Diferentemente das sociedades empresariais, as sociedades simples registrarão seus atos constitutivos em cartório de registro civil das pessoas jurídicas, nos trinta dias subsequente a sua constituição. A partir do momento que o ato constitutivo é registrado, elas adquirem personalidade jurídica com a finalidade de garantir publicidade sobre o seu objeto, bem como para identificá-las no mundo jurídico para que terceiros saibam com quem estão negociando².

Nas sociedades simples, as contribuições podem se dá por meio de bens ou serviços, entretanto é essencial saber a parte exata da contribuição de cada sócio, devendo essa contribuição ser expressamente prevista no contrato social. A partir do momento que cada sócio contribui, nasce para ele o direito de suas quotas sociais, bem como de participar ativamente da gestão e da divisão dos lucros³.

Dada a sua característica personalista, nas sociedades simples a figura do sócio não pode ser substituída de suas funções sem que ocorra prévio consentimento dos demais sócios, pois cada sócio tem sua característica profissional e técnica, o que torna incabível sua retirada sem o consentimento dos demais⁴.

Por não ser atividade empresarial, nas sociedades simples, não é cabível a entrada de um terceiro estranho dentro dela, não podendo suas quotas serem penhoradas, nem mesmo serem objeto de alienação judicial.

Nestes termos, a doutrina é unânime no sentido de que não há possibilidade de penhora ou alienação judicial nas sociedades simples, apesar de estarem sujeitas como garantia patrimonial dos sócios. Ocorrendo uma das hipóteses acima referidas, e o sócio não houver bens suficientes a satisfação do crédito, o seu direito recairá sobre os eventuais lucros do sócio inadimplente ou sobre sua quota dentro da

² TOMAZETTE, M. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 6.ed. São Paulo. Atlas, 2014. p.306.

³ NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresa, volume 1: Teoria geral da empresa e direito societário. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 284.

⁴ TOMAZETTE, M. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 6.ed. São Paulo. Atlas, 2014. p.314.

sociedade, neste último caso, deverá ser feita a dissolução parcial da sociedade, e consequentemente o sócio será excluído de pleno direito da sociedade⁵.

Ocorrendo a hipótese acima, tanto o credor como os demais sócios estão protegidos, pois, o credor teve seu crédito adimplido e os demais sócios permanecem dentro da sociedade sem que tenham que aceitar estranho a sociedade. Percebe-se neste caso, que o legislador se preocupou pela proteção e manutenção do princípio da *affectio societatis*, do contrário, estaria prejudicado a função social da sociedade simples, devido ao seu caráter personalista e em muitos casos elas são compostas por profissionais independentes, como por exemplo: médicos, advogados, contadores, ou por especialistas, como por exemplo: cirurgião plástico, cardiologistas, criminalistas⁶.

O princípio da *affectio societatis* nas sociedades simples não pode em hipótese alguma ser menosprezado ou infringido por qualquer dos sócios, pelo contrário ele deve ser o pilar central da sociedade, sempre devendo ser mantido e incrementado, pois do contrário não existirá sociedade simples. Devido a isso se ocorrer morte de um dos sócios ou separação judicial de um dos sócios, os demais sócios não estão obrigados a aceitarem seus herdeiros ou seu ex-cônjuge, cabendo a estes tão somente o direito de participação nos lucros até que seja satisfeita toda sua parte pecuniária⁷.

Pelo princípio da patrimonialidade e em decorrência da autonomia patrimonial, os sócios nas sociedades simples, em regra não respondem pelas obrigações da sociedade, entretanto, eles podem responder, caso não haja previsão expressa no contrato social, de forma subsidiária e no limite de suas quotas⁸.

A vontade das sociedades simples, diferentemente das sociedades empresárias, não é exercida apenas por uma pessoa incumbida de tomar frente aos negócios, neste tipo de sociedade a vontade é exercida pela soma de vontades de

⁵ STJ – 3º Turma – Resp. 221.625/SP, relatora Ministra Fatima Nancy Andriighi, DJ de 7/5/2001.

⁶ TOMAZETTE, M. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 6.ed. São Paulo. Atlas, 2014. p.320.

⁷ TOMAZETTE, M. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 6.ed. São Paulo. Atlas, 2014. p.317.

⁸ TOMAZETTE, M. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 6.ed. São Paulo. Atlas, 2014. p.317.

todos os sócios, e externada pelo administrador nomeado, o qual terá como função a exteriorização da vontade social, bem como a administração interna. Nas tomadas de decisões, os sócios se reunirão para tratar da matéria, devendo prevalecer o princípio democrático, do qual, considerar-se-á aprovada quando obtiver maioria absoluta ou unanimidade do capital social⁹.

Nas sociedades simples o administrador pode ser tanto um dos sócios, como pessoa estranha ao quadro societário. Quando o administrador for um dos sócios, nomeado no ato constitutivo, ele não poderá ser destituído das funções que lhe foi confiada, sem que haja justa causa reconhecida judicialmente, por pedido de qualquer dos sócios. Poderá também ser administrador uma pessoa estranha ao quadro societário, neste caso a sua nomeação e destituição será feita a qualquer tempo por conveniência e oportunidade, pela maioria simples do capital social¹⁰.

Caso a sociedade não possua um administrador designado no ato constitutivo ou em ato separado, caberá a cada um de forma individual praticar os atos necessários a gestão da sociedade, não podendo deliberar sobre matéria de ordem conjunta ou onerar bens, salvo se a oneração for o próprio objeto.

Quando o administrador for pessoa estranha ao quadro societário, uma vez destituído, ele fica temporariamente impedido de fazer concorrência à sociedade, não podendo participar de forma direta ou indireta de outra sociedade no mesmo seguimento ou fazer parte de outra sociedade como administrador ou sócio, salvo autorização expressa da sociedade anterior que ele fez parte¹¹.

Caso o administrador destituído venha exercer função no mesmo seguimento da sociedade que ele fazia parte, caberá a esta ser ressarcida por todos os danos sofridos em decorrência da concorrência. Tal proibição visa impedir que o administrador use em seu favor ou em proveito de outra sociedade do mesmo seguimento, informações, notícias, fatos, estratégias de negócios, planejamentos ou

⁹ FARIA, S. Soares. Do abuso da razão social. São Paulo: Saraiva, 1993, p.121.

¹⁰ JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*. 5 ed. Milano: Giuffrè, 2000, p 148-149.

¹¹ TOMAZETTE, M. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 6.ed. São Paulo. Atlas, 2014. p. 333.

segredos que possam prejudicar a sociedade anterior, conseqüentemente acarretará numa concorrência desleal¹².

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS SOCIEDADES LIMITADAS

Historicamente, até o século XIX, as sociedades empresárias eram divididas em duas espécies distintas, de um lado existiam as sociedades de pessoas, de simples constituição e responsabilidade ilimitada e do outro existiam as sociedades anônimas, de responsabilidade limitada, com funcionamento e constituição de maior complexidade que as sociedades de pessoas. Com o marco histórico da Revolução Industrial, em que o mundo reinventou seus meios de produção e comercialização de produtos industriais manufaturados, fez surgir uma nova classe de pessoas disposta a ingressar no campo empresarial, daí então, percebeu-se a necessidade de se criar um tipo societário de responsabilidade limitada, do qual não exigisse tanta complexidade quanto as sociedades anônimas para atender aos pequenos e médios empresários¹³.

Dada a necessidade e a ausência de legislação específica para assegurar as novas realidades de mercado, surge na Alemanha, no ano 1892, um tipo societário, do qual abarcou traços de ambas já existente, assegurando aos pequenos e médios empresários sua responsabilidade limitada pelas obrigações sociais, bem como sua simplificação de constituição e funcionamento.

Após a criação deste novo tipo societário na Alemanha, ela se difundiu pela Europa, e posteriormente chegou ao Brasil no ano de 1919, sendo positivada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 3.708/19. Inicialmente o referido decreto sofreu inúmeras críticas doutrinárias, devido ao fato de suas inúmeras lacunas e da ampla margem de interpretação, pois aos sócios era dada ampla liberdade para deliberar sobre relações internas no contrato social, salvo em matéria de ordem pública.

Em que pese a restrição de legal de que não caberia aos sócios deliberarem sobre matéria de ordem pública, em muitos casos, nem o decreto nem o contrato

¹² TOMAZETTE, M. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 6.ed. São Paulo. Atlas, 2014. p.334.

¹³ TOMAZETTE, M. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 6.ed. São Paulo. Atlas, 2014. pag 348.

social solucionavam os problemas em determinados assuntos. Apesar das críticas sofridas, o referido decreto permaneceu em vigor com a sua redação original até a edição do Código Civil, no ano de 2002. Com o advento código civil, as sociedades limitadas recebem novo tratamento, adequando-as a realidade brasileira, e restringindo a ampla liberdade dos sócios que era prevista no decreto. Com a nova legislação, aos sócios é dada a liberdade para escolher qual regra específica incidirá sobre a sociedade, se no ato de constituição não houver cláusula expressa, será aplicada no que for omissivo, as regras das sociedades simples, entretanto, pode os sócios livremente por convenção, optarem pelas regras das sociedades anônimas¹⁴.

3.1 Sociedades limitadas no código civil

Com a advento do código civil de 2002, as sociedades limitadas recebem um novo tratamento jurídico, devido a sua importância econômica, pois, no Brasil elas correspondem a 98,93% das sociedades constituídas no período de 1985 a 2005. Embora haja novo tratamento jurídico com a adoção da teoria da empresa, as sociedades limitadas não possuem natureza jurídica específica, devido a sua natureza híbrida, só sendo possível defini-las sob análise de seu contrato social¹⁵.

O hibridismo das sociedades limitadas é caracterizado a partir do contrato social, que ora se apresenta como sociedades capitalista, ora se apresenta como sociedades personalista. No que tange primeira, seu principal diferenciador será sempre que houver no contrato social opção pelas regras das sociedades anônimas, ocasião em que o capital social será de maior importância que a figura do sócio em si. No que tange a segunda, a característica personalista será sempre que houver previsão expressa no contrato social que na sociedade empresária será aplicado subsidiariamente as regras das sociedades simples, pois nesta a pessoa do sócio tem maior importância que o capital social integralizado¹⁶.

¹⁴ TOMAZETTE, M. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 6.ed. São Paulo. Atlas, 2014. p.343.

¹⁵ TOMAZETTE, M. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 6.ed. São Paulo. Atlas, 2014. Pag 351.

¹⁶ TOMAZETTE, M. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 6.ed. São Paulo. Atlas, 2014. p.352.

Devido a sua dualidade de personalidade jurídica, em princípio, não há uma regra específica acerca de sua classificação, pois nas sociedades limitadas, será levado em conta o grau de dependência da sociedade em relação às qualidades subjetivas dos sócios propriamente dito, segundo esse critério, as sociedades podem ser de pessoas ou de capitais¹⁷.

Nas sociedades em que sobressair o fator subjetivo do sócio, o código civil de 2002, na tentativa de proteger a sociedade e o vínculo societário, estabelece que os sócios não são obrigados a aceitarem pessoas estranhas ao quadro societário sem que haja previa concordância dos demais sócios, regra que vale tanto para o ingresso, como para em eventual cessão de quotas. Como atributos individuais do adquirente dessa participação podem interferir na realização do objeto social, é de suma importância e racional que o seu ingresso na sociedade fique condicionada após a devida aceitação dos demais sócios, cujo interesses podem ser afetados e controvertidos, podendo prejudicar o bom andamento e funcionamento da sociedade.

Por ser de maior importância que os sócios em si, nas sociedades de capital, a regra é inversa, ou seja, o sócio poderá exercer de todos os seus direitos de posse dentro da sociedade, podendo a qualquer momento alienar a quem quer que seja, independentemente da anuência dos demais, porque as características pessoais do adquirente não interferem o desenvolvimento e funcionamento da sociedade¹⁸.

Após o seu devido enquadramento societário, a sociedade regularmente constituída possui um nome próprio para identificá-la no mundo jurídico e nas suas relações comerciais e seja capaz de gozar de direitos e contrair obrigações, ficando restrita a usar firma ou razão social.

A sociedade usará firma em seu nome sempre que fizer a utilização do patrocínio dos sócios, não sendo necessária a indicação de todos, nem do seu nome completo, em contrapartida, ela usará razão social, quando não for necessário a utilização do nome dos sócios, podendo usar uma expressão de fantasia, indicação do local, ou apenas a indicação do objeto social, porem em ambos os casos a lei

¹⁷ COELHO, F. U. Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa. 18.ed. São Paulo: Saraiva 2014. p.42.

¹⁸ COELHO, F. U. Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa. 18.ed. São Paulo: Saraiva 2014. p.43.

exige que o nome da sociedade deve sempre vir acompanhado da expressão limitada, por extenso ou abreviadamente e que a ausência deste termo, acarretará a presunção de que se trata de uma sociedade em nome coletivo, em consequência disso os sócios passarão a responder solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais¹⁹.

Quando duas ou mais pessoas se unem com a mesma finalidade econômica, elas em conjunto, ganham novo tratamento jurídico, por meio de uma pessoa jurídica, totalmente distinta da figura dos sócios, pois as sociedades empresárias em sua característica empresarial, econômica e jurídica, dotadas de personalidade jurídica e patrimônio próprio, em decorrência da junção de esforços por mais de uma pessoa, que terão como objetivo a produção ou troca de bens ou serviços com fins lucrativos²⁰.

Contemporaneamente, não há unanimidade doutrinária e jurisprudencial acerca da terminologia e na definição da classificação das sociedades limitadas, que por vezes elas são caracterizadas em sociedades de pessoas, ou de capitais. Devido ao seu difícil enquadramento jurídico e pela ausência de regras específicas no tocante a sua natureza jurídica, o legislador deu aos sócios a liberdade, para que no ato constitutivo da sociedade, eles possam, livremente dispor, se a sociedade terá como fator primordial os atributos individuais dos sócios, quando optarem pelas regras das sociedades de pessoas, ocasião em que prevalecerá as características subjetivas dos sócios em si, ou se a sociedade será regida pelas regras das sociedades anônimas, ocasião em que sempre prevalecerá o capital propriamente dito em relação aos sócios, pois, nesta o que se mede é a importância da sua contribuição para a sociedade²¹.

Com o advento do Código Civil de 2002, o direito empresarial se modernizou e adequou-se à realidade brasileira, aderindo a teoria da empresa. Desta feita, o conceito de sociedade é aperfeiçoado, não sendo mais cabível a clássica distinção entre sociedades comerciais e civis. Da modernização legislativa e da adoção da

¹⁹ TOMAZETTE, M. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 6.ed. São Paulo. Atlas, 2014.p. 357.

²⁰ BERTOLDI, Marcelo M. Curso avançado de direito comercial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p.166.

²¹ NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresa, volume 1: Teoria geral da empresa e direito societário. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 399.

teoria da empresa, hoje, no Brasil, as sociedades são classificadas em sociedades empresárias e em sociedades simples ou de pessoas, que conforme o artigo 981 do código civil, “celebram contrato de sociedades as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

Diante do diploma legal acima extraímos os elementos necessários e concorrentes, do qual sem eles não podemos, sequer falar em sociedade empresária, pois, faz-se necessário que ocorra: a existência de duas ou mais pessoas; a reunião de capital e trabalho como fatores de produção; atividade econômica; fins comuns; partilha dos resultados²².

A partir do momento que estão preenchidos os requisitos mínimos necessários, as sociedades empresárias, para que possua natureza jurídica e se apresente ao mercado com pessoa distinta dos sócios, capaz de gozar de direitos e contrair obrigações, faz-se necessário a formalização do ato, por meio de documento escrito, público ou particular, assinado por todos os sócios, e a partir daí se terá a sua configuração jurídica, se definirá a sede, o capital social, o nome, a gerência, e a responsabilidade dos sócios.

Preenchidos os requisitos essenciais legais de constituição, as sociedades a partir do contrato, transformam-se, em pessoa jurídica detentora de direitos e aptas a contraírem obrigações, conseqüentemente passam a cumprir o seu papel personalista, com o objetivo comum de lucro em razão da necessidade e conveniência dos sócios unirem e combinarem recursos de ordem pessoal ou material para a realização da atividade empresarial comum. Em consequência desses atos, eles deixam de lado seus atributos e vontades pessoais em prol da coletividade de ideias dentro da sociedade²³.

²² TOMAZETTE, M. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 6.ed. São Paulo. Atlas, 2014.

²³ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 271-272.

3.2 Patrimônio constitutivo das sociedades limitadas

Para que haja sociedades limitadas, inicialmente faz-se necessário que cada sócio reserve uma parte de seu patrimônio com a finalidade de somar com os demais integrantes da sociedade, e a partir dessa junção todos os bens em conjunto são transferidos para a fiel realização do objeto social. Doutrinariamente esta soma de bens recebe o nome de integralização social, assim sendo ele passa ser considerado o capital inicial, próprio da sociedade e indispensável para o pleno exercício de suas atividades empresariais. Nas sociedades limitadas, o capital de integralização só pode ser formado por dinheiro ou bens, não se admitindo a contribuição em serviços, uma vez que o capital social servirá de garantia para os credores, e consequentemente a contribuição em serviços em hipótese alguma servirá como garantia pelas obrigações decorrentes dos atos da sociedade²⁴.

Sob a égide das sociedades limitadas como pessoa jurídica regularmente inscrita e formalizada, ela passa a ser tratada durante seu ciclo produtivo, distintamente de seus membros, consagrando o princípio da autonomia patrimonial. Por tal princípio extraímos que, os sócios são pessoas distintas da sociedade, e em hipótese alguma podem ser considerados os titulares de direitos ou devedores das prestações integrantes ao exercício da atividade econômica explorada conjuntamente²⁵.

Do ato de personalização da sociedade limitada, segue-se a o princípio da separação de patrimônios, por se tratar de pessoas distintas, a sociedade possui bens integrantes do estabelecimento empresarial, e outros eventualmente atribuídos a propriedade dela. Entre ambas as pessoas, não existe comunhão ou condomínio dos sócios relativamente aos bens pertencentes a sociedade limitada.

Dada a separação patrimonial, as sociedades limitadas, não exercem nenhum direito de propriedade ou de outra natureza em relação aos bens dos sócios, consequentemente o patrimônio dos sócios, encontram-se sob participação

²⁴ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1. p. 256-357.

²⁵ COELHO, F. U. Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa. 18.ed. São Paulo: Saraiva 2014.p. 32.

societária, representada pelas quotas da sociedade limitada. Trata-se, definitivamente, de patrimônios distintos, inconfundíveis e não sujeito a comunicação entre os sócios e o da sociedade limitada²⁶.

O princípio da autonomia patrimonial, alicerce do direito societário, do qual o patrimônio de cada pessoa se reveste com garantia frente aos credores por atos praticados ao seu interesse, nesses termos, se a devedora é a sociedade limitada, então será o patrimônio social que responderá pelas obrigações e não os dos sócios, que garantirá a satisfação dos direitos creditícios existentes contra ela, em razão disso, os sócios não poderão responder, em regra pelas obrigações da sociedade²⁷.

Em que pese a importância do capital social integrante da pessoa jurídica, perante terceiros, faz surgir outro princípio que é o da estabilidade ou variabilidade condicionada do capital social, isto é, o capital social da sociedade só pode ser alterado se obedecidas as normas legais e ao próprio ato constitutivo²⁸.

Nas sociedades limitadas os patrimônios por um todo são divididos em quotas que são de propriedade dos sócios, com valores iguais ou desiguais, cabendo a eles decidir se cada um terá apenas uma quota, ou se terá várias quotas sociais e a partir do momento que o sócio as subscreve, nasce para ele o direito pessoal de ser sócio, bem como o direito patrimonial, que consistirá na participação nos lucros de acordo com a sua porcentagem, e ainda terá livre acesso ao acervo social, em caso de liquidação.

Dada a sua importância o código civil de 2002, garante que cabe aos sócios disporem sobre a livre cessão ou não das quotas sociais nas sociedades limitadas, pois a eles é dada liberdade para dar caráter mais personalista, motivo pelo qual a figura pessoal só sócio será mais importante que capital, ou poderá ser de caráter

²⁶ COELHO, F. U. Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa. 18.ed. São Paulo: Saraiva 2014.p. 33.

²⁷ COELHO, F. U. Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa. 18.ed. São Paulo: Saraiva 2014.p. 34.

²⁸ GARRIGUES, Joaquín, Curso de derecho mercantil. 7. Ed. Bogotá: Temis, 1987, v p. 13.

capitalista, nesta o capital social será sempre de maior importância e relevância social em relação aos sócios²⁹

3.3 Responsabilidade patrimonial dos sócios nas sociedades limitada

Sob a égide do código civil de 2002, muito se discute no tocante a penhorabilidade de quotas sociais, devido ao seu caráter intimamente personalista, em consequência desse fator, as quotas só podem ser penhoradas se for aceita livremente a entrada de novos sócios de acordo com previsão expressa no contrato social, do contrário, no caso de não ser livre a entrada de novos sócios estranhos ao quadro societário. Se no decorrer da vida da sociedade um terceiro que venha arrematar qualquer quantia de quotas em decorrência de decisão judicial, poderá ser impedido de ingressar na sociedade pelos demais sócios, com base na cláusula contratual restritiva, prevista no contrato social³⁰.

Em decorrência da ausência de legislação material, muito se discute acerca de qual direito prevalecerá diante do caso concreto, de um lado temos o direito do credor, e do outro temos o direito dos demais sócios não aceitarem pessoa estranha ao quadro societário.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de privilegiar o direito do credor, assegurando a penhorabilidade de quotas, mas atentando aos princípios do direito societário, ao assegurar que:

Havendo restrição ao ingresso do credor como sócio, deve-se facultar à sociedade na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou concedê-la e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas, a tanto por tanto, assegurando-se ao credor, não ocorrendo solução satisfatória, o direito de requerer a dissolução total ou parcial da sociedade³¹.

Do julgado acima, percebemos, que apesar do judiciário ter assegurado o direito do credor em relação ao dos demais sócios, ele mesmo ressalta a importância

²⁹ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1. p. 361.

³⁰ REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v.1, p. 422-423

³¹ STJ – 3ª Turma – Resp. 221.625/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 7/5/2001

do princípio da *affectio societatis*, ao assegurar a faculdade da sociedade de não aceitar pessoas estranhas ao quadro societário, resguardando o vínculo afetivo de manutenção da sociedade entre os sócios.

Percebe-se, que há uma preocupação com a garantia do princípio de personificação das pessoas jurídicas e a manutenção do *affectio societatis*, que pode restar violado a partir da penhora de quotas sociais, de modo que, segundo determinou o Superior Tribunal de Justiça, deve ser dada à sociedade, o direito de escolher se querem que o credor venha integrar ou não a sociedade a partir das quotas penhoradas do sócio devedor.

Desta feita, quando os sócios subscrevem uma ou diversas quotas, surge para eles, deveres e direitos de ordem personalista e patrimonial, nesta, estão os direitos à participação nos lucros e à participação no acervo da sociedade, que eventualmente servirá de base em caso de dissolução da sociedade. Em relação a isso, aos próprios sócios membros da sociedade é dado a eles o direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais e de participar, direta ou indiretamente da administração da sociedade, direito ao voto nas deliberações sociais e direito à livre deliberação de suas quotas, obedecidos os preceitos legais previstos no ato constitutivo³².

Muito se discutia acerca da penhorabilidade das quotas sociais, nesse sentido, quando ainda vigente o Decreto 3.708/19, que regulamentava a constituição de sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Naquela época, muitos autores defendiam e até hoje defendem que as quotas sociais só podem ser penhoradas se admitida a entrada de novos sócios dentro da sociedade, sob pena de violar a personificação da sociedade. Nesse sentido as quotas só podem ser penhoradas ou oneradas, se for livre a entrada de novos sócios ao quadro societário, não sendo permitida o ingresso de terceiros que ponha em risco toda a atividade empresarial, com base em cláusula contratual restritiva³³.

³² TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1. p. 384-385.

³³ REQUIÃO, Rubens. Aspectos modernos de Direito Comercial. I. São Paulo, Saraiva: 1977. p. 422-423.

Ocorrendo a quebra dos princípios acima, quando da entrada de estranho ao quadro social, a sociedade em si restará prejudicada, ao passo que, restará tumultuado a *affectio societatis* que move a continuidade da sociedade empresarial, bem como o seu perfeito funcionamento³⁴.

Atendendo ao princípio da patrimonialidade da pessoa jurídica, a execução e a responsabilidade patrimonial têm como objeto específico, em regra os bens patrimoniais do devedor, como forma de sanar suas dívidas pessoais,³⁵.

3.4 Exteriorização da vontade social das sociedades limitadas

Durante a vida útil de uma sociedade limitada, após ser regularmente inscrita e dotada de personalidade jurídica, da qual, possui vontade própria, externada na figura dos sócios ou de pessoa designada, que recebem o nome de administrador, responsável por tratar sobre assuntos internos de maior relevância, para que a sociedade exerça na prática o seu papel social de gerar lucro, de forma organizada e em comunhão de esforços³⁶.

Por motivos de praticidade e rapidez nos negócios empresariais, os sócios, a fim de evitar negócios malsucedidos, eles centralizam a gestão da sociedade, nomeando um administrador, que doutrinariamente é chamado de *presentante*, devido a sua expertise negocial. O administrador pode ser incumbido de tal função no próprio ato de constituição ou em ato separado pela maioria simples do capital social³⁷.

Dada a nomeação do administrador, este tomará posse em ato solene particular entre os sócios e posteriormente será averbada no registro competente, para que ele se apresente externamente ao mercado empresarial como administrador, ficando restrito aos poderes que lhe foram conferidos, sempre buscando o fim social de gerar lucro.

³⁴ (ADIERS, Moacir. Dissolução parcial de sociedade civil por quotas de responsabilidade limitada. Revista Jurídica, nº 280 (2001): p.65

³⁵ LEIBMAN, Eurico Tullio. Processo de execução. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p.124.

³⁶ LAURINI, Giancarlo. La Società a responsabilità limitata: tra disciplina attuale e prospettive di riforma. Milano: Giuffrè, 2000, p.107.

³⁷ REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998. V1, p.389.

Em decorrência dos poderes conferidos ao administrador, além de representar e administrar a sociedade, cabe a ele a responsabilidade personalista de convocar assembleias por meio escrito com os sócios integrantes da sociedade, com a finalidade de versar sobre assuntos de maior complexidade ou negócios de alto risco de investimento.

Apesar de seus amplos poderes, ele sempre ficará restrito ao interesse da sociedade, nunca podendo praticar atos com o objetivo de prejudicar a sociedade, entretanto, caso isso ocorra, ele poderá ser destituído da função que lhe foi confiada ou até mesmo poderá ser responsabilizado civil e criminalmente por seus atos. Caso seja, um dos sócios, ele somente poderá ser destituído de suas funções pelo quórum qualificado de 2/3 de todo o capital social, salvo se o contrato social não estipular cláusula em contrário³⁸.

3.5 *Affectio societatis*

À *affectio societatis*, trata-se de uma expressão do direito romano, que realça a indivisibilidade da sociedade, em face da comunhão de vontade, hoje tal expressão é entendida como a disposição dos sócios em unir e manter o esforço ou investimento que em comum necessário à constituição da sociedade limitada, pois a disposição dos sócios em formar e manter a sociedade em todos os sócios, entretanto, quando esse vínculo de união se perde no decorrer da vida útil da sociedade, a única alternativa cabível é a sua dissolução pela perca do afeto societário³⁹.

Muitas das vezes, devido à complexidade e dependendo de qual for a área de atuação, o indivíduo em si, percebe a necessidade de unir esforços para desenvolver suas atividades econômica e em muitos casos, dada a sua amplitude, é necessário a combinação de esforços ou recursos de pessoas físicas, para que a atividade pretendida seja exercida da melhor maneira possível, e pela união de pessoas, com

³⁸ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1. P 371.

³⁹ COELHO, F. U. Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa. 18.ed. São Paulo: Saraiva 2014.p. 422 – 423.

afinidade específica, objetivando o lucro, unam-se para o exercício de atividade econômica⁴⁰.

Nas sociedades empresárias o fator de maior relevância, desde a sua criação e ao livre exercício de suas atividades é a *affectio societatis*, que se deduz na vontade de cooperação ativa dos sócios e na vontade de atingir um fim comum, ao passo que não se trata apenas do simples consenso comum dos sócios, é necessário que seja mantido durante todo o ciclo produtivo da sociedade⁴¹.

Em decorrência da união de duas ou mais pessoas e na vontade mútua, nasce uma pessoa jurídica distinta da pessoa do sócio, da qual, após as devidas formalidades adquirir personalidade jurídica própria, sempre com o objetivo de lucro e obedecidos os devidos requisitos legais de sua existência, que norteará a caracterização da personalidade jurídica das sociedades empresárias, quais sejam: a pessoa jurídica possui uma personalidade própria que não se confunde com a personalidade de seus membros; a pessoa jurídica possui uma vontade própria que não se confunde com a vontade de seus membros; e a pessoa jurídica possui um patrimônio próprio que não se confunde com o patrimônio de seus membros⁴².

Como fator primordial e indispensável das sociedades, a *affectio societatis* é baseada na cooperação conjunta dos sócios, e não se caracteriza única e exclusivamente só no ato de criação da pessoa jurídica, é necessário que tal afeto seja mantido por toda a vida da sociedade, pois, do contrário, a sociedade não consegue seguir e cumprir com o seu papel social, desta feita a doutrina trata do assunto como requisito eminentemente subjetivo entre os sócios, mas que deve ser vislumbrado diante das manifestações exteriores da vontade dos sócios, bem como deve ser dirigida a um fim comum, que é o exercício próspero da atividade social, devendo estar presente por toda a vida da sociedade⁴³.

⁴⁰ TOMAZETTE, M. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 6.ed. São Paulo. Atlas, 2014. P. 201.

⁴¹ Bulgarelli, Waldirio, Sociedades comerciais. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 26.

⁴² FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. Direito civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 390-391.

⁴³ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1. p. 212.

Desta feita, a quebra do princípio da *affectio societatis* nas sociedades, acarreta o comprometimento do andamento da sociedade, eis que, do contrário não há que se falar em sociedade, devido ao substrato de maior importância se perder e caso haja a sua quebra, dada a sua importância, não há outra solução cabível, a não ser a sua dissolução da sociedade, pois a vontade conjunta de pessoas com finalidade específica e própria, com a finalidade de lucro, se perdeu no decorrer do tempo⁴⁴”.

Se por ventura, no decorrer da vida de uma sociedade a *affectio societatis* for quebrada, a continuidade da sociedade empresária estará comprometida, seja pela saída ou permanência do sócio que a quebrou, neste caso há possibilidade de exclusão do sócio como forma de punição, pois aquele que durante o ciclo produtivo da sociedade põe em risco a continuidade da atividade de empresa pode ser excluído em decisão que depende da maioria representativa de mais da metade do capital social⁴⁵.

Ao longo da vida da sociedade e para a sua perfeita existência, não é suficiente a contribuição recíproca de duas ou mais pessoas para a realização de um determinado resultado econômico, é necessário que o resultado seja perseguido conjuntamente pelos sócios, daí então falamos que à *affectio societatis*, significa confiança mútua, recíproca e vontade de cooperação conjunta, a fim de obter fins comuns, bem como a intenção e a vontade de colaboração ativa para a realização do objeto social, da qual, sem tal vontade, não podemos falar em sociedade, assim sendo, os sócios devem sempre manifestar a vontade conjunta de cooperar ativamente para o bom resultado, do qual procuram obter durante toda a vida em sociedade, reunindo como fatores de produção o capital e colocando-se na mesma situação de igualdade formal e material dentro da sociedade⁴⁶.

⁴⁴ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1. p. 213.

⁴⁵ ALMEIDA, Amador Paes de. Manual das sociedades comerciais (direito de empresa). 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 160

⁴⁶ CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. Tratado de direito comercial brasileiro. Atualizado por Ruymar de Lima Nucci. Campinas: Brokseller, 2001, v. 2, tomo 2, p.30.

4 CONCLUSÃO

Preliminarmente, impende destacar que os aspectos relacionados ao conflito de interesses, cujo paradigma é a possibilidade de penhora de quotas sociais nas sociedades limitadas nas relações em que o sócio é devedor e não têm bens suficientes para satisfazer seus créditos, em consequência da inadimplência do sócio e o credor ingressar no quadro societário sem que tenha vínculo afetivo com os demais sócios, ferindo o princípio da *affectio societatis*.

Em que pese reconhecida a existência da *affectio societatis* como fator preponderante e personalista na constituição da sociedade, não pode tal circunstância restringir a continuidade da atividade de empresa, pois a ruptura da *affectio societatis* representa e acarreta um verdadeiro impedimento da sociedade em realizar o seu fim social e econômico, já que dificilmente pode prosperar e viver no mundo jurídico uma sociedade em que a confiança, o dever de lealdade e o respeito mútuo entre os seus sócios tenham sido rompidos.

É o que verificamos nas sociedades constituídas por familiares ou amigos com laços de afetividade sólido, cujas ações são distribuídas entre os seus membros, formando uma sociedade intimamente *intuito personae*, tendo em vista o fator dominante em sua constituição e continuidade, a afinidade e identificação pessoal entre os sócios, sobressaindo assim a confiança mútua e conjunta.

Em inúmeras circunstâncias, o que se tem, na realidade, é uma sociedade limitada revestida de sociedade simples por livre convenção dos sócios, neste caso, tem-se enraizado o princípio da *affectio societatis*, não sendo possível em seu quadro societário que terceiros estranhos e sem vínculo afetivo com os demais sócios entre na sociedade, por representar risco ao fim social da sociedade, ocasionando tumulto, desordem e desequilíbrio nos negócios empresariais.

Doutrinariamente, a *affectio societatis* é considerada um elemento intrínseco ao contrato de sociedade e subjetivo, caracterizado pela intenção específica dos sócios contratantes em constituir uma sociedade e pela aceitação recíproca dos mesmos, buscando sempre, objetivos comuns ao fim social, pois a *affectio societatis* compreende o consentimento mutuo dos contratantes, que é fator imprescindível

para a formação e continuidade de qualquer contrato societário, cujo fator humano sobrepõe ao capital propriamente dito, o que é evidente a intenção de constituir uma sociedade personalista demonstrada expressa e tacitamente pela intenção de formá-la.

Por derradeiro, acreditamos pela plausibilidade no sentido da impossibilidade da penhora de quotas nas sociedades limitadas em que predomina as regras das sociedades simples, em decorrência da quebra do princípio da *affectio societatis*, ao passo que a sociedade sofrerá danos irremediáveis em sua continuidade, pelos seguintes motivos: os sócios não são obrigados a aceitar pessoa estranha; não há vínculo afetivo em relação aos demais sócios; a pessoa estranha a sociedade pode ter interesses distintos dos demais sócios; a sociedade pode entrar em processo de falência, acarretando danos sociais, econômicos, trabalhista, tributários; os demais sócios podem sofrer represália a depender da quantidades de quotas do ingressante.

REFERENCIAS

ADIERS, Moacir. **Dissolução parcial de sociedade civil por quotas de responsabilidade limitada**. Revista Jurídica, nº 280, 2001.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais (direito de empresa)**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARAÚSJO, Adilson Vieira de. **A penhora na execução civil e suas limitações**, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ASSIS, A. de. **Manual da execução: de acordo com o novo código de processo civil**. 19.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado de direito comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BULGARELLI, Waldirio, **Sociedades comerciais**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 1998.

CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Atualizado por Ruymar de Lima Nucci. Campinas: Brokseller, 2001.

COELHO, F. U. **Curso de direito comercial, direito de empresa**. v 2. 18.ed. São Paulo: Saraiva 2014.

FARIA, S. Soares. **Do abuso da razão social**. São Paulo: Saraiva, 1993.

FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. **Direito civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. 7. Ed. Bogotá: Temis, 1987.

JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. **Appunti di diritto commerciale**. 5 ed. Milano: Giuffrè, 2000.

LAURINI, Giancarlo. **La Società a responsabilità limitata: tra disciplina attuale e prospettive di riforma**. Milano: Giuffrè, 2000.

LEIBMAN, Eurico Tullio. **Processo de execução**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa, volume 1: Teoria geral da empresa e direito societário**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

STJ – 3º Turma – **Resp. 221.625/SP**, relatora Ministra Fatima Nancy Andriahi, DJ de 7/5/2001.

TOMAZETTE, M. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 6.ed. São Paulo. Atlas, 2014

CONTRATOS DE TRESPASSE E ALIENAÇÃO DE ESTABELECIMENTO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E NA FALÊNCIA: HIPÓTESES DE INOCORRÊNCIA DE SUCESSÃO DE DÍVIDAS E OBRIGAÇÕES

CONTRACTS OF TRANSFER AND DIVESTITURE OF BUSINESS ESTABLISHMENT IN THE JUDICIAL REORGANIZATION AND BANKRUPTCY: HYPOTHESIS OF NO SUCCESSION OF DEBTS AND OBLIGATIONS

Vladimir Gomes Chagas¹

RESUMO

O Objetivo do trabalho é analisar o negócio jurídico de trespasse e da alienação do estabelecimento empresarial, com o foco na recuperação judicial e falência, hipóteses em que não ocorrem a sucessão de obrigações e dívidas de qualquer natureza. O trabalho será realizado com base na legislação vigente no ordenamento jurídico brasileiro e levará em consideração um estudo doutrinário e jurisprudencial. Inicialmente, serão feitas algumas considerações sobre o estabelecimento empresarial, seus conceitos, seus principais elementos e outras informações necessárias para sua melhor compreensão como um objeto dos contratos de trespasse. Em seguida, serão feitas observações sobre algumas das formalidades inerentes a esse tipo de negócio, assim como as condições em podem ocorrer a sucessão de dívidas e obrigações entre os contratantes. Além disso, será tratada a hipótese de não sucessão de dívidas e obrigações nos contratos de trespasse e alienação, conforme preconiza a Lei de Recuperações Judiciais e Falência. Em sequência será feita uma conclusão a fim de apontar as principais características dos contratos de trespasse e alienação de estabelecimento empresarial, bem como, a viabilidade desse tipo de negócio nas recuperações judiciais e falências. Ao final, o estudo indica que as hipóteses de não sucessão de obrigações e dívidas, nesses tipos de negócios, são situações muito específicas, de modo que se faz necessário um estudo mais aprofundado da Lei 11.101/05 para a sua aplicação prática.

Palavra-chave: Trespasse, Estabelecimento Empresarial, Recuperação Judicial e Falência

¹ Graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – Faculdade de Ciência Jurídica e Sociais (2017). Atualmente é aluno do curso de pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário de Brasília/ICPD. E-mail: vladimir_chagas@hotmail.com.

ABSTRACT

The objective of this paper is to analyze the legal business of transfer and divestiture of the business establishment, focusing on judicial reorganization and bankruptcy, hypotheses in which the succession of obligations and debts of any nature. The work will be carried out based on the legislation in force in the Brazilian legal system and will take into account a doctrinal and jurisprudential study. Initially, some considerations will be made about the business establishment, its concepts, its main elements and other information necessary for its better understanding as an object of the contracts of transfer of business establishment. Subsequently, some comments will be made on some of the formalities inherent to this type of business, as well as the conditions under which the secession of debts and obligations between the contractors may occur. Finally, the hypothesis of non-succession of debts and obligations in trespassing and alienation contracts will be dealt with, according to the Law on Judicial Recoveries and Bankruptcy. At the end, a conclusion will be made in order to point out the main characteristics of the agreements for transfer and divestiture of business establishment, as well as the viability of this type of business in judicial recoveries and bankruptcies. In the end, the study indicates that the hypotheses of non-succession of obligations and debts in these types of business are very specific situations, considered exceptions to the rule, so that a very thorough study of Law 11.101 / 05 is required for its configuration.

Keywords: Transfer of Business Establishment, Business Establishment, Judicial Reorganization and Bankruptcy.

1 INTRODUÇÃO

No Direito Empresarial é possível realizar a venda de um estabelecimento, de modo que o adquirente se torne responsável pela condução dos negócios. O contrato de trespasse, como é conhecido esse negócio jurídico, tem como objeto a venda da universalidade de bens necessários para a exploração de uma atividade econômica. Trata-se de uma alternativa para empresas ou empresários em dificuldades financeiras, ou até mesmo como medida para realização de ativos nos processos de falência, uma vez que o aproveitamento do valor econômico do conjunto de bens corpóreos e incorpóreos é maior se comparado com a soma das vendas individuais destes mesmos bens. Esse negócio jurídico possibilita a continuação da atividade empresarial sob a administração de uma nova pessoa física ou jurídica, muitas das vezes com melhores condições financeiras para manutenção da empresa.

Ao versar sobre contrato de trespasse ou alienação de estabelecimentos de empresas em dificuldade financeira, há de se considerar a existência excessiva de dívidas e obrigações vinculadas a esses estabelecimentos, não sendo raras as

situações em que o passivo dessas empresas se aproxima, ou até mesmo supera, o valor econômico do próprio estabelecimento empresarial. Em que pese o contrato de trespasse ou de alienação de estabelecimento possa dispor da responsabilidade das partes sobre as dívidas existentes, em determinadas situações o adquirente irá suceder ou ficará responsável por essas dívidas, independentemente da disposição contratual. A sucessão de dívidas e obrigações, em regra, relaciona-se ao que é informado na contabilidade da alienante, contudo, essa sucessão poderá decorrer de casos previstos em Lei, em especial, da legislação Trabalhista e Tributária.

A possibilidade da sucessão ou responsabilização por dívidas e obrigações, muitas das vezes, inviabiliza os negócios de trespasse e a alienação do estabelecimento, ao passo que a transação pode exigir do adquirente investimentos onerosos, bem como, o negócio pode representar um risco ao comprador, ainda mais quando se tratar de alienante em crise econômico-financeira, ou de estabelecimento empresarial de uma Massa Falida, a qual se presume estar repleta de dívidas.

Vale destacar que a existência de dívidas do estabelecimento também pode representar a desvalorização de seu valor econômico, mesmo que a atividade desenvolvida apresente um grande potencial de lucros. Por consequência, a diminuição do preço do estabelecimento poderá desestimular o próprio alienante a prosseguir com o contrato de trespasse.

Visando incentivar os negócios de trespasse ou da alienação de estabelecimento, cujos efeitos estariam atrelados a preservação da empresa, a manutenção dos empregos dos trabalhadores e aos interesses dos credores, a Lei 11.101/2005 prevê hipóteses em que o referido negócio jurídico não sucederá as dívidas e obrigações ao adquirente, inclusive as de natureza tributária e derivadas da legislação do trabalho.

Essa exceção a regra adota formalidades e critérios específicos, afinal, tal benesse poderia favorecer empresas ou empresários mal intencionados, os quais poderiam se valer de negócios simulados, cujo escopo estaria relacionado a extinção ou redirecionamento de dívidas com a simples substituição dos titulares do estabelecimento.

Diante desse contexto, faz-se necessário algumas considerações sobre os contratos de trespasse, em especial atenção sobre a complexidade de seu objeto, qual seja: o estabelecimento empresarial. Posteriormente, cumpre destacar algumas formalidades dos contratos de trespasse. Feitas essas considerações, os próximos tópicos irão tratar de como o adquirente sucede ou fica responsável pelas dívidas e obrigações do alienante, e como essas regras não são aplicáveis nos casos previstos na Lei de Recuperações Judicial e Falências².

2 DO OBJETO DO CONTRATO DE TRESPASSE E DA ALIENAÇÃO DO ESTABELECIMENTO

Inicialmente, insta esclarecer que o objeto do contrato de trespasse é a alienação do estabelecimento empresarial. Entende-se que o estabelecimento é o complexo organizado de bens corpóreos e incorpóreos necessários para o desenvolvimento da atividade empresarial. Esse conceito deriva do texto do Art. 1.142 do Código Civil- CC³.

Em análise ao art. 1.142 combinado com o art. 90, ambos do Código Civil, tem-se que o estabelecimento é uma universalidade de fato, sendo, portanto, um objeto de direitos, cujo titular seria o empresário, a empresa ou a sociedade empresária. Esta universalidade de fato pode ser objeto de relações e negócios jurídicas próprias, como prevê o parágrafo único do art. 90, bem como é confirmado pela regra do art. 1.143, ambos do CC⁴. Vejamos:

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

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

Art. 1.143. Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.

² 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/L11101.htm>acesso em 01 maio 2019.

³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>acesso em 01 maio 2019.

⁴ BOTREL, Sergio. **Fusões e aquisições**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 229-230

Verifica-se ainda que o estabelecimento empresarial pode ser identificado por outras expressões, tais como “fundo de comércio” ou “azienda”. Expressões derivadas do Direito Francês: “fonds de commerce” e do Direito Italiano: “azienda”, que de certo modo serviram de alicerce para a concepção do estabelecimento empresarial no Direito brasileiro⁵.

O estabelecimento deve ser concebido como um complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício da empresa. Também vale destacar que o estabelecimento empresarial é composto por elementos materiais e imateriais. Os elementos materiais podem ser compreendidos pelos equipamentos, maquinários, mobiliário, estoques, etc. Já os elementos imateriais podem ser compreendidos como o nome empresarial, patentes, marcas registradas, título do estabelecimento, ponto empresarial, etc. Frisa-se que estes elementos nem sempre estão sujeitos ao mesmo tipo de direito. Como exemplo, o estabelecimento pode estar situado em um imóvel próprio ou alugado, mas de qualquer modo a empresa ou empresário tem de ser titular de algum direito sobre aquele imóvel, seja de propriedade, de uso ou de cessão. Logo, o imóvel ou o direito que recaí sobre ele poderão compor o estabelecimento⁶.

Há de se registrar ainda a importância do ponto empresarial. Esse elemento diz respeito a localização da empresa/empresário. A localização, por sua vez, poderá ser um atrativo de clientes e fornecedores, uma vez que poderá ser procurado justamente pela atividade que é desenvolvida no local ou nas suas proximidades, servindo-se assim como local acessível ou como referência de consumo. Tão importante é a importância do ponto comercial que, mesmo se o imóvel for alugado, a Lei do inquilinato (Lei nº 8.245/91)⁷ garante ao empresário/empresa o direito de renovar a locação ou o direito de indenização pelo locador, se este deixar de renovar o contrato por motivo diverso daqueles previstos no art. 52 da Lei nº 8.245/91. Vale lembrar que a indenização inclui dano emergente e lucros cessantes pelos prejuízos causados

⁵ BOTREL, Sergio. *Fusões e aquisições*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 229.

⁶ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 134.

⁷ BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm> acesso em 01 maio 2019.

em decorrência da mudança e perda do local do estabelecimento. Confira-se os dispositivos legais extraídos da Lei do Inquilinato que garantem o ponto comercial⁸:

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

[...]

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

[...]

§ 3º O locatário terá direito a indenização para ressarcimento dos prejuízos e dos lucros cessantes que tiver que arcar com mudança, perda do lugar e desvalorização do fundo de comércio, se a renovação não ocorrer em razão de proposta de terceiro, em melhores condições, ou se o locador, no prazo de três meses da entrega do imóvel, não der o destino alegado ou não iniciar as obras determinadas pelo Poder Público ou que declarou pretender realizar.

A exemplo do contrato de aluguel, há de se destacar como fica as situações contratuais do estabelecimento empresarial. Sob este aspecto, segundo o Código Civil, verifica-se, em regra, a ocorrência da sub-rogação dos contratos ao adquirente, desde que estejam relacionados ao exercício da empresa naquele estabelecimento. Como exemplo prático cita-se os contratos de fornecimento, de prestação de

⁸ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 137.

serviços, de trabalho, entre outros ligados ao regular funcionamento da empresa. Quanto aos casos em que os contratos são personalíssimos, a sub-rogação, em regra, não se aplica. Ademais, existem contratos regulados por normas específicas que devem ser observadas, tais como os contratos administrativos e os contratos de locação⁹. Extraí-se o artigo 1.148 que trata da sub-rogação dos contratos na alienação de estabelecimento:

Art. 1.148. Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante.

Nota-se que, a soma dos elementos individuais que compõem um estabelecimento empresarial será muito menor se comparado com todo o conjunto. Isso se deve a capacidade do estabelecimento, como um todo, de criar uma expectativa de lucros futuros, seja pela capacidade de atrair uma clientela ou na forma como desenvolve o trabalho. Essa valorização do conjunto é comumente denominada pela doutrina de aviamento, cuja existência é reconhecido pelo Inciso III do art. 1.187, do CC, vejamos (grifo nosso)¹⁰:

Art. 1.187. Na coleta dos elementos para o inventário serão observados os critérios de avaliação a seguir determinados:

[...]

Parágrafo único. Entre os valores do ativo podem figurar, desde que se preceda, anualmente, à sua amortização:

[...]

III - a quantia efetivamente paga a título de aviamento de estabelecimento adquirido pelo empresário ou sociedade.

Verifica-se que a aquisição de um estabelecimento confere ao adquirente um formato empresarial pré-definido, já com uma expectativa de lucros e a possibilidade de manter aquela clientela já existente, de modo que caberá ao comprador manter, modificar ou aperfeiçoar este formato, poupando-lhe o experimento de começar do nada a atividade empresarial. Nota-se que adquirir um negócio pré-formatado

⁹ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 152.

¹⁰ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 138-140.

diminui os riscos de insucesso da atividade, afinal, antes de fechar o contrato, o potencial comprador poderá examinar e conferir as atividades desempenhadas pela empresa/empresário, bem como a sua contabilidade. Outro benefício do contrato de *traspasse* seria a condição de dar continuidade às atividades econômicas com a proibição do alienante de fazer concorrência, uma vez que o adquirente paga a mais pelo valor do aviamento, isto é, pela expectativa de lucro e pela possibilidade de manter a clientela que seria fiel àquele estabelecimento¹¹.

Há que se destacar que é comum, no desenvolvimento de uma atividade empresária, a expansão dos negócios com a aquisição de novos estabelecimentos na forma de filiais ou até mesmo no desenvolvimento de outras atividades, com a criação de novos departamentos, tais como ocorre com os postos de combustíveis que inserem lojas de conveniência.

No contexto de uma recuperação judicial, o plano de recuperação pode prever o *traspasse* de estabelecimento, qual seja uma filial ou departamento específico de um negócio empresarial, o que poderia diminuir custos operacionais e proporcionar ativos financeiros necessários ao soerguimento da empresa/empresário, ou simplesmente ser usado como *dação em pagamento* aos credores. Nota-se que a própria Lei 11.101/05 prevê o *traspasse* como meio de recuperação judicial, confira-se:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

[...]

VII – *traspasse* ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;

Na hipótese de realização do ativo nos procedimentos falimentares, a Lei 11.101/05 prioriza a venda da empresa em bloco ou de seus estabelecimentos, seja de sua matriz, de suas filiais e/ou unidades produtivas, visando justamente a continuidade das atividades, bem como, o aproveitamento econômico conferido pelos aviamentos da empresa. Vejamos a ordem de preferência para alienação dos bens nos processo de falência:

¹¹ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 154.

Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência:

I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco;

II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente;

III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor;

IV – Alienação dos bens individualmente considerados.

Assim, identifica-se que o estabelecimento, como objeto dos contratos de trespasse, representa um importante recurso nos negócios empresariais, cujas vantagens beneficiam tanto o alienante que poderá acrescer o valor do conjunto dos bens, em razão do aviamento, bem como, beneficia o adquirente, que poderá dar continuidade a um negócio pré-formatado, já com expectativas de lucros e de clientela. Ademais, os empregados e os contratos existentes poderão, em regra, ser mantidos. Em que pese o contrato de trespasse vincule alienante e adquirente, para que o negócio possa ter efeitos sobre terceiros, faz-se necessário algumas formalidades as quais serão analisadas no próximo tópico.

3 DAS FORMALIDADES PARA EFICÁCIA DOS CONTRATOS DE TRESPASSE

A Lei não exige nos contratos de trespasse uma forma específica, pois se trata de um contrato consensual, desse modo um simples instrumento particular vincularia as partes. Ocorre, porém, que as consequências desse negócio jurídico acabam por ter reflexos sobre terceiros, em especial sobre os credores. Ademais, alguns dos elementos de um estabelecimento podem ter disposição legal específica para a concretização de sua transferência, como ocorre com os bens imóveis. Logo, algumas formalidades se fazem necessárias para garantir a eficácia sobre terceiros, em especial sobre os credores e eventuais titulares de contratos com o alienante.

Visando dar ciência e eficácia do negócio perante terceiros envolvidos com o estabelecimento empresarial, seja numa relação existente na forma direta ou indireta, o Código Civil exige publicidade ao ato. Confira-se o teor do art. 1.144 do CC:

Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá

efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

Essa publicidade nos contratos de trespasse se dá por intermédio da averbação no registro público de empresas mercantis, à margem do registro do empresário/empresa. Em suma, o ato deverá ser registrado e arquivado na respectiva junta comercial. Além disso, o negócio deve ser publicado em imprensa oficial. Há de se destacar que não existem exigências na Lei a fim de obrigar as partes a contratarem um jornal de grande visibilidade, sendo forçoso presumir que os atos de publicidade apenas dão fidelidade a fixação de um termo inicial, cujo marco se relaciona a contagem do prazo prescricional de eventuais pretensões/impugnações referentes ao negócio jurídico¹². Salienta-se que a publicidade não é necessária para dar validade ao negócio, mas tão somente para torná-lo eficaz perante terceiros¹³.

Uma das consequências dos contratos de trespasse é a transferência de direitos e obrigações do alienante ao adquirente. Ocorre que a transferência das obrigações, em tese apenas aquelas regularmente contabilizadas, somente produzirá efeitos a terceiros se for realizada a averbação e a publicação do negócio jurídico. Mas vale lembrar que, mesmo concretizada a transferência das obrigações para o adquirente, o alienante será solidariamente responsável pelas obrigações pelo prazo de um ano, conforme dispõe o art. 1.146 do CC:

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

Tem-se que a publicidade dos contratos de trespasse confere aos credores a oportunidade de tomarem conhecimento sobre o negócio jurídico, bem como, lhes permitem tomar eventuais medidas acerca da forma, das condições e dos riscos que o trespasse/alienação do estabelecimento pode lhes oferecer. Por força legal, a alienação do estabelecimento comercial não tem eficácia se inexistirem condições mínimas de garantias aos credores, assim, quando não existirem bens suficientes

¹² BOTREL, Sergio. **Fusões e aquisições**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 232

¹³ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 144-145.

para solver o passivo do alienante e não houver o consentimento dos credores sobre o negócio jurídico, este será ineficaz, conforme estabelece o art. 1.145 do CC:

Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação.

Esta medida visa minimizar os riscos de inadimplemento aos credores, uma vez que o devedor primitivo se desfaz, de certo modo, de seu patrimônio e, em determinadas ocasiões, não mais desempenha a mesma atividade empresarial. Vale lembrar que para os credores, o alienante transfere a um desconhecido as dívidas e as obrigações existentes. Nesse contexto, não se pode descartar a possibilidade de que o alienante e o adquirente se neguem a cumprir as obrigações, e ainda, inexistam bens suficientes para eventuais penhoras em favor dos credores. Ante essas incertezas, o dispositivo legal confere aos credores condições mínimas de garantia do cumprimento das obrigações ao exigir bens suficientes para solver o passivo do alienante, ou, quando na inexistência desses bens, exige o consentimento dos credores para realização do negócio jurídico.

A Lei de Recuperações Judiciais e Falências não só trata sobre a ineficácia da alienação de estabelecimento comercial sem o pagamento de todos os credores, ou sem o consentimento destes, como também inovou ao registrar na legislação critérios objetivos para tornar o negócio ineficaz. Esses critérios independem do prévio conhecimento do estado de crise econômica-financeira da alienante, ou ainda, se o negócio tinha como intenção ou não de fraudar credores¹⁴. Confirma-se o dispositivo legal da Lei 11.101/05:

Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:

[...]

VI – a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de 30

¹⁴ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas** - Direito Empresarial Brasileiro. 9.ed. p. 237.

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

Ressalta-se ainda que, se não houver previsão no plano de recuperação, acaso o devedor, sem bens suficientes para solver o passivo, transferir o estabelecimento sem o consentimento de todos os credores, poderá ocorrer hipótese de decretação da falência. Logo, é notório o intuito do legislador em defender os interesses dos credores e coibir eventuais fraudes decorrentes dos contratos de *trespasse*¹⁵. Vejamos as hipóteses da Lei 11.101/05, relacionadas a alienação do estabelecimento, que podem configurar a decretação da falência do devedor:

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

[...]

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

[...]

c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;

d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;

Ante essas considerações, quando o alienante não possui bens suficientes para saldar as obrigações perante os credores, constata-se que, além de dar publicação ao ato, também se torna pertinente a notificação dos credores, seja via cartório ou carta com aviso de recebimento. Vale lembrar que o negócio jurídico, nesse caso, somente terá eficácia após a notificação, se os credores anuírem expressamente ou tacitamente, se após o prazo de 30 dias, contados da notificação, quedarem-se inertes¹⁶.

Outra questão importante refere-se quando o imóvel for elemento do estabelecimento. Tratando-se de um direito real de propriedade, para que os efeitos da alienação possam valer sobre esse bem, se faz necessária a averbação do negócio jurídico no Registro de Imóveis, conforme dispõe o art. 1.245 do CC. Vejamos:

¹⁵ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 146

¹⁶ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 145.

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

Quanto aos imóveis alugados que compõem o estabelecimento empresarial, destaca-se que, devido a legislação específica, o contrato de locação não se sub-roga automaticamente ao adquirente. Nesse caso, se faz necessária a anuência por escrito do locador. Confira-se o art. 13 da Lei 8.245/91:

Art. 13. A cessão da locação, a sublocação e o empréstimo do imóvel, total ou parcialmente, dependem do consentimento prévio e escrito do locador.

§ 1º Não se presume o consentimento pela simples demora do locador em manifestar formalmente a sua oposição.

§ 2º Desde que notificado por escrito pelo locatário, de ocorrência de uma das hipóteses deste artigo, o locador terá o prazo de trinta dias para manifestar formalmente a sua oposição.

Por força do art. 1.148 do CC, os terceiros que estipularam contratos com o alienante poderão, por justo motivo, rescindir o contrato em 90 dias da publicação do trespasse. Logo, recomenda-se que o adquirente obtenha o consentimento expresso desses terceiros, a fim de que a aquisição do estabelecimento também lhe confira, em concreto, todos os contratos existentes para o desenvolvimento da atividade empresária¹⁷.

Outro procedimento recomendável seria fazer constar no contrato de trespasse eventuais cessões de créditos, os quais poderiam existir em benefício do alienante e que seriam transferidos para o adquirente. Além disso, recomenda-se a comunicação da cessão aos respectivos devedores. Tal medida não é uma exigência legal, mas poderá ser útil para que se evitem confusões, uma vez que o art. 1.149 do Código Civil exonera o devedor se de boa-fé ele vier a pagar o cedente do crédito¹⁸.

O contrato de trespasse ainda pode prever a cláusula de não concorrência ou de não restabelecimento. Em suma a cláusula impede o alienante de fazer concorrência com o adquirente, garantindo-lhe o aviamento pelo qual teria despendido um valor a mais. Salienta-se que se não existir autorização expressa, o

¹⁷ BOTREL, Sergio. **Fusões e aquisições**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 233-234.

¹⁸ BOTREL, Sergio. **Fusões e aquisições**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 233-234.

art. 1.147 do Código Civil estabelece que o alienante não poderá fazer concorrência ao adquirente pelo prazo de 5 anos posteriores a transferência do estabelecimento¹⁹.

Feitas as considerações sobre as formalidades necessárias para a eficácia do contrato de trespasse a terceiros, passa-se agora as questões relacionadas a sucessão de dívidas e obrigações.

4 DA SUCESSÃO DE DÍVIDAS E OBRIGAÇÕES

O art. 1.146 apresenta como regra geral que o adquirente responda pelos pagamentos dos débitos anteriores à transferência do estabelecimento, mas tão somente aqueles regularmente contabilizados, ao passo que, o alienante, na condição de devedor primitivo, responderá solidariamente pelas dívidas vencidas pelo prazo de um ano, a contar da publicação do trespasse, e, pelas dívidas vincendas, pelo prazo de um ano a contar do vencimento. Quanto as dívidas não contabilizadas, estas, em tese, serão de responsabilidade do alienante²⁰.

A respeito das obrigações de natureza fiscal, a regra do art. 1.146 do CC não se aplica, de modo que o Código Tributário Nacional - CTN²¹ dispõe em seu art. 133 que o adquirente do estabelecimento poderá responder pelos tributos já existentes até a data do trespasse, independentemente se o débito se encontrava regularmente contabilizado ou não. O tipo de responsabilidade do adquirente depende se o alienante continuou, ou não, a desenvolver alguma atividade econômica. Acaso o alienante não prossiga ou não mais desempenhe a atividade empresarial dentro de 6 meses, a responsabilidade dos tributos será integralmente do adquirente. Se o alienante prosseguir com a atividade empresarial ou inicie qualquer outra atividade econômica dentro de 6 meses, o adquirente será subsidiariamente responsável pelos débitos tributários, ou seja, responde apenas se o alienante não cumprir com a obrigação. Segue abaixo o art. 133 do CTN:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou

¹⁹TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 154

²⁰BOTREL, Sergio. *Fusões e aquisições*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 236

²¹BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>acesso em 04 maio 2019.

estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

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

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

Na hipótese em que o adquirente sucede a dívida tributária, entende-se também pela sucessão de multas moratórias ou punitivas referentes a fatos geradores ocorridos até a data do trespasse, conforme dispõe a Súmula 554 do STF.²²

A regra do art. 1.146 do CC também não se aplica em relação as obrigações e dívidas de natureza trabalhista. Tal fato se deve, pois, a previsão legal art. 488 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT²³ estabelece que “a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados”, além disso, o art. 488-A da CLT estipula que nos casos de sucessão empresarial ou de empregadores, as obrigações trabalhistas contraídas até a data do trespasse serão de responsabilidade do adquirente. O parágrafo único do art. 488-A ainda acrescenta que o alienante poderá responder solidariamente com o adquirente, quando restar demonstrada a fraude na transferência, o que também possibilita ao adquirente uma ação de regresso àquele que deu causa a dívida/obrigação. Nota-se, portanto, que independentemente do registro de obrigações trabalhistas na contabilidade da alienante, o adquirente passará a responder pelas obrigações de natureza trabalhista²⁴.

A sucessão de dívidas, ainda que não contabilizadas, é um risco ao adquirente. Não se pode descartar as dificuldades em compreender a real situação de um estabelecimento empresarial, o qual poderá apresentar inúmeros débitos fiscais e

²² TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 148.

²³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> acesso em 04 maio 2019.

²⁴ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 149.

trabalhistas, que somente poderão vir a tona após a efetiva transferência do estabelecimento ao adquirente, que passará a responder por estes débitos. Feitas estas observações, nada impede que as partes celebrem, apenas entre si, uma cláusula contratual prevendo o direito de regresso sobre eventuais obrigações de um contratante, pagas pelo outro. Mas, enfatiza-se que estas estipulações contratuais somente terão eficácia entre as partes, as quais também poderão dispor de garantias para o efetivo exercício do direito de regresso²⁵.

Considerando-se grandes os riscos de sucessão de dívidas pelo adquirente num negócio de trespasse com empresas, aparentemente, em boas condições econômico-financeiras, estes riscos seriam ainda maiores com empresas/empresários em recuperação judicial, ou ainda, em condições falimentares. Esses riscos acabariam por desestimular os negócios de trespasse/alienação de estabelecimento. Rememora-se que a alienação de um estabelecimento seria situação ideal para garantir a continuidade das atividades empresariais. Assim, o próximo tópico irá se prestar para esclarecer a inocorrência da sucessão de dívidas na recuperação judicial e na falência, condição essa que serve de incentivo para concretizar os contratos de trespasse e a alienação de estabelecimento empresarial.

5 DA INOCORRÊNCIA DE SUCESSÃO DE DÍVIDAS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E NA FALÊNCIA

Em consonância ao art. 1º, Inciso IV e art. 170, Inciso III, ambos da Constituição Federal²⁶, tem-se que o desenvolvimento da atividade econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, cujos fins se destinam a existência digna a todos, segundo as regras da justiça social, observado ainda o princípio da função social da propriedade. Nesse contexto, a Lei 11.101/05 tem como primazia a preservação da empresa e, por consequência, a manutenção dos contratos de trabalho, o pagamento dos credores, bem como o estímulo à atividade econômica. Tal fato resta evidenciado no texto do art. 47 da Lei 11.101/05. Ante estes pressupostos, importa dizer que o exercício da atividade empresarial supera os

²⁵ BOTREL, Sergio. **Fusões e aquisições**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 237

²⁶BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil – 1988**, disponível em< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>acesso em 06 de maio de 2019.

interesses pessoais dos sócios ou do empresário, ao passo que eventual crise, acabaria por trazer prejuízos aos demais envolvidos com as atividades do empreendedor em dificuldades econômico-financeiras.²⁷

Partindo-se desses fundamentos, o contrato de trespasse ou a alienação do estabelecimento empresarial se torna uma alternativa para manutenção da atividade empresária, de modo que outra pessoa poderá assumir o negócio, suportando, deste então, os riscos do empreendimento. Visando suprimir esses riscos e viabilizar a alienação do estabelecimento empresarial, o parágrafo único do art. 60 e o inciso II do art. 141, ambos da Lei 11.101/05, disciplinam que o objeto da alienação na Recuperação Judicial e na Falência estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, tais como as obrigações tributárias, de natureza trabalhista ou decorrente de acidentes do trabalho²⁸.

Percebe-se assim a predileção da legislação em dar continuidade a atividade empresarial, fato que favorece os credores que podem conservar os contratos e as atividades econômicas com o adquirente do estabelecimento, bem como, poderão se sub-rogar dos ativos provenientes do negócio de trespasse, para o adimplemento de seus créditos contra o alienante. Ademais, os empregados podem continuar no exercício de suas profissões, de modo que passarão a ser gerenciados por outro(a) empresário/empresa. Vale dizer que as obrigações e as dívidas anteriores ao trespasse serão de exclusiva responsabilidade do alienante/devedor, que ora se encontra em recuperação judicial ou em condições falimentares²⁹.

O próprio CTN, no parágrafo 1º do art. 133, disciplina a inoccorrência de sucessão das obrigações tributárias à pessoa natural ou jurídica de direito privado que venha a adquirir o estabelecimento empresarial nas hipóteses de alienação judicial em processo de falência e em processo de recuperação judicial. Confira-se:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e

²⁷ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 149-150.

²⁸ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 149

²⁹ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 150.

continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

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

I – em processo de falência;

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

Em que pese a CLT não disponha em seu texto sobre a incoerência da sucessão de dívidas e obrigações de natureza trabalhistas nas alienações de estabelecimentos empresariais, relacionadas aos processos de recuperação judicial e falência, o art. 76 da Lei 11.101/05 dispõe que “o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido”, enquanto o art. 49, da mesma Lei, estabelece que todos os créditos existentes na data do pedido de recuperação judicial, ainda que não vencidos, estão sujeitos a recuperação judicial. Portanto, nota-se que competirá ao Juízo da recuperação ou da falência tratar sobre as dívidas e obrigações do devedor. Este entendimento vem sendo firmado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Confira-se o trecho do acórdão da Segunda Seção do STJ, relativo ao Conflito de Competência nº 151.621/SP, de relatoria do MM. Ministro Moura Ribeiro:

A jurisprudência desta Casa tem reiteradamente reconhecido a configuração de conflito nas hipóteses em que juízos distintos divergem acerca da existência de sucessão nas dívidas e obrigações da recuperanda pela arrematante, nos casos de alienação judicial de unidade produtiva (art. 60, parágrafo único, c/c art. 141, § 1º, da Lei n. 11.101/2005), inclusive declarando a competência do Juízo da recuperação judicial, haja vista ser este o mais habilitado para verificar a extensão e a higidez da alienação, além do evidente prejuízo decorrente do desenvolvimento simultâneo da atividade jurisdicional, sobre o mesmo tema, pelos juízos suscitados³⁰.

No caso em questão, discutia-se a competência para averiguar a existência de sucessão de obrigações de natureza trabalhista ao adquirente de unidade produtiva

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 151.621/SP**. Relator: Ministro MOURA RIBEIRO. Publicado no DJe 04/12/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1742507&num_registro=201700703375&data=20181204&formato=PDF>. Acessado em 06 de maio de 2019.

isolada, uma vez que a decisão do juízo laboral teria invadido a competência sobre o juízo da recuperação. O Ministro Luis Felipe Salomão registrou em seu voto que o próprio STF havia declarado no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3.934-2) referente aos arts. 60, parágrafo único e 141, § 1º, da Lei nº 11.101/2005, que nos casos de alienação de ativos nos processos de recuperação judicial não haveria sucessão de dívidas trabalhistas. Ao final, o acórdão declarou competente o Juízo da recuperação para tratar sobre a questão.

Dito isso e sem desconsiderar os relevantes trabalhos realizados pela Justiça do Trabalho, há de se relevar a visão macro do juízo universal da falência e da recuperação judicial, cujo escopo, traduzido pelo texto do art. 47 da Lei 11.101/05, vai além dos interesses dos empregados. Trata-se de um interesse mais complexo, com muito mais elementos e personagens envolvidos, que para todos os fins, a continuidade da atividade empresarial seria muito mais benéfica do que o simples pagamento de dívidas, as quais nem sempre são realizadas em sua totalidade nos casos de falência. Assim, não se poderia esperar do juízo universal da Recuperação e da Falência outras decisões, senão aquelas no sentido de estimular a alienação dos estabelecimentos empresariais sem sucessão de obrigações e dívidas ao adquirente, conforme preceitua os arts. 60, parágrafo único e 141, § 1º, da Lei nº 11.101/2005. Tal entendimento pode ser ilustrado pela decisão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, relativa ao agravo de instrumento nº 0030639-89.2006.8.19.0000, confira-se os trechos da fundamentação utilizada pelo o Desembargador Reinaldo Pinto Alberto Filho:

O leilão ultimado envolveu unidade produtiva da VARIG (fls. 230/232), consoante estabelece o artigo 60 e seu parágrafo único da Lei de Recuperação Judicial.[...]

[...] Além do mais, segundo o artigo 59 da Lei nº 11.101, o Plano de Recuperação representa novação de créditos, obrigando o devedor e os credores a ele sujeito.

Desta forma, os agravantes devem receber seus créditos trabalhistas na forma estabelecida no Plano de Recuperação Judicial aprovado com a vontade soberana dos credores.

Destarte, a sucessão pretendida pelos Recorrentes carece de amparo legal.

Se assim não o fosse e, pior, conforme já enfatizado por vários V. Arestos proferidos neste órgão Fracionário e por esta Relatoria sobre a matéria em lide, o precípua escopo da

Recuperação Judicial é propiciar a superação da crise econômico-financeira experimentada pelo Devedor, conexiada propedeuticamente com a função social, o estímulo à atividade econômica propriamente dita, a manutenção da fonte produtora e emprego dos trabalhadores, consoante dispõe o artigo 47 da Lei nº 11.101/05[...]³¹

No referido acórdão, trava-se da possibilidade de sucessão das obrigações trabalhistas provenientes da alienação de unidade produtiva da VARIG S/A, à época em recuperação judicial. Consolidou-se na decisão que não haveria sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, por inteligência do artigo 60, parágrafo único da Lei 11.101/05.

Entretanto, para que não haja sucessão de dívidas ou obrigações do alienante para o adquirente do estabelecimento empresarial, exige-se um procedimento especial, vinculado a um ambiente judicial. Nesse sentido, o trespasse ou a alienação do estabelecimento deverá estar previsto em um acordo judicial, ou deverá ser apresentado no plano de recuperação judicial, sendo de fundamental importância a aprovação dos credores. Destaca-se também que, o termo “arrematante”, empregado no parágrafo único do art. 60 e inciso II do art. 141, ambos da Lei 11.101/05, traz a necessidade da realização de um leilão ou hasta pública, o que, em tese, traduziria a aquisição do estabelecimento pelo melhor preço, dentre os ofertados pelos interessados, conforme preceitua o § 2º do art. 142 da mesma Lei. Contudo, segundo o entendimento de Gladston Mamede, pode haver situações em que grandes unidades produtivas não tenham múltiplos interessados, ou então, podem ocorrer hipóteses em que os próprios credores, tais como os trabalhadores, constituem sociedade com finalidade específica, com o fim de adquirir o estabelecimento empresarial, via dação ou cessão em pagamento³².

Logo, os contratos de trespasse ou a alienação de estabelecimento podem ocorrer sem a necessidade de um concurso público, tal como prevê o art. 144 da Lei 11.101/05, desde que ocorra por justo motivo, em ambiente judicial, com a

³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de instrumento nº 0030639-89.2006.8.19.0000**. Desembargador: REINALDO PINTO ALBERTO FILHO 40/2007 - N. 14 - 18/10/2007. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.2.0>>. Acessado em 06 de maio de 2019.

³² MAMEDE, Gladston. *Falência e Recuperação de Empresas - Direito Empresarial Brasileiro*, 9ª edição. P. 188.

deliberação da assembléia geral de credores, do comitê de credores, do administrador judicial e do próprio juiz, inclusive por decisões de instâncias superiores nos casos de impugnação e recurso³³.

Vale destacar que, com o objetivo de não tornar a alienação do estabelecimento empresarial em uma prática fraudatória, o § 1º do art. 141 da Lei 11.101/05 criou hipóteses em que não se aplica a incoerência de sucessão de dívidas ou obrigações, mesmo se tratando de alienação na forma do art. 142 da Lei 11.101/05. Assim, tratando-se de trespasse e alienação de estabelecimento na recuperação judicial e falência, aplica-se a regra de sucessão de obrigações e dívidas quando o adquirente/arrematante for o sócio ou titular da sociedade, ou ainda, seja seu parente em linha reta, colateral até 4º grau, consanguíneo ou afim, bem como, figurar como agente do falido/alienante com o objetivo de fraudar a sucessão³⁴.

6 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, verifica-se que os contratos de trespasse e a alienação de estabelecimento empresarial representam uma alternativa aos empresários/empresas em dificuldades econômico-financeira, uma vez que os aviamentos se traduzem em um aumento substancial no valor da venda. Ademais, o adquirente pode ser beneficiado com o negócio, visto que obtém uma expectativa futura de lucros e de clientela, sem a necessidade de começar do “zero” uma nova atividade empresarial, valendo-se, portanto, de uma estrutura já consolidada no mercado. Verificou-se ainda que a realização dos negócios de trespasse de estabelecimento empresarial permite a continuidade das atividades e, por consequência, a manutenção dos postos de trabalho, o pagamento de credores, a manutenção dos contratos e o estímulo à atividade econômica.

Além disso, verificaram-se algumas formalidades para que o negócio gozasse de eficácia perante terceiros. Destacam-se: os atos de publicidade via imprensa oficial; averbação do ato à margem do registro público de empresas mercantis; a

³³ MAMEDE, Gladston. *Falência e Recuperação de Empresas - Direito Empresarial Brasileiro*, 9ª edição. P. 188.

³⁴ MAMEDE, Gladston. *Falência e Recuperação de Empresas - Direito Empresarial Brasileiro*, 9ª edição. P. 188.

averbação no registro de imóveis ao se tratar de transferência de bem imóvel junto com o estabelecimento empresarial; a notificação de credores quando o alienante/devedor não dispuser de bens suficientes para saldar o seu passivo, com a respectiva anuência, seja de forma expressa ou tácita (no silêncio dos credores dentro do prazo de 30 dias a contar da notificação) e; a anuência expressa do locador de bem imóvel que for componente do estabelecimento empresarial. Tratou-se ainda sobre as questões contratuais vinculadas ao desenvolvimento da atividade empresarial, que, em regra e excetuados os contratos personalíssimos, sub-rogam-se ao adquirente.

Em que pese as grandes vantagens nas operações de trespasse e na alienação de estabelecimentos empresariais, constatou-se os ricos do adquirente suceder as dívidas e obrigações de natureza tributária e trabalhista. Verificou-se que, quanto às demais obrigações, desde que estejam regularmente contabilizadas, também serão sucedidas pelo adquirente, ao passo que o alienante permanecerá responsável solidariamente pelo prazo de um ano, a contar da transferência do estabelecimento, ou, um ano após os vencimentos das respectivas dívidas.

Constatou-se ainda que, para inoccorrência de sucessão de dívidas e obrigações no trespasse e alienação de estabelecimentos empresariais, nos procedimentos de recuperação judicial e falência, se faz necessário a presença do poder judiciário e a anuência dos credores, via deliberação na assembléia de credores. Também se verificou que, em regra, a alienação se dá por meio de arrematação, nas formas elencadas pelo art. 142 da LREF (leilão, propostas fechadas e pregão). Apesar disso, existe o entendimento de que o trespasse ou a alienação do estabelecimento empresarial poderá ocorrer por outras modalidades, desde que haja motivos justificáveis e o ato ocorra no ambiente da recuperação judicial e do Juízo falimentar, com a deliberação da assembléia geral de credores, do comitê de credores, do administrador judicial. Além disso, a fim de coibir práticas fraudulentas, observou-se a existência de exceções à hipótese de não sucessão de obrigações e dívidas na forma do § 1º da do art. 141 da LREFF, situação em que o empresário, o sócio ou pessoas próximas e indicadas pelo alienante não podem se valer do benefício.

Assim, pode-se concluir que, os institutos jurídicos que garantem a inocorrência de sucessão de obrigações e dívidas de qualquer natureza, fruto da aquisição de estabelecimento empresarial na recuperação judicial e na falência, estão inseridos em uma via bastante estreita e específica, sendo indispensável um estudo mais aprofundado da Lei 11.101/05 para a viabilização do negócio.

Logo, o empresário ou a empresa que se interessar pela venda do estabelecimento empresarial, diante da existência de dívidas e obrigações exorbitantes, suficientes para afastar o interesse de eventuais compradores, poderá se submeter ao juízo falimentar, requerendo a recuperação judicial ou a autofalência. Tomadas as providências previstas na Lei 11.101/05, eventuais adquirentes poderão suceder o estabelecimento empresarial, livre de qualquer obrigação, as quais serão de responsabilidade exclusiva do alienante. Nessa situação, o alienante poderá se beneficiar com o valor dos aviamentos para atenuar as suas obrigações ou até mesmo quitá-las. Já o adquirente poderá dar continuidade à atividade empresarial sem se preocupar, em tese, com dívidas e obrigações passadas.

Mas há de se registrar que o pedido de recuperação judicial ou de autofalência poderá ser uma via arriscada, uma vez que os procedimentos inerentes a esses institutos poderão levar a resultados diversos daqueles esperados. Nota-se que uma recuperação judicial poderá ser convalidada ou ter decretada a sua falência. Já nos casos de falência/autofalência, o sócio ou empresário podem ser responsabilizados pessoalmente pelas dívidas e obrigações da empresa.

Por fim, as hipóteses de inocorrência de sucessão de dívidas e obrigações de qualquer natureza, nos contratos de trespasse ou alienação de estabelecimento empresarial na recuperação judicial e falência, podem ser consideradas como uma exceção a regra. Afinal, seus requisitos mostram-se complexos, ao passo que se faz necessário uma outorga do judiciário e um ambiente comercial adequado, com o consentimento dos credores.

REFERÊNCIAS

BOTREL, Sergio. **Fusões e aquisições**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil – 1988**, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>acesso em 06 de maio de 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>acesso em 04 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>acesso em 04 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>acesso em 01 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>acesso em 01 maio 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. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>acesso em 01 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 151.621/SP**. Relator: Ministro MOURA RIBEIRO. Publicado no DJe 04/12/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1742507&num_registro=201700703375&data=20181204&formato=PDF> . Acessado em 06 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 583955/RJ**. Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Publicado no DJe-162 de 28/08/2009. Disponível em< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601787>>. Acessado em 06 de maio de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de instrumento nº 0030639-89.2006.8.19.0000**. Desembargador: REINALDO PINTO ALBERTO FILHO 40/2007 - N. 14 - 18/10/2007. Disponível em:<<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.2.0>>Acessado em 06 de maio de 2019.

KRAUSPENHAR, Lucas. **Os efeitos da recuperação judicial sobre garantias contratuais**. 2017. 102 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas** - Direito Empresarial Brasileiro, 9ª edição.

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

A VALIDADE DO CONTRATO DE VESTING NAS SOCIEDADES LIMITADAS E ANÔNIMAS: UM ESTUDO QUANTO A “LOCALIZAÇÃO” DESSES CONTRATOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS ASPECTOS SOCIETÁRIOS E TRABALHISTAS

THE VALIDITY OF THE VESTING CONTRACT IN THE LIMITED LIABILITY AND ANONYMOUS COMPANY: A STUDY ABOUT THE “LOCALIZATION” OF THOSE AGREEMENT UNDER THE BRAZILIAN LEGAL ORDER AND THE CORPORATE AND LABOR LAW ASPECTS.

Edson Mota Valença Filho¹

RESUMO

O artigo tem como objeto a validade do contrato de *vesting* nas sociedades de responsabilidade limitada e anônimas apontando, em sua análise, alguns cuidados necessários para assegurar a validade deste negócio, além de expor justificativa ao seu uso – especialmente no “ecossistema” das *startups*. Esse contrato, segundo a análise econômica do Direito, é usado para harmonizar os interesses dos acionistas/quotistas e administradores, empregados e prestadores de serviços, no sucesso da empresa, bem como manter na sociedade colaboradores essenciais a atividade econômica. Ainda sob essa lógica, o contrato de *vesting* cumpre a função de diminuir a preferência temporal dos agentes da sociedade e tornar mais atrativo trabalhar na empresa, especialmente no ambiente das *startups* onde há a prática de celebrar contratos de confidencialidade, os quais muitas vezes limitam o exercício da profissão dos colaboradores a uma única empresa. O mencionado contrato é comumente “localizado” no Ordenamento Jurídico Nacional como opção de compra/venda de participações societária condicionada a metas e/ou decurso de tempo, principalmente em virtude da vedação de integralização do capital social por meio de prestação de serviço além de questões de natureza trabalhista. Ante o exposto, o *vesting* tem como principais obstáculos a descaracterização da natureza empresarial em decorrência do Direito Trabalhista, a depender da estrutura contratual adotada, e a vedação societária supramencionada, os quais podem comprometer a validade do contrato e culminar em consequências legais não previstas. Nesse ínterim, o objetivo geral desse trabalho é analisar a validade desses

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC), advogado na Mota Valença & Campos Sociedade de Advogados (R. Quarenta e Oito, nº 713, Empresarial Aurino Duarte, sala 7, Afritos, Recife/PE, CEP 52050-355). Aluno do curso de pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. E-mail: edsonfilho@motavalencacampos.adv.br.

contratos em face das vedações legais do artigo 1.055, §2º, do Código Civil de 2002, e o artigo 7º, caput, da Lei nº 6.404 de 1976, e sua pertinência no âmbito das startups, adotando o método hipotético-dedutivo e o tipo de pesquisa bibliográfico, tendo a hipótese inicial confirmada.

Palavras-chave: Contrato de *vesting*; *Startups*; Capital social

ABSTRACT

The article has as object the validity of the vesting contract in the Brazilian limited liability and anonymous company, pointing some legal need to secure the validity of those agreement and exposing some justification for the use – especially in the startups “ecosystem”. According to Law and Economics, these contract is used to harmonize the stockholder’s interest with the administrator, employee and service provider as well as keep in the company the principal agents to the business. Under this argument, the vesting agreement has as function diminish the agent’s temporal preference and lure more specialist to working in the company, specially in the startup ecosystem where the non disclosure agreements are common which often can limit the professional practice of agents to a single business. The mentioned deal is generally “localized” under the Brazillian legal order as share capital purchase and sell option agreement conditioned to goals or time course, because of working legal issues and the prohibition of stock capital payment by service provision. Faced with the above, vesting agreement has the main obstacles de-characterization of the business nature because of Labor Law and, depending on the agreement structure, the Company Law prohibition mentioned, which can invalidate the agreement and culminate with unexpected legal consequence. For this purpose, the general objective is the validity analysis of the vesting contract in face of articles 1.055, §2º, of the Civil Legal Code of 2002 and 7º, caput, of the Law nº 6.404 of 1976 prohibition, and it’s relevance in the startup scope, adopting the deductive-hypothetical method and the bibliographic type of search, the initial hypothesis was confirmed.

Keyword: Vesting contract; Startups; Capital stock.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento e a propagação da internet no fim do Século XX e início do XXI popularizou uma nova espécie de empresas: as *startups*². Tais empresas têm como características intrínsecas a inovação, tecnologia e ideias disruptivas.

² O consenso é de que ainda não há uma definição exata quanto ao conceito de *startup*, todavia, em regra, é comumente defendido que são: empresas cujo os produtos e serviços são escaláveis e envolvem a aplicação de tecnologia inovadora, que ainda estão desenvolvendo o seu modelo de negócio e estão inseridas em cenários de extrema incerteza quanto a sua viabilidade. FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 23-26; RIES, Erick. **A startup enxuta**: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas. São Paulo: Lua de Papel, 2012, p. 13. Disponível em: < <http://s-inova.ucdb.br/wp-content/uploads/biblioteca/a-startup-enxuta-eric-ries-livro-completo.pdf>>.

Ademais, também são bem associadas a uma nova “cultura empresarial”, bem ilustrada no ideário popular como: empresários jovens, com ideias revolucionárias, que começam seus negócios na “garagem da casa”, organizam suas empresas com ideais de hierarquia horizontal e ambiente descontraído, e, em pouco tempo, desenvolvem um produto ou serviço revolucionário cujo valor é expressado em cifras milionárias.

Todavia, o fato é que empreender é sempre uma jornada árdua marcada por “turbulências”, as quais a intensidade depende dos mais diversos fatores mercadológicos. Nesse sentido, *startups*, por operarem sob condições de extrema incerteza, estão sujeitas a grandes desafios econômicos, técnicos (quanto ao produto ou serviço), fiscais, administrativos e jurídicos, para prosperarem e permanecerem “vivas” no mercado.

Tais desafios começam desde o primeiro dia e vão desde desvendar o modelo de negócio a escolher os mecanismos jurídicos adequados para a proteção dos empreendedores, bem como a empresa. Nesse sentido, deve ser ponderado quanto aos aspectos regulatórios, questões de direito do consumidor, societário, trabalhista e da propriedade intelectual. Nesse contexto, os 3 (três) últimos aspectos jurídicos são de vital importância para administração e a atividade econômica desses empresários, determinando o grau de proteção dado a empresa, ao produto/serviço e patrimônio dos sócios.

É notório que o mercado de tecnologia é altamente competitivo. Informações e interesses desafinados entre sócios, divergência entre patrões e empregados, colaboradores *et cetera*, podem causar prejuízo incalculável as *startups*, principalmente em seus primeiros dias de “vida”. Em virtude da necessidade de mão-de-obra especializada e administradores com *expertise*, é essencial que os sócios fundadores de uma *startup* optem por mecanismos que alinhem os interesses da empresa, agentes e principais em objetivos comuns. Consequentemente, é usual por esses empresários a estrutura do *vesting* para harmonizar os interesses entre os sócios, colaboradores e empregados, solução essa importada do Direito estrangeiro.

O contrato de *vesting*, em um conceito preliminar, é o instrumento pelo qual, atingidas determinadas condições previamente estipuladas, garante direito aos

colaboradores, empregados e prestadores de serviços a determinada participação nas cotas ou ações da sociedade empresária. Em outras palavras, é negócio jurídico com eficácia condicionada a futuro incerto, no qual verificada as condições será possível a participação dos colaboradores no corpo societário dessas sociedades.

Ante essa breve exposição, é clarividente a existência de uma aparente antinomia entre as normas cogentes presentes no artigo 1.055, §2º, do Código Civil de 2002 (CC/2002)³ e o artigo 7º da Lei nº 6.404 de 1976 (Lei de Sociedade Anônimas – LSA)⁴ que proíbem a integralização do capital social por meio de prestação de serviço, de forma expressa, nas sociedades de responsabilidade limitada (LTDA) e anônimas (S/A), respectivamente. Logo, é peremptória a decisão quanto a legalidade desses tipos de contratos no ordenamento jurídico nacional: são os contratos de *vesting* contrários a vedação legal de integralizar o capital social de uma LTDA ou S/A?

A *prima facie* a resposta, com base na aparência do negócio, pode ser positiva, em virtude da vedação expressa nos artigos previamente citados. Todavia, com presente as devidas adaptações, exigidas pelo ordenamento jurídico nacional, há como aplicar esse contrato atípico sem violar preceitos legais através da adoção, *exempli gratia*, de uma estrutura contratual em que o *vesting* é uma promessa de opção de compra e venda de ações/quotas condicionadas a eventos futuros e incertos, com base nos artigos 122⁵ e 425⁶ do CC/2002, assim como elaborando outras estruturas contratuais compatíveis. *Id est*, esse contrato não é essencialmente proibido pela legislação civil, por ser um instituto estrangeiro e atípico a

³ “Art. 1.055. O capital social divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio.

(...)

§ 2º É vedada contribuição que consista em prestação de serviços.”

⁴ “Art. 7º O capital social **poderá ser formado** com contribuições em dinheiro **ou** em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro.” (grifos acrescentados)

⁵ “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”

⁶ “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”

“arquitetura” jurídica do *vesting* deve ser “localizada”⁷ no ordenamento jurídico nacional

Nesse diapasão, o objeto do presente artigo é a validade do contrato de *vesting* nas sociedades empresárias do tipo LTDA e S/A, apontando as vantagens e os cuidados necessários para a validade desses contratos. Seguindo nessa toada, é elencado como objetivo geral analisar a validade dos contratos de *vesting* e sua pertinência no âmbito das *startups* sendo, para tanto, aplicado o método hipotético-dedutivo e o tipo de pesquisa bibliográfico.

Portanto, os objetivos específicos, cada qual correspondendo a 1 (um) dos tópicos a seguir na ordem de apresentação exposta, são: a) estudar o ecossistema das *startups* com o fim de contextualizar as razões para opção desse contrato atípico; b) averiguar a natureza jurídica do contrato de *vesting* no contrato de trabalho; e, por fim, c) analisar a aparente antinomia entre os artigos 1.055, §2º, 122, 425 da CC/2002 e 7º da LSA que configuram a grande questão de legalidade dos contratos de *vesting*.

2 O ECOSSISTEMA DAS *STARTUPS*, SEU PROCESSO DE FINANCIAMENTO E A APLICABILIDADE DOS CONTRATOS DE *VESTING*

O primeiro passo para abordar o tema desse artigo é uma definição razoável do que é *startup* para então poder ser aprofundado o seu contexto no mercado e importância. Há diversos conceitos sobre esses tipos de empresários, a depender do parâmetro usado e a finalidade, por exemplo, é comum que os esforços legislativos estabeleçam critérios particularmente circunstanciais e arbitrários de acordo com a política pública de desenvolvimento nacional⁸. Nesse sentido, no Brasil, há algumas

⁷ O termo usado se refere as diferentes técnicas de traduzir mensagens de um idioma estrangeiro, a localização é a adaptação da tradução de acordo com os elementos da cultura local. No contexto do contrato de *vesting* a localização é a adaptação da ideia essencial desses instrumentos contratuais ao contexto da cultura jurídica brasileira.

⁸ “(...) a lei italiana tem como requisitos que a empresa seja constituída no máximo há cinco anos, tenha sua sede na Itália, não distribua lucro, tenha faturamento anual inferior a cinco milhões de euros, comercialize produtos ou serviços de alto valor tecnológico, e estabelece outros aspectos básicos (...) a lei da Letônia requer que a startup inovadora seja constituída no máximo há cinco anos, com faturamento nos dois primeiros anos de existência inferior a 200 mil euros, ao menos 50% dos gastos da empresa gastos em pesquisa e desenvolvimento e que pelo menos 70% dos colaboradores possuam

propostas em tramitação⁹ nas quais se empreende o esforço em designar o que são essas *startups* para fins jurídicos, fiscais e de política pública de desenvolvimento econômico e tecnológico, em algumas dessas há definições mais restritivas¹⁰ e outras mais abstratas¹¹. Nesse sentido, atualmente no Brasil, com a promulgação da Lei Complementar nº 167/2019, em seu artigo 13, o conceito de *startup* foi adotado com poucas restrições.

Desses esforços do Poder Legislativo, em média, pode se abstrair que os empresários *startups* normalmente são qualificados quanto ao porte como microempresas (ME) ou empresas de pequeno porte (EPP), que operam no desenvolvimento e pesquisa de tecnologias inovadoras e normalmente operam em sociedades empresariais, do tipo LTDA ou S/A. A mencionada ideia faz justiça às características que normalmente esses empresários têm em comum.

Em geral, as *startups* são empresários¹², cujas as empresas ainda estão em estágio inicial de desenvolvimento dos produtos, serviços e até mesmo modelo de

um mestrado ou doutorado (...) a lei francesa requer que a empresa tenha constituição em período inferior a oito anos, seja qualificada como uma microempresa ou empresa de pequeno porte conforme a lei do país, tenha na sua composição societária pelo menos 50% das quotas ou ações detidas por empreendedores ou fundos de *venture capital*". FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 23-24.

⁹ São os PL 10.928/2018, 477/2019, 9.362/2017 e as PLP 558/2018, 366/2017, 462/2016, 246/2016, 406/2014, 379/2014, 249/2013, 446/2014, quase todos tratam sobre questões de propostas de incentivo as *startups*.

¹⁰ Um exemplo de conceito de *startup* mais restritivo, obviamente com fins regulatórios, seriam o presente na redação do artigo 1º, parágrafo único, do PL nº 10.928/2018: "Para os fins desta Lei, consideram-se startups as microempresas e empresas de pequeno porte, de caráter temporário, com finalidade de fomento a inovação e investimentos produtivos, definidas nos termos do caput e do § 1º do art. 61-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006." Acesso em: 08 abr. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1689393&filename=PL+10928/2018>

¹¹ Por sua vez, o artigo 13 da Lei Complementar 167/2019, Lei da Empresa Simples de Crédito e do Inova Simples adicionou o artigo 65-A na Lei Complementar 123/2013, Lei do Simples Nacional, o qual em seus parágrafos 1º e 2º expõe o conceito de *startup* como: "§1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se startup a empresa de caráter inovador que visa a aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos, os quais, quando já existentes, caracterizam **startups** de natureza incremental, ou, quando relacionados à criação de algo totalmente novo, caracterizam **startups** de natureza disruptiva. §2º § 2º As **startups** caracterizam-se por desenvolver suas inovações em condições de incerteza que requerem experimentos e validações constantes, inclusive mediante comercialização experimental provisória, antes de procederem à comercialização plena e à obtenção de receita.";

¹² As empresas *startups* normalmente são constituídas sob a forma de sociedades empresárias sob o regime das LTDA ou S/A – essa última é especialmente adotada quando há: a) requisitos legais que demandem a exploração da atividade econômica por essa categoria de sociedades empresárias; b) demanda para a continuidade da empresa de grandes aportes financeiros e, conseqüentemente, a necessidade de uma maior atratividade para investidores interessados em participar no quadro

negócio, atuam em um contexto de grande incerteza¹³ e altíssimos riscos¹⁴, possuem perfil renovador, estabelecem como gastos principais o investimento em desenvolvimento e pesquisa de tecnologias inovadoras, necessitam do aporte de capital de investidores, e lançam seus produtos ou serviços no mercado assim que estes estão minimamente apresentável (*Minimum Viable Product – MVP*)¹⁵ o qual após lançado passará pelo processo de lapidação.

2.1 Do processo de financiamento das *startups*

O mercado de investimento em tecnologias inovadoras é por definição um mercado que exige dos seus *players* uma celeridade na entrega de ao menos o MVP. Tal urgência é devido a natureza da alta competição em que ideias semelhantes são usadas simultaneamente como ponto de partida para produção de novos inventos patenteáveis e programas de computador registráveis. Nesse cenário tem vantagem o empresário que primeiro conseguir lançar seu MVP no mercado, continuar, e aproveitar, o período em que opera sozinho para consolidar sua marca, nome e reputação –o que exige um período considerável como único empresário.

A corrida tecnológica, na qual inúmeros empresários concorrem entre si e departamentos de pesquisa e desenvolvimento de grandes sociedades empresárias, exige das *startups* a presença de profissionais com *know-how* na área, em gestão de empresas e profissionais especializados em tecnologia. Em outras palavras uma estrutura que permita a fluidez inventiva e o desenvolvimento dos produtos/serviços de forma eficaz. Por conta disso, é vital ter atenção ao processo de financiamento dessas empresas que podem optar por: a) investidores inicialmente externos à sociedade que farão aportes de capital (*equity*) em troca de participação no quadro de

societário; c) exigência dos investidores da alteração do tipo societário para ter maior segurança e liberdade econômica.. Todavia, é possível constituir uma *startup* sob os regimes das Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI – ou ainda como pessoa física através da figura do Microempreendedor Individual – MEI –, ainda que sejam tipos incomuns e não recomendáveis, principalmente por uso do MEI. FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 160.

¹³ RIES, Erick. A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas. São Paulo: Lua de Papel, 2012, p. 27. Disponível em: < <http://s-inova.ucdb.br/wp-content/uploads/biblioteca/a-startup-enxuta-eric-ries-livro-completo.pdf>>.

¹⁴ FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 26.

¹⁵ FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 25-26.

sócios, b) endividamento do empresário (*debt*)¹⁶ ou, ainda, c) o investimento do capital e recursos dos próprios sócios¹⁷.

A escolha da estrutura do capital de uma *startup* pode ter consequências ao longo prazo em relação ao sucesso da empresa, do poder de controle sobre a sociedade empresária e a proporção dos valores arrecado pelos fundadores no *exit*¹⁸. Por exemplo, quando se opta pelo *equity*, os investidores poderão participar das tomadas de decisões nas deliberações da sociedade podendo influenciar o controle sobre a empresa de forma direta¹⁹. Ademais, são necessários cuidados dos fundadores para não diluírem exacerbadamente seus percentuais nas cotas da empresa e futuramente percam o controle sobre as decisões da sociedade²⁰.

Por sua vez, quando optam pelo financiamento através do *debt*, o empresário se endivida para adquirir o capital de giro, estando sujeitos as leis sobre o crédito, o que pode levar a falência de forma prematura da empresa e a instauração de um processo de recuperação judicial desta²¹. Nessa toada, em virtude do contexto de grande incerteza das *startups* há um grande custo de informação que reflete no preço de transação para concessão de empréstimos²² por instituições financeiras não

¹⁶ FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 70.

¹⁷ FONSECA, Victor Cabral; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Financiamento de startups: aspectos econômicos dos investimentos de alto risco e mecanismos jurídicos de controle. **Revista de direito econômico e socioambiental**, Curitiba, v. 9, n.1, p. 319-354, jan./abr., 2018, p. 225.

¹⁸ “o evento de saída (*exit*) é um dos principais objetivos dos empreendedores. Esse evento pode ser uma venda bilionária para alguma empresa, grupo econômico já consolidado ou grupos financeiros, ou mesmo a abertura de capital na bolsa de valores por meio de um IPO – *Initial Public Offering*.”. FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 32.

¹⁹ La Porta, Rafael *et al.* Law and finance. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 106, n 6, pp. 1113-1153, dec., 1998, p.1126-1127. Acesso em: 08 abr. 2019. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/law_finance.pdf>.

²⁰ Esse cenário aumenta o custo de agência, de acordo com a Teoria da Agência, uma vez que a dispersão do capital social (desmembrando o controle e propriedade sobre a sociedade empresária) aumenta a importância da relação entre os sócios (principais) e o colaboradores, administradores e empregados (agente). JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. **Journal of Financial Economics**, Nova York, v. 3, n 4, pp. 305-360, 1976, p. 315. Acesso em: 08 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/jensen-meckling.pdf>>.

²¹ JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. **Journal of Financial Economics**, Nova York, v. 3, n 4, pp. 305-360, 1976, p.345-346. Acesso em: 08 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/jensen-meckling.pdf>>.

²² “Without information transfer, markets may perform poorly. Consider the financing of projects whose quality is highly variable. While entrepreneurs know the quality of their own projects, lenders cannot

especializadas. Isto é, o difícil processo de *valuation* dos bens intangíveis (a propriedade intelectual) e o seu papel atual e futuro no mercado de tecnologia, a pouca confiança na capacidade da sociedade empresária ter sucesso traduzem em altos juros e na probabilidade razoável da opção pelo *debt* debilitar o potencial de crescimento da *startup*, o que pode levar a sua “morte” prematuramente²³.

Por fim, há a terceira forma de financiamento dessas sociedades, em que se emprega os próprios recursos e investimentos dos sócios fundadores, por meio do chamado *bootstrapping*, na qual é praticado a minimização dos gastos com a atividade empresarial e a maximização do aproveitamento dos recursos investidos com o fim de mitigar as necessidades do capital externo²⁴. Entretanto, em virtude da capacidade limitada de investimento dos sócios, ao menos na maioria das vezes, essa estratégia não é idealmente recomendável em virtude do ambiente altamente competitivo no qual as *startups* estão “imersas” e a necessidade celeridade no crescimento²⁵.

Dissertado de forma breve o básico do processo de financiamento, é importante ressaltar que se costuma adotar os 3 (três) métodos de financiamentos de acordo com uma ordem de preferência, tal qual explana a *Pecking Order Theory*²⁶ na qual é pré-estabelecido a prioridade dos empresários na seguinte ordem: em primeira instância deve ser optado pelo uso dos próprios recursos, seguido pelo endividamento e, por fim, recorrer ao capital de investidores externos. Todavia, tal

distinguish among them. Market value, therefore, must reflect average project quality”. LELAND, Hayne E.; PYLE, David, H. Informational asymmetries, financial structure, and financial intermediation. **The Journal of Finance**, Nova Jersey, v. 32, n. 2, pp. 371-387, may., 1977, p. 371. Acesso em: 08 abr. 2019. Disponível em: < <https://www2.bc.edu/thomaschemmanur/phdfincorp/MF891%20papers/Leland%20and%20Pyle%201975.pdf>>

²³ FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 73.

²⁴ FONSECA, Victor Cabral; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Financiamento de startups: aspectos econômicos dos investimentos de alto risco e mecanismos jurídicos de controle. **Revista de direito econômico e socioambiental**, Curitiba, v. 9, n.1, p. 319-354, jan./abr., 2018, p. 338.

²⁵ “O *bootstrapping*, no entanto, não é uma solução que pode ser aplicada a todos os casos. Em mercados muito dinâmicos e competitivos, aguardar demais para se capitalizar pode significar a perda da chance de ser tornar um first-mover. Essa situação ocorre principalmente nos mercados do tipo *winner-takes-all*”. FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 79.

²⁶ MYERS, Stewart C. The Capital Structure Puzzle. **The Journal of Finance**, Nova Jersey, v. 34, n. 3, pp. 575-592, jul. 1984, p. 576. Acesso em: 08 abr. 2019. Disponível em: < <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.472.3863&rep=rep1&type=pdf>>.

análise é controvertida ante as desvantagens do financiamento por meio de débito já citadas, a limitação do *bootstrapping* e a demanda por lançar logo o MVP.

Em verdade, as *startups* possuem muito a ganhar com investidores, especialmente durante seus estágios iniciais, que, além de aportar importâncias monetárias, podem “aportar” com seu ingresso o denominado “dinheiro inteligente” (*smartmoney*)²⁷. A presença desse ativo converte, muitas vezes, nas seguintes vantagens: acesso a uma rede de contatos de investidores e especialistas, conselhos e guias quanto a gestão dos negócios, consequentemente alavancando o valor da sociedade somente pela mera associação²⁸.

Portanto, as escolhas quanto ao processo de financiamento adotado devem ser feitas de forma casuísticas, atentando aos critérios e condições peculiares ao caso. Ademais, tais decisões devem ser tomadas atentando ao contexto concorrencial, calculando o custo da oportunidade de ser um *first-mover*.

2.2 Do contrato de *vesting*, teoria da agência e custos de agência

Ante o ambiente altamente competitivo, a essencialidade, na maioria dos casos, de ser o *first-mover*, somado a necessidade de estruturar o capital externo (seja por *equity* ou *debt*), assim como a demanda por profissionais especializados, às sociedades *startup* possuem grande potencial para o custo da agência de suas atividades empresárias. *Id est*, a dissonância dos interesses entre os sócios, investidores e credores (principais) e os colaboradores, administradores, prestadores de serviços e empregados (agentes) em relação aos fins e meios adotados pela e para a sociedade²⁹. Ademais, adicionado ao contexto ilustrado a exigência de confidencialidade, com o intuito de assegurar ao empresário suas chances de se

²⁷ FONSECA, Victor Cabral; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Financiamento de startups: aspectos econômicos dos investimentos de alto risco e mecanismos jurídicos de controle. **Revista de direito econômico e socioambiental**, Curitiba, v. 9, n.1, p. 319-354, jan./abr., 2018, p. 346.

²⁸ SØRENSEN, Morten. How smart is smart money? A two-sided matching model of venture capital. **The Journal of Finance**, Nova Jersey, v. 62, no. 6, p. 2725-2762, dez. 2007, p. 2725.

²⁹ JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. **Journal of Financial Economics**, Nova York, v. 3, n 4, pp. 305-360, 1976, p. 310. Acesso em: 08 abr. 2019. Disponível em: < <https://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/jensen-meckling.pdf>>.

posicionar como o *first-mover*, com a finalidade de que não sejam “vazadas” no mercado informações importantes.

Dessa forma, é comum a celebração de acordos de confidencialidades (*Non Disclosure Agreement* – NDA) entre colaboradores, investidores, empregados e fundadores das sociedades *startups* com o intuito de impedir (através de incentivo legal a manutenção dos segredos industriais) que informações valiosas sobre a empresa circulem no mercado³⁰. A supramencionada tática, causa maior atrito e torna menos atrativo colaborar ou trabalhar com o desenvolvimento de uma *startup*, especialmente em seus estágios iniciais, em decorrência desses contratos possuírem natureza que tendem a limitar as oportunidades daqueles profissionais que apenas são contratados para prestação de serviço³¹. É nesse contexto em que são aplicados os contratos de *vesting* para a composição de interesses entre colaboradores, empregados e os sócios da *startup*³². O artifício é fundamentado na Teoria dos Custos da Agência e tem como função estabelecer incentivos que alinhem o interesse dos agentes com os dos principais, criando interesse de curto, médio e longo prazo.

Portanto, o contrato de *vesting* é uma promessa de participação societária feita aos colaboradores, administradores, prestadores de serviço ou empregados mais importantes para exercício da atividade empresarial da *startup*. Em outras palavras, um pré-contrato de aquisição de participações da sociedade, na qual já são determinadas quantas ações/quotas, como e quando serão adquiridas, elencando condições a eficácia dessa promessa a eventos predeterminados pelas partes.

³⁰ “(...) Para evitar a utilização indevida dessas informações e até mesmo para fins de concorrência, a startup deve se precaver por meio de um acordo de confidencialidade (também conhecido como *NDA* ou *non-disclosure agreement*) antes de divulgar suas informações ao potencial investidor (...). FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 120.

³¹ “Especificamente quando se trata de *startups* que envolvem a criação de *softwares*, existe um embate significativo entre o desenvolvedor e o fundador, quanto a esse tipo de contrato, caso o desenvolvedor não faça parte do time fundador do projeto e seja apenas um prestador de serviços. Na qualidade de prestador de serviço, um desenvolvedor geralmente adota uma posição de que não quer ter sua liberdade criativa (ou seu ganha-pão) tolhida por um acordo de confidencialidade, já que na maioria dos casos a ideia apresentada pelo fundador não é, em essência, algo jamais visto antes”. FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 33.

³² FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 203.

3 OS ASPECTOS TRABALHISTAS DO CONTRATO DE VESTING

O contrato de *vesting*, consoante o exposto, tem em sua natureza jurídica peculiaridades interdisciplinares que concernem não só ao direito empresarial, especificamente ao societário, como também ao trabalhista. Nesse sentido, há de ser refletidos os aspectos da legislação laboral sendo pertinente tecer considerações quanto ao cabimento ou não da qualificação remuneratória sobre esse contrato. Assim como, diferenciá-los dos planos de concessão de ações (*stock options plans*)³³.

A princípio ambos os negócios jurídicos citados são fundamentados na Teoria da Agência e são ferramentas usadas para diminuir os custos da atividade empresarial entre os principais e os agentes. Entretanto, divergem quanto a sua aplicação em relação ao contexto da sociedade empresária e seus fins e motivos acessórios.

Os *stock options plans*, de forma genérica, possuem em sua lógica a possibilidade para os empregados e prestadores de serviço comprarem ações da sociedade empresária a um preço abaixo do mercado de valores mobiliário³⁴. Em outras palavras, seu benefício ao agente é alcançar o superávit na venda das ações – comprando a um preço menor e vendendo a um preço maior. Já o *vesting* tem como ideia a participação dos agentes da empresa no lucro, contendo cláusulas que impedem a compra e a venda das quotas/ações conseguidas por estes a terceiros externos a sociedade.

Em decorrência dessa estrutura, os *stock options plans* são normalmente utilizados em S/A's de capital aberto³⁵, *vis-à-vis*, o *vesting* são aplicados em

³³ Os *stock options plans* assim como os contratos de *vesting* tratam-se de incentivos, baseados na Teoria da Agência, para harmonizar os interesses dos agentes com os principais através da oferta de participações no quadro de acionista das S/A's,

³⁴ SARTORELLI, Isabel Cristina. **Stock Options**: um ensaio teórico. 2010. 94 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2010, p. 37-38. Disponível em :<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12136/tde-27082010-101354/pt-br.php>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

³⁵ “(...) a **sociedade anônima empregadora** estabelece a possibilidade de seus administradores ou empregados adquirirem ações da respectiva companhia, **cotadas em bolsas de valores**, em condições relativamente mais vantajosas do que a simples aquisição diversa e à vista no mercado bursátil. Exercendo a opção, o trabalhador se torna proprietário de certo lote de ações, podendo vendê-lo

LTDA's e S/A's de capital fechado, por conta da vedação da compra e venda das ações/quotas conseguidas. A divergência também pode ser analisada quanto a extensão da aplicação da Teoria do Custo da Agência e a finalidade em conciliar a preferência temporal dos agentes com a dos principais, *id est*, o *vesting* serve também como artifício para abaixar a preferência temporal dos agentes e favorecer uma visão ao longo prazo.

Nesse diapasão, não raramente há o escalonamento nos contratos de plano concessão de ações no qual coloca-se um período de carência (de *vesting*) em que o agente terá apenas direito a participação, não podendo vender as ações conseguidas.

Elucidadas as características dos negócios jurídicos citados, é vital a averiguação do *status* jurídico desses contratos se coadunam como: contraprestação salarial ou possuem natureza empresarial; ante a incidência – caso admitida a essência jurídica remuneratória – de encargos trabalhistas, previdenciários e tributários³⁶ previstos em lei.

3.1 Da natureza jurídica do *vesting* e *stock options plans* na relação empregatícia

A *prima facie*, o mérito dessa análise se dá nas relações entre empregados-empregador, ou seja, naquela relação onde constam os 5 (cinco) fatores-jurídicos, consoante as disposições dos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), são eles: a) pessoa física³⁷; b) personalidade; c) habitualidade; d) onerosidade e; e) subordinação. Quando na análise casuística há a averiguação desses elementos citados tem configurada a relação empregatícia, em decorrência do princípio da

oportunamente no mercado acionário observada, na época, a cotação encontrada no pregão” (grifos acrescidos). DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 818.

³⁶ MOREIRA, Leandro de Assis. **Stock options e a relação de emprego**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2016, p. 78.

³⁷ Apesar do fenômeno da “pjotização” – a opção que pessoas físicas optam por constituírem pessoas jurídicas para prestação de serviços a outras, com o fim de incidir em um regime de tributação menor, e às vezes propositalmente descaracterizar o vínculo empregatício – quando constatado a fraude a mera formalidade da existência do véu da pessoa jurídica não é obstáculo para o reconhecimento do vínculo do trabalhista. MELLO, Roberta Dantas de. **Relação de emprego e Direito do Trabalho: papel histórico, crise e renascimento**. São Paulo: LTr, 2015, p. 158.

primazia da realidade do Direito do Trabalho³⁸, o qual opera sob os fundamentos da realidade dos fatos sobre a formalidade contratuais.

Na hipótese em que, *exempli gratia*, há a contratação por sociedade *startup* de programador (seja pessoa física ou, até mesmo, jurídica³⁹, quando constatado fraude⁴⁰) entende-se que a celebração de tal contrato decorreu em virtude das qualificações profissionais técnicas e pessoais dele (pessoalidade)⁴¹, Assim como, o objeto desse contrato é que esse programador atue auxiliando ou elabora o *software* relacionado ao MVP (habitualidade) de acordo com os objetivos da empresa (subordinação)⁴², na qual em contraprestação ao serviço é percebido pelo programador importância monetária expressa em valor acordado (onerosidade)⁴³. Presentes todos os elementos supramencionados, tem-se configurado o vínculo empregatício nessa relação jurídica.

Nesse sentido, é difícil a não configuração do vínculo empregatício dos colaboradores das *startups*, em virtude da facilidade da subsunção do fato às normas previstas nos artigos 2º e 3º da CLT, principalmente em decorrência do princípio da primazia da realidade. Logo, a indagação quanto a natureza jurídica do contrato de *vesting*, nas relações empregatícias, é necessária para evitar futuros passivos trabalhistas e desperdícios de recursos não previstos no plano de *bootstrapping*.

³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 223.

³⁹ Com o advento da reforma trabalhista de 2017 (Lei nº 13.467/2017), o fenômeno da “pjotização”, antes rechaçado nos tribunais do trabalhista, ganhou mais respaldos legais – iniciada com o artigo 129 da Lei nº 11.196/2005 – através da interpretação sistemática dos artigos 4º-A, 442-B e 444, inseridos pela mencionada reforma. A desconstituição do vínculo empregatício com a permissão de contratação de pessoas jurídicas para atividades fins, exclusividade e habitualidade, é um avanço legal para o uso das pessoas jurídicas. REMEDIO, José Antonio; DONÁ, Selma Lúcia. *A pejotização do contrato de trabalho e a reforma trabalhista*. **Revista de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, pp. 61-79, jul/dez. 2018, p. 74-75. Acesso em: 02 mai. 2019. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistadtmat/article/view/4731/pdf>>.

⁴⁰ Em decorrência do princípio da primazia da realidade a mera formalidade da relação de prestação de serviços trabalhistas é afastada quando constatado na realidade concreta a presença dos elementos de uma relação empregatícia sob a roupagem de pessoa jurídica. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 315.

⁴¹ A personalidade não é afastada caso haja, eventualmente a necessidade da substituição desse profissional para que desempenhe suas funções. Em vista que a personalidade é referente ao contrato. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 315.

⁴² São diversos os tipos de subordinações: econômicas, técnicas, hierárquica, jurídica (clássica, objetiva, estrutural), sendo a jurídica que prevalece para constatação da incidência do elemento da subordinação referida no artigo 3º da CLT. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 327-328.

⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. **Salário**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 23.

A análise quanto a natureza das ações ou quotas adquiridas no contrato de *vesting* ou do plano de concessão de ações deve ponderar as características centrais do salário para acusar a natureza empresarial ou não desses negócios jurídicos.

A *prima facie* uma importância salarial tem como principais qualidades as seguintes: a) alimentícia, os ganhos do trabalhador são essencialmente para o sustento próprio e de seus dependentes⁴⁴; b) contraprestacional, isto é o valor é dado em função de um serviço prestado pelo empregado⁴⁵; c) indisponível, são irrenunciáveis por parte do empregado, e; d) forfetário, são devidas independente do sucesso da atividade da empresa, ou seja, não há participação dos lucros ou perdas da sociedade empresária⁴⁶. Nessa toada, os caracteres contraprestacional, a indisponibilidade e forfetário, são essências para desvendar a verdadeira natureza dos contratos supramencionados.

Ab initio, esses negócios jurídicos possuem a natureza de um contrato preliminar, no qual os colaboradores podem ou não exercer o direito a participação societária na sociedade, que normalmente é através da opção de compra e venda das quotas ou ações anteriormente acordadas, conseqüentemente há a renunciabilidade desse direito⁴⁷. Em seguida, o valor da importância percebido por meio do exercício dessa opção depende de fatores mercadológicos externos a prestação de serviço dos empregados. Seja no superávit da compra e venda dessas ações (ou cessão onerosa das quotas a terceiros externos, no caso das LTDA) no mercado de capitais (em regra, no caso dos *stock options plans*) ou na participação nos lucros e dividendos da sociedade⁴⁸.

⁴⁴ Apesar da importância ter como destino o caráter alimentício não se desdobra em uma obrigação alimentícia civil, visto que sua natureza é contratual e não assistencial. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Salário: conceito e proteção. São Paulo: LTR, 2008.

⁴⁵ “(...) o fato de as *stock options*, como o próprio nome diz, serem uma opção e não uma obrigação, já demonstra o caráter mercantil da operação, pois, caso se tratasse de remuneração, não poderia depender de deliberação das partes.” RISTOW, Rafael Pinheiro Lucas; SILVA, Rodolfo Gregório de Paiva. *Stock options e a incidência (ou não) das contribuições previdenciárias*. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, Água Branca, SP, v. 24, n. 290, p. 63-77, ago. 2013, p. 70.

⁴⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Salário**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 96.

⁴⁷ DAL MAS, Viviane Castro Neves Pascoal. **Stock options na relação de emprego**. São Paulo: LTR, 2008, p. 64.

⁴⁸ RISTOW, Rafael Pinheiro Lucas; SILVA, Rodolfo Gregório de Paiva. *Stock options e a incidência (ou não) das contribuições previdenciárias*. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, Água Branca, SP, v. 24, n. 290, p. 63-77, ago. 2013, p. 69.

Ademais, os rendimentos econômicos das ações ou quotas adquiridas são valores advindos não de contraprestação dos empregadores, mas sim, dos clientes do empresário e do mercado⁴⁹. Por essas razões expostas, em regra, não é subsumido à norma constada no artigo 457 da CLT aos contratos de *vesting* e os planos de concessão de ações. Nesses negócios jurídicos, em essência, consoante o explanado anteriormente, há os métodos de diminuir o custo de agência, *id est*, alinhar os interesses entre os principais e os agentes da sociedade empresária.

Portanto, em decorrência dessa exposição, o entendimento majoritário na jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) e no Tribunal Superior do Trabalho (TST)⁵⁰ é de que, em regra⁵¹, a opção de adquirir participações em ações ou quotas por meio desses contratos tem natureza empresarial e não salarial, em virtude de não ser os valores percebidos ligados a fatores laborais configurando nesse caso um contrato que dá oportunidade de investimento do colaborador na sociedade empresária.

3.2 Da estrutura do contrato de *vesting* conciliando com as normas trabalhistas.

Consoante o exposto, o contrato de *vesting* tem natureza jurídica de pré-contrato no qual há opção de participação no quadro societário da sociedade empresária ao beneficiário, por essa razão, em regra, configura como um empreendimento para os empregados. Entretanto, é importante a observância de

⁴⁹ “Seus ganhos, portanto, não são contraprestações pelo trabalho haja vista que não é o empregador quem paga os valores aos funcionários, mas, sim, o mercado de ações, de forma completamente independente, autônoma e desvinculada da relação laboral”. MOREIRA, André Mendes; QUINTELA, Guilherme Camargos; SAVASSI, Rafael França. Plano de stock options: análise sob o prisma da não incidência de contribuições sociais. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 214, p.32-42, jul. 2013, p. 35.

⁵⁰ “No âmbito trabalhista, inclusive, a jurisprudência brasileira majoritariamente não vem reconhecendo ao sistema de stock options a natureza salarial ou remuneratória, mas apenas um mecanismo para estimular o alinhamento de interesses entre os administradores e os acionistas da companhia (...)”. GABRICH, Frederico de Andrade. Estratégias de remuneração no conselho de administração. In: BOTREL, Sérgio (Org.). **Direito societário - análise crítica**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 117-156, p. 25.

⁵¹ Quando esses contratos são redigidos de maneira a desvirtuar sua natureza inerentemente mercantil e usados como método para diluir o salário do empregado, por exemplo, pagar parte em ações/quotas e outra em dinheiro, com habitualidade, é caracterizado a natureza salarial em virtude do artigo 9º da CLT. MOREIRA, Leandro de Assis. **Stock options e a relação de emprego**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2016, p. 102-103.

certos cuidados a serem tomados para preservação do objetivo principal desse negócio jurídico.

A essência desse contrato atípico está em harmonizar os interesses dos agentes da sociedade com os sócios e, além disso, de manter o “capital humano” no patrimônio do empresário pelo maior tempo possível. Em outras palavras, é mecanismo que tem a finalidade de manter o interesse a longo prazo dos sócios, colaboradores e da sociedade.

Nesse diapasão, é de suma importância que algumas cláusulas devam ser inseridas nesse contrato sob pena de prejudicar essa finalidade. Assim como, certos cuidados sejam empregados para não configurar no *vesting* natureza remuneratória, sob a força do artigo 9º da CLT, desnaturando a essência empresarial.

A *prima facie*, a estrutura do contrato deve conter incentivos positivos e negativos para manutenção do beneficiário como “ativo” da sociedade empresária, característica que diferencia o *vesting* do *stock options*. No primeiro, são estabelecidas cláusulas que construam “arquitetura” econômico-jurídica capaz de manter o beneficiário produtivo no cargo em que exerce, o impedindo de alienar as quotas/ações adquiridas, podendo ser inseridos dispositivos que: a) institua um período de tempo probatório entre a satisfação das condições e o exercício da opção do *vesting* (*cliff period*)⁵² além de instruir a aquisição das quotas, às quais o beneficiário tem direito, de acordo com o cumprimento das condições; b) vedem alienação das quotas/ações a terceiros⁵³; c) estipulem situações em que o beneficiário tenha sido desligado do cargo (cláusulas *good and bad leaver*)⁵⁴.

Em virtude dessa “arquitetura” contratual, os contratos de *vesting* são preferencialmente indicados para sociedades sob o regime da LTDA e S/A de capital fechado, por razão de nessas sociedades a negociabilidade das ações e quotas podem ser limitadas⁵⁵, *vis-à-vis*, nas anônimas de capital aberto tais limitações, em regra,

⁵² FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 205.

⁵³ OLIVEIRA, Fabrício Vasconcelos de; RAMALHO, Amanda Maia. O contrato de *vesting*. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 69, pp. 183-200, jul./dez. 2016, p. 195.

⁵⁴ FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 206.

⁵⁵ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 2, p. 116-117.

não podem ser impostas, sendo optado normalmente *stock options plans* escalonados com um período de *vesting*⁵⁶.

Nessa toada, há alguns pontos quanto a estruturas contratuais desses contratos que precisam ser esclarecidos. A princípio o *vesting* tem natureza empresarial, todavia, existindo há frequência contínua na opção de adquirir participações na sociedade poderá ser desvirtuada a essência jurídica desse contrato e caracterizado a natureza salarial⁵⁷. Na situação ilustrada, alega-se a configuração de parcelas salariais dissimulados, *id est*, importâncias econômicas salariais sob o invólucro legal aparente com a finalidade de burlar as leis trabalhistas⁵⁸. Por essa razão, a gradualidade disposta no instrumento contratual deve ser cuidadosamente elaborada.

Ademais, a estruturação do *vesting* gratuito, quanto a sua onerosidade, pode também desvirtuar a natureza mercantil do contrato e confundir com parcelas salariais dissimuladas⁵⁹. Dessa forma, além disso, podem violar os preceitos dos artigos 1.055, §2º, do CC/2002 e 7º da S/A, que vedam a integralização de quotas através de prestação de serviços.

As cláusulas *good and bad leaver* preveem o direito de recesso, retirada⁶⁰ e a dissolução parcial da sociedade⁶¹ em relação ao beneficiário. Tais cláusulas preveem

⁵⁶ Nas sociedades anônimas de capital aberto normalmente são usados os contratos de *stock options plans* que podem ser escalonados com *vesting* que desempenharia o papel de período de carência. MOREIRA, Leandro de Assis. **Stock options e a relação de emprego**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2016, p. 32.

⁵⁷ ZENNI, Alessandro Severino Váller; RAFAEL, Marcia Cristina. **Remuneração e jornada de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 20

⁵⁸ MOREIRA, Leandro de Assis. **Stock options e a relação de emprego**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2016, p. 76.

⁵⁹ MOREIRA, Leandro de Assis. **Stock options e a relação de emprego**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2016, p. 100.

⁶⁰ O direito de recesso é o direito do sócio minoritário em sair da sociedade com justa motivação, por discordar das deliberações da sociedade, do rumo que ela segue. Já o de retirada é somente cabível nas hipóteses do artigo 1.077 do CC/2002, sendo suas quotas/ações líquidas e seus haveres apurados oportunamente. RASO, Vinicius Horta de Vasconcelos. **Dissolução parcial de sociedade anônima fechada pela aplicação subsidiária do artigo 1.029 do Código Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial), Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2014, p. 120-121. Acesso em: 18 abr. 2019. Disponível em: <<http://www3.mcampus.br/u/201503/viniciushortadevasconcelosrasodissolucaoparcialdesociedadeanonimafechada.pdf>>.

⁶¹ Apesar de não se previsto na Lei das S/A, podem ser aplicáveis de forma subsidiariamente as regras da dissolução parcial da sociedade para exclusão de sócio acionista nas S/A de capital fechado

Apesar de não estar previsto na Lei das S/A, são aplicáveis de forma subsidiariamente as regras da dissolução parcial das sociedades para exclusão de sócio acionistas nas S/A de capital fechado por quebra do *affectos societatis*, construção criada pela jurisprudência do STJ. RASO, Vinicius Horta de

situações em que o beneficiário sai do seu cargo durante o *vesting* por sua decisão sem atrito com a sociedade (caso de direito de recesso e retirada, *good leaver*) e quando este é demitido do cargo. Nesse sentido, a hipótese do beneficiário ser desligado ou se desligar da sociedade antes de adquirir a participação (parcial ou total) do *vesting* é que são testados os limites dessas disposições contratuais.

Sobre essa situação o TST já possui jurisprudência⁶² na qual expõe o seguinte entendimento por ser o *vesting* pré-contrato e não ter, em regra, a natureza salarial o desligamento da sociedade empresária extingue o direito da expectativa de participação, visto que perde-se o objeto e a razão do contrato de *vesting* com a saída do beneficiário antes do exercício do direito.

Em suma, as disposições contratuais presentes no contrato de *vesting* devem ser cuidadosamente elaboradas e executadas, observando os preceitos trabalhistas e societários. As cláusulas devem prever a incidência de encargos trabalhistas, por meio da desnaturação do negócio, assim como promover garantias mínimas que permitam a consecução da finalidade do *vesting*.

4 OS ASPECTOS SOCIETÁRIOS NO CONTRATO DE VESTING

As *startups* normalmente constituem-se em sociedades empresariais sobre o regime das LTDA, nesse aspecto não são diferentes das demais outras sociedades brasileiras. Todavia, excetuam-se aquelas que exploram atividade comercial cuja a lei exige a opção pelo regime das S/A (por exemplo as *fintech*)⁶³ ou quando já estão maduras suficientes para receber aportes significativos de investidores que demandam a conversão da sociedade sob o regime de ações⁶⁴.

Vasconcelos. **Dissolução parcial de sociedade anônima fechada pela aplicação subsidiária do artigo 1.029 do Código Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial), Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2014, p.139-140. Acesso em: 18 abr. 2019. Disponível em: <<http://www3.mcampos.br/u/201503/viniushortadevasconcelosrasodissolucaoparcialdesociedadeanonimafechada.pdf>>.

⁶² MOREIRA, Leandro de Assis. **Stock options e a relação de emprego**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2016, p. 33-34; FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 208-209.

⁶³ FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 176.

⁶⁴ FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 117.

Nesse sentido, seguindo a lógica apresentada no processo de financiamento das *startups*, é justo inferir que, genericamente, tais sociedades empresárias alteram seus regimes progressivamente, saindo de sociedades de responsabilidade limitada para anônimas de capital fechado até abrirem o capital na bolsa de valores⁶⁵. Assim como, é possível que os empresários *startups* comecem como microempreendedor individual (MEI) ou até mesmo como empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) e no decorrer do desenvolvimento da empresa converter-se em sociedades empresárias.

A análise do processo de financiamento permite a reflexão até quando as quotas/ações do beneficiário estarão afetadas pela vedação de não alienação a terceiro? Em tese, a *prima facie*, quando o capital for aberto as ações (quotas que foram convertidas) poderão ser negociadas livremente. Consequentemente, aparentemente findando a estrutura do *vesting* construída para reter os colaboradores mais talentosos na sociedade.

Portanto, tais aspectos devem ser cogitados e ponderados na elaboração do instrumento contratual, sobretudo como devem ser feitas as aquisições das participações na sociedade ante a vedação prevista nos artigos 1.055, §2º, do CC/2002, para as limitadas, e o 7º da LSA, nas anônimas, os quais instituem a proibição da integralização do capital social das sociedades empresariais por meio de prestação de serviço.

Em virtude dessa vedação expressa, certas estruturas de contratos de *vesting* podem ser incompatíveis com o ordenamento jurídico nacional⁶⁶ tanto para sociedades sob o regime LTDA quanto S/A. Nesse segmento, a vedação citada pode ser oposta a algumas estruturas *stock options plans* também.

⁶⁵ FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 112.

⁶⁶ OLIVEIRA, Fabrício Vasconcelos de; RAMALHO, Amanda Maia. O contrato de *vesting*. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 69, pp. 183-200, jul./dez. 2016, p. 189-190.

4.1 Da vedação da integralização de capital social através de prestação de serviços nas LTDA's e S/A's.

A personalidade jurídica das sociedades empresárias é uma das principais tecnologias de proteção aos empreendedores, empresa e, de forma indireta, a própria economia. Tal instituto promove o efeito *erga omnes* do contrato societário, quando devidamente registrado no órgão competente, e conseqüentemente provocando alguns efeitos jurídicos, os quais são: titularidade negocial e processual do ente e certa limitação da responsabilidade dos sócios sobre a atividade empresarial⁶⁷.

As benesses supramencionadas facilitam a prática da empresa e daqueles que lidam com ela tanto os empreendedores que “presentam” a sociedade⁶⁸ ante aos consumidores, assim como outros empresários que participam da cadeia mercadológica e autoridade estatal com a competência tributária e fiscal.

A concentração da titularidade negocial e processual na pessoa jurídica promove uma maior facilidade ao credor em provocar o Poder Judiciário, uma vez que são públicos alguns dados identificadores sobre os sócios e a sociedade. Bem como, permite uma melhor administração das práticas societárias pelos sócios, maior segurança em relação ao regime das Sociedades em Comum⁶⁹ e promove o primeiro “véu” de proteção ao patrimônio dos sócios, o qual responde subsidiariamente pelas dívidas do empresário.

Nesse diapasão, a despeito da limitação da responsabilidade dos sócios sobre a atividade empresarial, tem como função o incentivo ao exercício da empresa, em virtude de salvaguardar, até certo ponto, o patrimônio dos sócios dos riscos inerentes às práticas empresariais, em outras palavras, adiciona maior força ao “véu” de proteção patrimonial dos sócios e cria condições para empreendimentos mais

⁶⁷ SOUSA, Sueli Baptista de. **A responsabilidade dos sócios na sociedade limitada: aspectos legais e constitucionais**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 57-58.

⁶⁸ MIRANDA, Francisco Antonio Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3ª ed. v. 50 São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 482/483.

⁶⁹ RIBAS, Roberta de Oliveira e Corvo. **A proteção dos credores sociais por meio das demonstrações financeiras: um retorno às bases que garantem a responsabilidade limitada**. Tese (Doutorado em Direito Comercial), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 57-58.

ousados⁷⁰. De certa forma, trata-se de “subsídio” para “acelerar” a economia e, em última instância, promover bens de consumo, empregos, tecnologia, cultura e maior arrecadação de tributos⁷¹. *Id est*, a justificativa do mencionado instituto, que faz parte da política do estado nacional para o desenvolvimento, tem como função a promoção do bem-estar da Sociedade Brasileira.

Nesse segmento, o capital social tem como função a limitação da responsabilidade dos sócios em relação aos deveres assumidos pela sociedade empresarial⁷², assim como tem função de garantia a satisfação de crédito do credor⁷³. Isto é, na ocorrência da superveniência da falência e os passivos superarem o patrimônio atual da sociedade, caso já esteja integralizado o capital⁷⁴, os sócios manterão seu patrimônio, *vis-à-vis*, não havendo integralizado responderão solidariamente nos limites da proporção no capital social, cabendo o direito de regresso em face dos que não integralizaram o capital⁷⁵.

Em decorrência dessa característica, a legislação limita o que pode ser integralizado no capital social da sociedade como é o caso do *caput* do artigo 7º das Leis da S/A, *exempli gratia*, que exige que os bens integralizados sejam passíveis de avaliação quanto ao seu valor.

Nesse diapasão, a vedação a integralização do capital social por meio de prestação de serviço decorre da exigência da natureza patrimonial dos bens a serem

⁷⁰ RIBAS, Roberta de Oliveira e Corvo. **A proteção dos credores sociais por meio das demonstrações financeiras**: um retorno às bases que garantem a responsabilidade limitada. Tese (Doutorado em Direito Comercial), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 77-78

⁷¹ “A limitação da responsabilidade dos sócios é um mecanismo de socialização, entre os agentes econômicos, do risco de insucesso, presente em qualquer empresa. Trata-se de condição necessária ao desenvolvimento de atividades empresárias, no regime capitalista, pois a responsabilidade ilimitada desencoraja investimentos em empresas menos conservadoras”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 132.

⁷² WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **A crise da limitação de responsabilidade dos sócios e a teoria desconsideração da pessoa jurídica**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004, p. 188.

⁷³ DOMINGUES, Paulo de Tarso. **Do capital social**: noção, princípios e funções. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 139.

⁷⁴ SOUSA, Sueli Baptista de. **A responsabilidade dos sócios na sociedade limitada: aspectos legais e constitucionais**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 78-79.

⁷⁵ Os sócios-quotistas são responsáveis solidários pelo percentual não integralizado, ainda que já tenham integralizado sua parte. SOUSA, Sueli Baptista de. **A responsabilidade dos sócios na sociedade limitada: aspectos legais e constitucionais**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 83.

subscritos pelos sócios em nome da sociedade⁷⁶, ainda que haja o *intuitu personae* em uma LTDA ou em uma S/A de capital fechado⁷⁷. Por essa razão, bem como a natureza jurídica da limitação da responsabilidade, a vedação ao sócio de contribuir o capital com prestação de serviços, obrigação pessoal e de natureza infungível, é devido aos interesses dos credores que em um processo de liquidação das referidas obrigações enfrentaria caminho mais tortuoso. *Id est*, por ser uma obrigação personalíssima do sócio e o bem jurídico ter uma natureza extremamente subjetiva haveriam: a) problemas quanto a avaliação do serviço; b) A recusa do devedor, ou o requerimento do credor, converteria a obrigação em perdas e danos, sob o *fulcro* dos artigos 247 do CC/2002 e 499 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

Portanto, a vedação presente nos artigos 1.055, §2º, do CC/2002, e 7º, caput, da Lei das S/A são no intuito de economia processual no processo de liquidação das quotas sociais durante o processo falimentar, assim como restringir os limites da “armadura” jurídica da limitação da responsabilidade permitindo maior grau de segurança ao credor.

4.2 Da antinomia entre os artigos 425, 1.055, §2º, do CC/2002 e artigo 7º da LSA

Ante o exposto, o contrato de *vesting* consiste em um contrato atípico, cuja a natureza contratual é a promessa da participação no quadro de sócios das sociedades, *intuitu personae* ou não, que poderá ser efetuada em transmissão gratuita ou onerosa, segundo condições pré-estabelecidas pelas partes. Dessa forma, a depender da “arquitetura” jurídica desse negócio incidirá em consequências jurídicas divergentes.

No contrato social da sociedade empresarial podem ser subscritas quotas/ações em nome da pessoa jurídica para reservar certo percentual para

⁷⁶ “(...) as quotas de capital social da sociedade limitada representam sempre contribuições patrimoniais e que o sócio não tem vínculo com a sociedade, senão como sócio investidor”. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 356.

⁷⁷ RASO, Vinicius Horta de Vasconcelos. **Dissolução parcial de sociedade anônima fechada pela aplicação subsidiária do artigo 1.029 do Código Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial), Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2014, p. 24. Acesso em: 18 abr. 2019. Disponível em: <http://www3.mcampos.br/u/201503/viniushortadevasconcelosrasodissolucaoaparcialdesociedadeanonimafechada.pdf>.

investidores e o *vesting*. A referida prática tem como objetivo evitar a diluição do controle da sociedade exercido pelos sócios através de aumento do capital social⁷⁸.

Nessa situação, o capital social da *startup* seria integralizado através de contribuições patrimoniais na qual a sociedade seria a responsável pela subscrição da importância econômica. Além dessa hipótese, as quotas/ações objeto do *vesting* podem ser advindas das alienações das quotas/ações integralizadas (ou a ser) dos acionistas/quotistas, por exemplo⁷⁹.

Em outras palavras, a opção do beneficiário pela participação na sociedade não necessariamente configura uma violação as vedações dos artigos 1.055, §2º, da CC/2002, e o artigo 7º da LSA, em virtude de o objeto do contrato ser normalmente a transmissão de quotas/ações e não obrigatoriamente o aumento do capital social⁸⁰.

Nesse segmento, convém especificar que no Brasil, o contrato de *vesting* é “localizado” como uma opção de compra e venda de ações/quotas na qual atendida as condições (que podem ser metas de produção e/ou decurso do tempo, desde que atendo o atributo da validade dos negócios jurídicos)⁸¹, sobretudo em virtude do risco da configuração desse contrato como parcelas salariais dissimuladas⁸². Por essa razão, no contexto tradicional do *vesting*, o qual é a diminuição do custo da agência entre os principais e os agentes através da harmonização de interesses e o estímulo a produtividade, não se recomenda que a opção da participação da sociedade seja gratuita.

⁷⁸ FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 205-206.

⁷⁹ Na situação de não-integralização, o beneficiário das ações/quotas não sub-roga o acionista/quotista no dever de integralizar, a menos que por disposição contratual, consoante os artigos 346 e 347 do CC/2002. AMARAL, José Pedro Pacheco do. **Responsabilidade do cedente de quotas pelo passivo oculto da sociedade limitada**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 61.

⁸⁰ O *vesting* tal qual os *stock options plan* se localizou no ordenamento jurídico brasileiro como opção de compra de ações/quotas disponíveis (integralizadas ou a serem integralizadas) na sociedade empresária pelos sócios, sobre isso: FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 204; OLIVEIRA, Fabrício Vasconcelos de; RAMALHO, Amanda Maia. O contrato de *vesting*. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 69, pp. 183-200, jul./dez. 2016, p. 196.

⁸¹ FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 204-205.

⁸² MOREIRA, Leandro de Assis. **Stock options e a relação de emprego**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2016, p. 77.

Logo, sob o *fulcro* da autonomia da vontade e privada, expresso nos artigos 1º, inciso IV, 5º, inciso II, e artigo 170 da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), e mais precisamente do artigo 425 do CC/2002 os contratos de *vesting*, ainda que atípicos, tem potencialmente validade. Entretanto, consoante exposto, tal atributo é contemplado casuisticamente, visto que, por ser um contrato atípico, pode apresentar em sua estrutura jurídica vedações legais, sobretudo quando na elaboração for mal assessorado.

Nessa toada, um contrato de *vesting* no qual as obrigações objeto seja o aumento do capital social com a gratuidade ao beneficiário pode sim ser eivado com a nulidade⁸³ prevista nos artigos 1.055, §2º, do CC/2002 e artigo 7º da LSA. Assim como aqueles contratos nos quais sejam interpretados a prática de parcelas salariais dissimuladas, visto que é argumentável a integralização de prestações de serviços disfarçada⁸⁴.

Ademais, outra hipótese na qual o *vesting* pode ser considerado ilegal é quanto a integralização das quotas/ações por meio do capital intelectual⁸⁵. Tal cenário é factível em *startups* em virtude de os grandes ativos desses empresários serem relativos à propriedade intelectual, nesse segmento, por exemplo, a integralização de quotas/ações por *know-how*⁸⁶ podem ter sua validade questionada

⁸³ A nulidade quanto a participação do sócio que contribui com prestação de serviço não afeta o vínculo jurídico dos demais outros sócios com a sociedade, em virtude de ser um contrato plurilateral, a menos que seja fator essencial. CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: do direito da empresa, 1ª ed., v. 13, São Paulo: Saraiva, 2003, p.55.

⁸⁴ Nesse sentido, Oliveira e Ramalho entendem que o *vesting* nas sociedades limitadas seriam vedados sobre o entendimento de que a natureza jurídica desse contrato seria salarial. Todavia, consoante a doutrina e jurisprudência trabalhista somente é reconhecida a natureza remuneratória quando estão presentes elementos de dissimulação de parcelas salariais. OLIVEIRA, Fabrício Vasconcelos de; RAMALHO, Amanda Maia. O contrato de *vesting*. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 69, pp. 183-200, jul./dez. 2016, p. 189-190.

⁸⁵ A expressão capital intelectual refere-se ativos de natureza intangíveis os quais podem ser: a) de mercado (contratos, clientela, franquia entre outros ativos relacionados ao mercado), humanos (a *expertise* dos agentes presente na sociedade empresária), de propriedade industrial (patentes, marcas, desenhos e segredos industriais) e de infraestrutura (o conhecimento de métodos e planos de negócios, estratégias de organização, *know-how*). Em regra, são objeto do contrato de aviamento e de compra e venda do estabelecimento empresarial. BROOKING, Annie. **Intellectual Capital**: Core Asset for the Third Millennium Enterprise. Boston: Thomson Publishing Inc, 1996, p. 12-13.

⁸⁶ Consiste em conjunto de conhecimento técnicos não-patenteáveis relativos a uma prática, relativamente original e sigiloso, que oferecem uma vantagem competitiva no mercado ao detentor. BARBOSA, Dennis Borges. El concepto jurídico de 'know-how'. **Revista del Derecho Industrial**, v. 2, n. 4-6, pp. 751-758, jan. 1980, p. 757.

a depender da ponderação se tal contribuição consistiria em *intuto personae* ou patrimonial.

Portanto, embasado nos argumentos expostos, não é prospero apontar antinomia entre os artigos 425 e 1.055, §2º, do CC/2002 e o 7º da Lei das S/A. Sobretudo em virtude da legalidade da finalidade do contrato de *vesting* e da pluralidade em que suas estruturas podem ser empregadas no mercado que não necessariamente violam os artigos mencionados. *Id est*, na “arquitetura” legal popularizada no Brasil, o *vesting* foi “localizado” como opção de compra e venda de ações/quotas – essas já integralizadas ou a ser integralizada pelos sócios ou sociedade, no momento da firma do contrato social – condicionado a metas e/ou decurso do tempo que atendam os requisitos do atributo da validade.

5 CONCLUSÃO

Consoante o exposto, o contrato de *vesting* é atípico, não está tipificado na legislação nacional, no qual a sociedades empresárias e colaboradores, prestadores de serviços e empregados, negociam condições (normalmente condicionadas a metas de produtividade e/ou decurso do tempo) para participação no quadro societário. O intuito dessa figura contratual é a construção de mecanismo de harmonização dos interesses dos principais e os agentes da sociedade, diminuindo o custo de agência, assim como é método no qual garante a permanência de peças fundamentais ao funcionamento da empresa.

Nesse diapasão, por conta dessa finalidade, o *vesting* é popular no ecossistema das empresas *startatups*, por esses empresários possuírem o interesse em incentivar a permanência dos seus principais agentes, em virtude da equipe, a qual configura o capital intelectual dessa sociedade, é responsável pela criação e o valor dessas empresas. Bem como, é importante que os agentes tenham a preferência temporal semelhante aos dos principais, que idealmente é a longo prazo, para consecução dos objetivos do empresário.

A validade do *vesting* é questionável sob o aspecto da vedação legal presente nos artigos 1.055, §2º, do CC/2002 e o 7º, *caput*, da LSA os quais proíbem a integralização do capital social por meio de prestação de serviço. Nesse segmento, a

objeção levantada gera aparente antinomia nas disposições contratuais dos artigos supramencionados e o 425 do CC/2002.

Conforme previamente previsto na hipótese, o contrato de *vesting* em sua essência é válido, todavia, a depender da estrutura jurídica elaborada pode ser averiguado questões que invalidem esse negócio jurídico, em outras palavras, a validade desse contrato é avaliada casuisticamente de acordo com as circunstâncias negociais. O *vesting* é estrutura contratual na qual é comumente “localizada” no ordenamento jurídico nacional como opção de compra e venda de quotas/ações de sociedade empresária a qual poderá ser exercida por preço anteriormente combinado quando satisfeitas as condições pré-estabelecidas. Dessa forma, é corriqueiro que as quotas/ações objetos desse contrato já tenham sido separadas no momento da constituição da pessoa jurídica e, possivelmente, já tenham sido integralizadas.

Entretanto, consoante o demonstrado a “arquitetura” legal elaborada para o *vesting* pode comprometer a sociedade empresária com encargos trabalhistas, previdenciários e tributários, imprevistos, quando desnaturada a natureza empresarial do negócio, por conta de condutas que configurem natureza salarial desse contrato. Ademais, a má estruturação desse negócio jurídico, através da caracterização da natureza remuneratória pode inclusive incidir nas proibições contempladas nos artigos 1.055, §2º, do CC/2002 e 7º, *caput*, da LSA.

Em suma, com base nos argumentos sustentados, o contrato de *vesting* é válido, em virtude dos artigos 122, 426 do CC/2002, assim como os 1º, inciso IV, 5º, inciso II e 170 da CF/1988, os quais sustentam a autonomia privada nas relações contratuais. Em outras palavras, em virtude da finalidade do *vesting* não ser expressamente proibido, tampouco são todas as disposições contratuais usadas para consecução desse objetivo ilegais. Portanto, consoante as ponderações ora feitas, é conclusivo que a validade do contrato de *vesting* pode ser, assim como qualquer outro contrato típico ou atípico, afastado casuisticamente quando dispor-se em contrário a lei, no caso específico do *vesting* violar as disposições dos artigos 1.055, §2º, do CC/2002 e 7º, *caput*, da LSA.

Nesse diapasão, a conclusão dessa obra é a confirmação total da hipótese preliminarmente elaborada para responder o problema abordado no artigo.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, José Pedro Pacheco do. **Responsabilidade do cedente de quotas pelo passivo oculto da sociedade limitada**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.
- BARBOSA, Dennis Borges. El concepto jurídico de 'know-how'. **Revista del Derecho Industrial**, v. 2, n. 4-6, pp. 751-758, jan. 1980.
- BROOKING, Annie. **Intellectual Capital: Core Asset for the Third Millennium Enterprise**. Boston: Thomson Publishing Inc, 1996.
- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito da empresa**, 1ª ed. v. 13, São Paulo: Saraiva, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DAL MAS, Viviane Castro Neves Pascoal. **Stock options na relação de emprego**. São Paulo: LTR, 2008.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Salário: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- DOMINGUES, Paulo de Tarso. **Do Capital Social: noção, princípios e funções**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- FONSECA, Victor Cabral; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Financiamento de startups: aspectos econômicos dos investimentos de alto risco e mecanismos jurídicos de controle. **Revista de direito econômico e socioambiental**, Curitiba, v. 9, n.1, p. 319-354, jan./abr., 2018.
- GABRICH, Frederico de Andrade. Estratégias de remuneração no conselho de administração. In: BOTREL, Sérgio (Org.). **Direito Societário - análise crítica**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 117-156.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. **Journal of Financial Economics**,

Nova York, v. 3, n 4, pp. 305-360, 1976, p.38-39. Acesso em: 08 abr. 2019.
Disponível em: < <https://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/jensen-meckling.pdf>>.

La Porta, Rafael et al. Law and finance. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 106, n 6, pp. 1113-1153, dec., 1998, p.1126-1127. Acesso em: 08 abr. 2019.
Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/law_finance.pdf>.

LELAND, Hayne E.; PYLE, David, H. Informational asymmetries, financial structure, and financial intermediation. **The Journal of Finance**, Nova Jersey, v. 32, n. 2, pp. 371-387, may., 1977. Acesso em: 08 abr. 2019. Disponível em: < <https://www2.bc.edu/thomas-chemmanur/phdfincorp/MF891%20papers/Leland%20and%20Pyle%201975.pdf>>

MELLO, Roberta Dantas de. **Relação de emprego e Direito do Trabalho: papel histórico, crise e renascimento**. São Paulo: LTr, 2015.

MIRANDA, Francisco Antonio Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3ª ed. v. 50
São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MOREIRA, André Mendes; QUINTELA, Guilherme Camargos; SAVASSI, Rafael França. Plano de stock options: análise sob o prisma da não incidência de contribuições sociais. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 214, p.32-42, jul. 2013.

MOREIRA, Leandro de Assis. **Stock options e a relação de emprego**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2016.

MYERS, Stewart C. The Capital Structure Puzzle. **The Journal of Finance**, Nova Jersey, v. 34, n. 3, pp. 575-592, jul. 1984, p. 576. Acesso em: 08 abr. 2019.
Disponível em: < <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.472.3863&rep=rep1&type=pdf>>.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Salário: conceito e proteção**. São Paulo: LTR, 2008.

PEREIRA, Daniel Queiroz; SANTOS, Lorena Miranda Pereira dos. A natureza jurídica das stock options no direito do trabalho brasileiro. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, nº 1, pp 21-50, jan., 2015, p. 22. Acesso em: 16 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/15350/11677>>.

RASO, Vinicius Horta de Vasconcelos. **Dissolução parcial de sociedade anônima fechada pela aplicação subsidiária do artigo 1.029 do Código Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial), Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2014. Acesso em: 18 abr. 2019. Disponível em: < <http://www3.mcampos.br/u/201503/viniciushortadevasconcelosrasodissolucaoparciaIdesociedadeanonimafechada.pdf>>.

REMEDIOS, José Antonio; DONÁ, Selma Lúcia. *A pejetização do contrato de trabalho e a reforma trabalhista*. **Revista de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, pp. 61-79, jul/dez. 2018. Acesso em: 02 mai. 2019. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistadtmat/article/view/4731/pdf>>.

RIBAS, Roberta de Oliveira e Corvo. **A proteção dos credores sociais por meio das demonstrações financeiras**: um retorno às bases que garantem a responsabilidade limitada. Tese (Doutorado em Direito Comercial), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

RIES, Erick. **A startup enxuta**: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas. São Paulo: Lua de Papel, 2012. Disponível em: <<http://s-inova.ucdb.br/wp-content/uploads/biblioteca/a-startup-enxuta-eric-ries-livro-completo.pdf>>.

RISTOW, Rafael Pinheiro Lucas; SILVA, Rodolfo Gregório de Paiva. Stock options e a incidência (ou não) das contribuições previdenciárias. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, Água Branca, SP, v. 24, n. 290, p. 63-77, ago. 2013.

SARTORELLI, Isabel Cristina. **Stock Options**: um ensaio teórico. 2010. 94 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2010, p. 37-38. Disponível em :<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12136/tde-27082010-101354/pt-br.php>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

SOUSA, Sueli Baptista de. **A responsabilidade dos sócios na sociedade limitada: aspectos legais e constitucionais**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

SØRENSEN, Morten. How smart is smart money? A two-sided matching model of venture capital. **The Journal of Finance**, Nova Jersey, v. 62, no. 6, p. 2725-2762, dez. 2007.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **A crise da limitação de responsabilidade dos sócios e a teoria desconsideração da pessoa jurídica**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004.

ZENNI, Alessandro Severino Vállar; RAFAEL, Marcia Cristina. **Remuneração e jornada de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2009.

UMA REFLEXÃO SOBRE A RELAÇÃO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE E AÇÃO HUMANA NO ÂMBITO DA CORRUPÇÃO.

A REFLECTION ON THE RELATIONSHIP BETWEEN THE COMPLIANCE AND HUMAN ACTION PROGRAMS IN THE FIELD OF CORRUPTION

Gisele Mota Ramos¹

RESUMO

Este artigo apresenta uma reflexão sobre a corrupção, as ferramentas de combate à mesma e sobre a relação entre o compliance e a tomada de decisão de gestores com a opção pelo ato ilícito. Foi realizada uma pesquisa bibliográfica provocando uma reflexão o que é a corrupção; a evolução histórica dos recursos de combate à corrupção; o compliance nas organizações; e, o cenário que pressiona as organizações privadas e uma perspectiva da ação do ser humano como elemento do processo de corrupção. Também foi estudado como a corrupção é caracterizada e pode ser identificada em seus diversos níveis. A conclusão a que se chega é que independentemente de ferramentas ou políticas de combate à corrupção, o ser humano precisar estar no centro do processo para que haja mudança.

Palavras-chave: corrupção, compliance, ação humana.

1 INTRODUÇÃO

A corrupção corrói o tecido da sociedade, o que leva à falta de confiança do cidadão nos sistemas políticos e econômicos, instituições e líderes. Pode custar às pessoas sua liberdade, saúde, dinheiro - e às vezes suas vidas. A corrupção mata

¹ Mestre em Economia Empresarial pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Pós-graduada em Marketing pela ESPM. Graduada em Direito e Administração de Empresas pelo UniCEUB. Atua como Gestora de Relacionamento da Federação das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal - Fenae. Foi professora no curso de graduação e pós-graduação nas disciplinas de Gestão Empreendedora, Gestão de Serviços Públicos, Direito Administrativo e Fundamentos de Marketing. Especializada em Gestão de Projetos Complexos por Harvard Business School e em estratégia e política pela Escola Superior de Guerra – ESG, Brasília-DF.

quando retira do cidadão a saúde, a educação, a infraestrutura, a segurança pública e mata também pela desilusão. A corrupção é o abuso do poder confiado para ganhos privados. A corrupção fere os Direitos Humanos e o conceito de uma sociedade baseada na igualdade de direitos.

Se para atingir seus objetivos, um empresário estiver disposto a tudo, nem mesmo as ferramentas de combate à corrupção poderão detê-lo. A função de compliance tem como objetivo assegurar a aderência da organização às leis, aos normativos, às políticas internas e às melhores práticas do mercado. Tudo isso, alinhado aos objetivos estratégicos da organização. Segundo Rizzo², o compliance se faz presente junto à alta administração da instituição e atua como conselheiro e protetor da unidade de princípios e valores que fazem parte da cultura organizacional e da identidade corporativa. Vale ressaltar que nem sempre o que é legal juridicamente, também o é quando se trata de ética e boas práticas.

Independentemente do tamanho da empresa, as decisões empresariais que envolvem tais características de práticas não desejáveis afetam diretamente o desenvolvimento e potencial econômico da sociedade. Num ambiente onde as negociações acontecem de forma ilícita, suspeita ou para prejuízo do erário público, não há incentivo à competição nem para que haja investimento em capacitação de pessoas, pois há outra forma de se obter contratos vantajosos. Para Rizzo, a corrupção desempenha um papel significativo nos fluxos de recursos de origem ilícita e representa uma limitação ao desenvolvimento econômico, uma vez que desvia recursos financeiros do orçamento nacional para fins provados.

A corrupção é a maior fonte de dinheiro lavado no Brasil, entretanto, sua caracterização é mais ampla, incluindo crimes conexos como suborno, propina, peculato, extorsão, concussão, tráfico de influência, nepotismo, apropriação indébita, utilização de informação privilegiada para fins pessoais, compra e venda de sentenças judiciais ou qualquer outra conduta de desvio de recursos por parte de um funcionário público. Segundo o ranking de 2015, da Transparência Internacional, o

² RIZZO, Maria Balbina Martins De. Prevenção da lavagem de dinheiro nas organizações. 2. Ed. Atual e rev – São Paulo: Trevisan Editora, 2016, p.21.

Brasil estava em septuagésimo sexto lugar entre 167 países, no Índice de Percepção de Corrupção (IPC).

Visto desta forma, parece bem ruim. Porém, ao se tornar signatário da Convenção da OCDE, que entre outros itens, prevê a responsabilização de pessoas jurídicas pela corrupção, o Brasil, se comprometeu a aprovar uma lei anticorrupção. A Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, entrou em janeiro de 2014 e dispõe sobre a responsabilidade de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública. A Lei se aplica a todas as sociedades empresárias e às sociedades simples, independentemente do modelo societário adotado, bem como às fundações, associações de entidades ou pessoas ou sociedades estrangeiras que tenham sede ou filial no Brasil. Trata-se do fim da complacência com as pessoas jurídicas.

A Lei anticorrupção brasileira, assim, como outras estrangeiras, leva em consideração na aplicação de sanções, a existência de programas de integridade, ou seja estruturas de compliance, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, bem como a disponibilidade e divulgação entre os empregados de códigos de ética e conduta de boas práticas.

De outro lado, tanto o mundo capitalista quanto a “coisa” empresarial foram construídos pelo homem, é ele quem toma as decisões. Para Sandel³, “há coisas que o dinheiro não compra, mas, atualmente, não muitas”. Segundo ele, os valores de mercado passaram a governar a nossa vida há quase trinta anos. Sandel afirma que é preciso analisar os limites morais do mercado. Uma sociedade em que tudo está à venda tende a criar mercados corrosivos, onde se corrompe até as crianças. Um exemplo interessante trazido por Sandel são os passes vendidos por grandes parques de diversão para “furar filas”, ou seja, se o cidadão pode pagar mais caro, ele não enfrenta a fila. Pode-se chamar esta ação de “uma pequena corrupção social aceitável”. A partir daí, em que se “produz” a corrupção, ela passa a ser aceitável de forma bastante comum entre as pessoas.

Se o mercado é voraz e não perdoa nem o tempo de espera na fila, o Estado, também não tem conseguido enfrentar um debate público com bom senso sobre o

³ SANDEL. Michael J. O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado. – Rio de Janeiro: José Olympio, 2012., p. 14-19.

que é realmente importante para a sociedade. O vazio moral na política contemporânea, que começou quando os ideais foram banidos do discurso público, abriu caminho para o triunfo do raciocínio mercadológico em quase tudo. Afinal as empresas não estão no mercado para julgar as preferências mercadológicas e sim para atendê-las. Se alguém está disposto a pagar, então, a pergunta seguinte será: *Quanto?*

A Administração Pública e a economia brasileiras sofrem fortes prejuízos advindos tanto dos atos de corrupção como de práticas anticompetitivas realizadas entre as empresas⁴. Nesse contexto, é preciso compreender como as organizações privadas estão se mobilizando para reduzir riscos. Um programa de *compliance*, é uma forma de diminuir os riscos da empresa e seus funcionários cometerem violações da legislação, evitando que posteriormente tanto a empresa quanto seus funcionários sofram penalidades, que vão de multas pesadas à prisão e proibição de contratar com o Poder Público⁵.

A questão que precisa ser respondida é se os programas de compliance implementados nas organizações privadas realmente minimizam os riscos ou se apenas formalizam a corrupção. Neste contexto, o objetivo desse texto é refletir sobre eficácia de um programa de compliance organizacional e a relação da sua existência com a tomada de decisão do ato de corrupção.

2 A CORRUPÇÃO E SEUS NÍVEIS.

A corrupção é, no Brasil, uma das principais fontes de preocupação da população. Inicialmente considerada um problema exclusivo do setor público, a corrupção passou a ser uma preocupação e todas as esferas e níveis, não somente porque é eticamente reprovável, mas porque sua tolerância favorece a violação aos direitos humanos e provoca efeitos maléficos econômicos irreversíveis.⁶ Um dos principais fatores para o aumento do interesse dos economistas e administradores sobre o tema está ligado ao processo de globalização, integração internacional e

⁴ MENDES, Francisco Scherterl & MENDES, Vinícios Marques de Carvalho. *Compliance: concorrência e combate à corrupção*. – São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

⁵ NEVES, Edmo Colnaghi. *Compliance empresarial: o tom a liderança: estrutura de benefícios do programa*. – São Paulo: Trevisan Editora, 2018.

⁶ FURTADO, Lucas Rocha. *Brasil e corrupção: análise de casos*. – Belo Horizonte: Fórum, 2018 p. 33.

regional da cadeia produtiva e, o aumento da participação de nações na cadeia de valor global. Nesse cenário, o desenvolvimento de mecanismos de combate à corrupção passou a ser um aspecto importante para as organizações.

Para Furtado⁷, a ideia de corrupção sempre esteve associada a dois aspectos: o primeiro, a participação do Estado e atuação criminosa dos agentes públicos; e, segundo, sua associação com o Direito Penal, no sentido de que as condutas associadas aos crimes contra a Administração Pública eram reputadas como corruptas. A dificuldade inicial de definir se a corrupção seria exclusivamente pública ou se existiria corrupção privada dificulta a elaboração de um conceito acabado de corrupção. O que se vê é que há três aspectos que permeiam algumas definições: (i) a ideia de desvio da função pública; (ii) a utilização de meios anormais para a intermediação de processos econômicos; e, (iii) o interesse privado em detrimento do interesse público.

A partir desta concepção, a caracterização de ato corrupto pressupõe o conflito de interesses públicos e os interesses privados e a utilização ilícita ou desvio por parte dos agentes públicos, de suas funções em favor dos interesses privados. Paralelamente, as fraudes ocorridas em grandes corporações, o uso de informações privilegiadas em negócios e os desvios financeiros de grandes empresas geraram efeitos negativos na economia do país e até mesmo em perspectiva global. Sendo que, nestes casos não houve qualquer participação efetiva de agentes públicos.

Se uma das razões pelas quais se combate a corrupção é evitar que desvios ou abusos por parte dos agentes que exercem posição de poder resultem em prejuízo para os interesses coletivos, e se esses mesmos interesses podem ser prejudicados em razão de deraudações ocorridas no âmbito privado, a conclusão a que se deve chegar é no sentido de que os instrumentos e os métodos utilizados para o combate à corrupção no setor público devem ser igualmente utilizados para o enfrentamento da questão no âmbito privado (FURTADO, 2018, p.33).

Não se trata de intervencionismo estatal, afirma o autor, mas sim da atuação de mecanismos de autorregulação levados ao extremo como forma de conter a

⁷ FURTADO, Lucas Rocha. Brasil e corrupção: análise de casos. – Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 34.

corrupção privada. Ao examinar a Convenção de Mérida⁸ sobre corrupção verifica-se que os Estados participantes estavam convencidos de que a corrupção deixou de ser um problema local e converteu-se em um fenômeno transnacional, fazendo-se necessária a cooperação internacional para combatê-la.

Para analisar entender a corrupção como um todo e alcançar a sua dimensão, é preciso conhecer as suas características.

Um ato de corrupção importa em abuso de posição. A corrupção, ativa ou passiva, implica transgressão de regras de conduta acerca do exercício de uma função ou cargo. Este aspecto não significa reduzir o âmbito da corrupção ao setor público. Se um diretor de uma empresa fornece informação sigilosa a terceiro em troca de pagamento de suborno, é perfeitamente possível enquadrar o ato como corrupto, não obstante sua atuação não envolva a participação de agentes públicos.

A caracterização de um ato como corrupto, requeer a violação de um dever previsto em um sistema normativo que sirva de referência. Seja qual for a sua área de atuação (política, econômica, pública, privada), é necessário que o ato a ser reputado corrupto seja contraposto ao comportamento que se espera do agente e que implique violação das normas aplicáveis à conduta desse agente. Isso requeer o enquadramento do ato em um tipo penal específico e, sim, que o ato importe em violação do padrão de conduta previsto em norma, ainda que trate de códigos deontológicos de estatura infralegal, e que as sanções nele correspondentes sejam igualmente de natureza moral ou ética (de que seria exemplo uma mera advertência). - Os atos de corrupção estão sempre vinculados à expectativa de obtenção de um benefício “extraposicional”. Não é necessário que a vantagem tenha natureza pecuniária ou econômica. Ela pode consistir em um benefício de natureza política, sexual, profissional etc. De fato, pode ser considerado corrupto o ato praticado na simples expectativa de recebimento de vantagem futura, ainda que essa expectativa não se confirme. É igualmente reputado corrupto o ato ocorrido em situação inversa à anterior,

⁸ Diante da necessidade de um instrumento, independente, completo e vinculante, que abrangesse a prevenção, a criminalização, a cooperação internacional e a recuperação de ativos em matéria de enfrentamento à Corrupção, a Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 55/6 (2000), decidiu estabelecer um Comitê com a tarefa de elaborar uma minuta de Convenção. A Convenção da ONU contra a Corrupção foi assinada em 9 de dezembro de 2003, na cidade de Mérida (México) e por isso, é também conhecida como a Convenção de Mérida. Disponível em < <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-onu>> Acesso em 24 set.2018.

em que ocorra o recebimento do pagamento de suborno para a prática de determinado ato que não venha a ser praticado.

Pode ainda ser apresentada como característica dos atos de corrupção o sigilo. Todos os agentes envolvidos no processo têm interesse que seus negócios permaneçam na penumbra, na escuridão. Eis por que todos os receituários de combate à corrupção defendem como medida efetiva de prevenção à ocorrência de atos corruptos a transparência. Ou seja, quanto mais opaco o regime jurídico, quanto maior a possibilidade de que não se divulgue o ato fraudulento, maior a possibilidade de ele ser praticado (FURTADO, 2018, p.47).

Para Furtado⁹, estas características permitem identificar, em vários níveis, a prática da corrupção. Vale ressaltar a múltipla capacidade de manifestação da corrupção afetando vários segmentos (financiamento político, o comércio, as relações internacionais, todos os níveis de atividade administrativa, a atividade judicial, além da corrupção privada).

No Brasil, a prática de desvio das normas legais para alcançar o fim desejado, elevou-se tanto que virou parte da cultura nacional. Chamado de “jeito” brasileiro, segundo Rosenn¹², essa conduta, em muitas instâncias se tornou a regra. O “jeito” é definido como uma “engenhosa operação que torna o impossível, possível. O injusto, justo; e o ilegal, legal”. Trata-se de um genuíno processo de resolver dificuldades, independentemente de leis, códigos ou normas. Claro que o “jeitinho brasileiro” pode ser usado na melhor das intenções, no dia a dia do cidadão comum. Entretanto o “jeito” objeto de deste estudo é aquele contempla comportamentos a seguir: (i) o servidor público que deixa de cumprir seu dever legal em troca de vantagens pecuniárias ou promoções funcionais; (ii) o particular que emprega subterfúgio para frustrar a prestação de uma obrigação legal; (iii) o funcionário público que cumpre suas funções com celeridade somente mediante vantagens; (iv) o particular que burla uma lei irrealista, injusta ou economicamente ineficiente; (v) o servidor público que foge do cumprimento de seu dever legal em razão de sua convicção de que a lei é irrealista, injusta ou economicamente ineficiente. Os dois primeiros itens englobam comportamentos que se encaixam dentro do conceito tradicional de corrupção. O terceiro item também poderia ser taxado de corrupção,

⁹ FURTADO, Lucas Rocha. Brasil e corrupção: análise de casos. – Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 48. ¹² ROSENN, Keith S. O jeito na cultura jurídica brasileira. – Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.13.

mas não é considerado moralmente tão ofensivo. Os dois últimos são aqueles onde se pode considerar plausível analisar se o interesse público seria melhor servido se as obrigações legais fossem burladas. O fato é que o jeito está totalmente entrelaçado com a corrupção.

3 COMBATENDO A CORRUPÇÃO

Os Estados Unidos foram pioneiros na luta contra a lavagem de dinheiro, que remonta ao início do século XX, quando as primeiras formas de organizações criminosas surgiram, em especial, as máfias. Entretanto, foi na Itália, em 1978, que foi dado o primeiro passo para a tipificação legal deste crime. Já em 1986 foi editada a Lei de Controle de Lavagem de Dinheiro (Money Laundering Control Act). A partir daí outras leis foram publicadas seguidamente. E, após o ataque às Torres Gêmeas, nos Estados Unidos, a atuação que se concentrava na lavagem de dinheiro, segundo Rizzo¹⁰, “estendeu-se fortemente ao combate do financiamento do terrorismo”. Surgiu assim, uma lei que visava obstruir e interceptar o terrorismo (USA Patriot Act). Tal lei foi criticada por restringir direitos garantidos constitucionalmente, expandindo o poder do Estado, sem a intervenção do poder judiciário, sob alegação de combate ao terrorismo. Esta lei foi substituída em 2015, Freedom Act, que embora tivesse disposições da lei anterior, protegia mais os direitos civis e individuais.

Vale recapitular que também as Convenções impulsionaram a criação das leis que tratam da corrupção. A Convenção de Viena, de 1988, contra o tráfico ilícito de entorpecentes, foi um marco importante no combate à lavagem de dinheiro no mundo. Trinta e dois países assinaram acordo de comprometimento para criminalizar a lavagem de dinheiro. A Convenção de Estrasburgo, em 1993, tratou da lavagem de dinheiro, busca, apreensão e confisco de produtos do crime. A Convenção Interamericana contra a Corrupção aconteceu em 1996, em Caracas, na Venezuela, e foi o primeiro instrumento de combate à corrupção que tatou de medidas preventivas e punitivas. A Convenção de Palermo, na Itália, em 2000 foi o principal instrumento de combate ao crime organizado transnacional. A Convenção

¹⁰ RIZZO, Maria Balbina Martins De. Prevenção da lavagem de dinheiro nas organizações. 2. Ed. Atual e rev – São Paulo: Trevisan Editora, 2016, p.106.

da OCDE tratou do combate da corrupção de funcionários públicos e estrangeiros em transações comerciais internacionais. A Convenção de Mérida, Conveção da Nações Unidas contra a

Corrupção, no Mpxico, em 2003 definiu os procedimentos para prevenção e detecção de transferências de ativos oriundos de atos ilícitos, medias para reparação e métodos de cooperação internacional.

No cenário atual, o Brasil tem se empenhado na elaboração de leis, normas e procedimentos de combate à corrupção. Daí para a implantação de programas de prevenção e combate à corrupção dentro das organizações foi um passo rápido, uma vez que o mercado precisa responder rapidamente ao novo cenário. Surgiram vários instrumentos para disseminar a ética corporativa tais como: códigos de étic e manuais de boas práticas e compliance.

4 O PROGRAMA DE COMPLIANCE NA ORGANIZAÇÕES.

Por que implementar um programa de compliance? Segundo Neves¹¹, existem bons motivos. O primeiro deles é a diminuição de riscos para a empresa e para os funcionários. O segundo é a “possibilidade de redução de penalidades caso a empresa venha a cometer alguma violação e sofra condenação”. O terceiro motivo diz respeito aos administradores, diretores, gerentes, conselheiros e toda a liderança, uma vez que a Lei diz que o administrador deve conduzir o negócio com probidade. Assim, o administrador que decide pela implementação de um programa de integridade efetivo, está garantindo a sua atitude de prevenir que a empresa e seus funcionário cometam algum tipo de violação da legislação. Outro motivo, é justamente a garantia de redução de perdas decorrentes de processos de compra inadequados ou superfaturados. Talvez um dos motivos mais relevantes para o mercado, seja a questão da reputação. Uma empresa que tem um programma de integridade efetivo, segundo Neves, atrairá mais e melhores propostas; além disso, a boaq reputação atrairá para o quadro da empresa profissionais de talentosos e que estão alinhados com a ética e a cultura de compliance. Por fim, muitas instituições financeiras exigem que empresa que solicitam empréstimos tenham um termo de

¹¹ NEVES, Edmo Colnagui. Compliance empresarial: o tom da liderança: estrutura e benefícios do programa. – São Paulo: Trevisan Editora, 2018, p.23-25.

compliance. A empresa é mais bem avaliada. Há também o orgulho de se trabalhar numa empresa que tenha integridade e honestidade como princípios norteadores. O que antes nem se cogitava em colocar nos valores empresariais porque eram inerentes à atividade empresarial, hoje precisa estar explícito.

Os programas de compliance, em geral, nascem essencialmente de uma decisão da liderança da empresa e são inseridos na governança corporativa organizacional. O compliance “é um conjunto de práticas administrativas que objetivam assegurar a adesão da empresa à legislação em geral, a um código de conduta, políticas e princípios”. Não se trata apenas de medida preventiva, mas também de apuração e aplicação de sanções à eventuais violações. Para Neves¹², compliance implica em prevenir, detectar e responder.

O tom da liderança, representa um elemento fundamental para o sucesso de um programa de compliance que pretenda ser efetivo, especificado em legislação. A liderança pelo exemplo é fator comum em compliance. O grau de comprometimento da liderança da empresa com os princípios e implementação, desenvolvimento e manutenção da ética nos negócios é o termômetro para avaliar o possível sucesso ou o provável desmoronamento do programa.

Na rotina dos negócios, nas práticas administrativas, nas reuniões gerenciais, na assinatura dos contratos, enfim, em todas as atividades da empresa, deve estar presente o respeito à legislação e a princípios éticos e morais estabelecidos, e isso deve partir da liderança. Se isso não ocorrer, todas as demais iniciativas do programa de compliance ou integridade serão inúteis, uma vez que cedo ou tarde vão desmoronar (NEVES, EDMO COLNAGUI, 2018, p.30).

Para a criação de um programa de compliance, o mapeamento dos riscos é fator Crítico. Os riscos podem ser operacionais e não operacionais. Os operacionais estão diretamente ligados à produção de bens e serviços que a empresa oferece. Os não operacionais, são aqueles ligados, ao mercado, riscos legais, riscos financeiros, riscos estratégicos e de compliance, entre outros. .de sucesso.

No início da década de 90 muitas empresas criaram códigos de ética, conduta ou políticas internas com o objetivo de servir de guia para quaisquer

¹² NEVES, Edmo Colnagui. Compliance empresarial: o tom da liderança: estrutura e benefícios do programa. – São Paulo: Trevisan Editora, 2018, p.29.

questionamentos existisse em termos de compliance, além de definir princípios e valores morais que nem sempre estavam na legislação, mas que se queria normatizar. Existem códigos de conduta específicos para cada tipo de empresa, que serão elaborados de acordo com os riscos identificados pela organização. Hoje, tais códigos também fazem parte de um programa de compliance, não sendo a punica ferramenta. Um fator fundamental para, segundo os especialistas, o sucesso do compliance é a comunicação do mesmo, que deve ser reiterada, além de utilizar vários meios de comunicação. Também o treinamento representa parte essencial de um programa de compliance efetivo. Para Neves, todo e qualquer programa de compliance completo e efetivo deve possuir um canal de denúncias. É ainda recomendável que sejam permitidas denúncias anônimas, mesmo com o risco de denúncias falsas. É o investigador que deve separar o que é real do que é falso. O programa eficaz de compliance prevê um sistema de controle e auditorias.

Embora um programa de compliance contenha diversas ferramentas, como o código de conduta, não é ele a sua pedra fundamental, e sim o papel da liderança. Desta forma, entra em cena a Governança Corporativa, que estabelece os princípios de como fazer a gestão da empresa e buscar a otimização dos resultados. Estes princípios revelam o conhecimento do que sejam as boas práticas, repelindo as práticas ruins para longe da organização. Para Neves, compliance é um capítulo de governança corporativa, entretanto, vai além da administração de associações e sociedades.

As políticas de compliance e os procedimentos internos dão suporte à governança corporativa. Já a governança corporativa tem como foco a razão de ser da sociedade, ou seja, a sua sustentabilidade financeira. Mas se o objetivo de compliance era estabelecer ética e moral nos negócios, haveria uma certa tensão com a prosperidade da sociedade? Para Neves, sim, pois lucro e ética convivem até certo ponto. Eventualmente, vão indicar caminhos diferentes em determinadas situações limites. E é justamente nestas situações que a força do programa de compliance e da liderança são medidas.

Procedimentos que evitam decisões monocráticas, aparentemente são menos frágeis diante da corrupção. Assim como o uso de ferramentas de compliance pode

mitigar o risco de ações ilegais. Mas de toda forma, ainda há o ser humano, que mediante o risco, a necessidade e a situação, pode burlar o programa de compliance.

5 AS ORGANIZAÇÕES, O MERCADO E A AÇÃO HUMANA

As organizações privadas, em busca de maior eficácia e lucratividade, aproveitam a diminuição de barreiras de competição, advinda da atenuação de regulamentações e da globalização dos mercados. Elas utilizam suas vantagens operacionais, de poder econômico e de conhecimento nas suas negociações, seja em contratos nacionais ou transnacionais. A teoria da vantagem competitiva, de Porter, é também aplicada às nações e a busca pela competitividade torna-se um dos principais desafios para o Estado e para as empresas oriundas dos mesmos.

A competitividade de um país depende da capacidade de inovação e melhoria de suas indústrias. Num mundo de competição global crescente, os países se tornaram mais, e não menos, importantes. A vantagem competitiva é gerada e sustentada por um processo altamente localizado. E aí, entram as decisões de agentes públicos e privados que tornam uma indústria mais, ou menos competitiva. Parece que a ideia de “organização competitiva” está clara, mas a de um “país competitivo” ainda é obscura. Ao identificar o que pode ser considerado um país competitivo, e independente de todas as teorias (macroeconomia, abundância de recursos, políticas governamentais e gerência) conclui-se que o único conceito significativo de competitividade no nível nacional é a produtividade. O principal objetivo de um país deveria ser proporcionar padrão de vida elevado e crescente para os cidadãos¹³.

A prosperidade nacional não é algo herdado, mas, sim, o produto do esforço criativo humano. Não é privilégio que emana dos dotes naturais de um país, de sua força de trabalho, das taxas de juros ou do valor da moeda, como insistem os economistas clássicos (PORTER, 2009, p.171).

Mas tudo isso contraria a teoria da corrupção, de que ao entender que é possível corromper alguém para obter alguma vantagem para a organização privada, já não há grande interesse em tornar a empresa mais competitiva, prejudicando por consequência, o Estado - nação que precisa ser competitivo.

¹³ PORTER, Michael. Competição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.176.

De forma geral, as empresas privadas conquistam vantagem competitiva e uma posição de liderança internacional por meio da inovação, com novas tecnologias e novas formas de fazer as coisas. Isso pode ser exemplificado por: um novo desenho do produto, um novo processo de produção, novos canais de distribuição ou comunicação e até mesmo novas ferramentas para capacitação de profissionais. Nos mercados internacionais, as inovações que proporcionam vantagens antecipam as necessidades domésticas e externas. Inovadores em geral são observadores externos de outros setores e de outros países. A inovação é resultado do esforço incomum, e quase sempre exige pressão, necessidade e até mesmo dificuldades, uma vez que o medo da perda e mercado é quase sempre maior do que a esperança do ganho¹⁴.

Quando se analisa a questão das decisões gerenciais, retoma-se a ideia de que não foi à toa que tanto economistas quanto juristas, tenham abordado as questões da filosofia moral em sua argumentação, o que na última década, num cenário econômico globalizado, retornou de forma intensa. A economia, que havia passado por um longo período de cientificidade isolada, o que também aconteceu no direito, retorna na sua busca por uma explicação do comportamento humano baseado nos valores. Para Kelsen coexistem os dois tipos de ordens sociais¹⁵, a primeira onde é possível induzir o outro a uma conduta desejada apenas solicitando que ele assim o faça e esperando que ele, “por respeito e amor ao solicitante”, o atenda; e, uma segunda onde há um método bem distinto de se alcançar o comportamento humano desejado, através da ameaça de uma autoridade pelo não cumprimento do solicitado e ainda pelo mal que lhe será imputado legalmente.

Von Mises¹⁶ ressalta o quanto os filósofos ficaram perplexos ao descobrir que a sociedade ideal, de bons princípios e cidadãos virtuosos, não retratava exatamente o mundo real em que vive a humanidade. Então, existe outro aspecto, “diferente do bem ou do mal, do justo ou injusto, segundo o qual a ação humana pode ser considerada”. Quando todos os valores humanos são oferecidos para opção, todos os fins e todos os meios, o certo e o errado, o material ou o ideal, enfim, quando tudo é

¹⁴ PORTER, Michael. *Competição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.179.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Princípios do Direito Internacional*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p.30.

¹⁶ VON MISES, Ludwig. *Ação Humana*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p.22.

submetido a uma decisão que rejeita um e escolhe o outro, o campo da economia e seus problemas se inserem numa ciência mais ampla, da qual não podem ser separados. Para Von Mises¹⁷, a “ação é a vontade posta em funcionamento, transformada em força motriz; é procurar alcançar fins e objetivos” e, quando o homem toma tal decisão procura reduzir algum tipo de desconforto. A sociedade é divisão de trabalho e combinação de esforços individuais e, ainda assim, o traço característico da sociedade humana a cooperação propositada, a sociedade é fruto da ação humana, que apresenta um esforço consciente para a realização dos fins, mas aquilo que o indivíduo sacrifica ao escolher um lado ou outro, em favor da sociedade, é amplamente compensado por vantagens ainda maiores. Sempre haverão indivíduos ou grupos que não conseguirão perceber os benefícios da cooperação social, assim como aqueles de “vontade fraca” que não resistirão à tentação de obter uma “vantagem efêmera através de ações prejudiciais à sociedade.

A cooperação em todos os níveis para o bem maior da sociedade seria de fato, o mundo ideal, não fosse a natureza humana. A ciência já deixou claro que a natureza é limitada e por isso, o homem deve controlar sua imprudência para que não seja abalado pela fome, mas ele é tinoso, e em geral, prefere “ver para crer”. É da natureza humana. Analisando os estudos de Darwin, é possível concluir que na natureza, não há nada que se possa chamar de respeito pela vida ou bem-estar do outro. A única existência permanente na natureza é a “luta e o implacável aniquilamento dos fracos, que não conseguem se defender”.

Para Sandel,¹⁸ “a vida em sociedades democráticas é cheia de divergências, entre o certo e o errado, entre justiça e injustiça”. Nesse contexto, a reflexão moral torna-se uma busca coletiva, na qual são necessários representantes e interlocutores. Em seus muitos exemplos Sandel ilustra duas abordagens de justiça: uma que diz que a moral de uma ação depende das consequências que ela traz nesse caso a coisa certa a fazer seria aquilo que produz os melhores resultados; e, outra que diz que as consequências não são tudo o que deve preocupar, moralmente falando, certos

¹⁷ VON MISES, Ludwig. Ação Humana. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p.35.

¹⁸ SANDEL, Michael J. Justiça: o que é fazer a coisa certa. Riode de janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p.36.

direitos e deveres devem ser observados independente das consequências sociais da ação.

Aparentemente, a corrupção está diretamente ligada a uma questão de cálculo de

benefícios. Sandel¹⁹ acredita que existem coisas que não estão à venda monetariamente, mas que podem ser adquiridas com outros sacrifícios além do dinheiro. Von Mises⁴¹ afirma que “aquele que pretende preparar-se para grandes realizações terá de empregar muitos meios, inclusive o dinheiro. Mas é necessário investir em honra, virtude e glória também, elementos os quais, teoricamente, não poderiam ser avaliados de forma alguma em moeda”.

6 CONCLUSÃO

Apesar da evolução da legislação de combate à corrupção e à expansão do compliance e da promoção de novas iniciativas no setor público e privado, o cenário da corrupção ainda é desanimador. De um lado, com índice de mortalidade altíssimo o empreendedorismo brasileiro vive num ambiente hostil, o que não é nada bom para a sociedade. De outro, o ser humano ainda busca primeiro a sua necessidade, ou seja, o interesse público ou da ética fica quase sempre em segundo lugar.

As técnicas de compliance podem promover uma redução do risco de atos ilícitos dentro da administração pública e privada, mas seria preciso uma pesquisa de campo, com pelo menos dois públicos diferentes - as empresas e as pessoas que praticam os atos ilícitos, para validar se o seu uso diminui ou não o risco e efetivamente a corrupção. A eliminação completa de violação às regras, à ética e à moral, mediante o perfil do ser humano, é uma utopia. Ainda mais numa sociedade acostumada com práticas ilícitas e hábitos de burlar a lei.

E para este último, não há discriminação de classes.

¹⁹ SANDEL, Michael J. Jusiça: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p.99. ⁴¹ VON MISES, Ludwig. Ação Humana. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p.266.

Dentro das empresas, trata-se de um trabalho de médio e longo prazo, não somente da implantação do programa, mas da sua manutenção e adesão. Trabalho que nem sempre a liderança está comprometida a fazer.

Desta forma, acredita-se que ainda não é possível comprovar a eficácia dos programas de compliance como redutor de corrupção. Eles podem afastar a ação humana de corrupção, mas não quer dizer que ela não vá migrar para outro ambiente. A corrupção, assim como a água, busca novos caminhos diante dos obstáculos. Os programas de compliance são como recomendações médicas ou remédios para uma doença. O que a sociedade precisa é de pessoas honestas e não sabemos se as teremos em uma, duas ou três gerações, especialmente quando a educação não ajuda.

REFERÊNCIAS

- FURTADO, Lucas Rocha. O Brasil e a corrupção: análise de casos. – Belo Horizonte: Bookman, 2012.
- HAQUE, Umair. Novo Manifesto Capitalista: como construir a empresa do século 21. Porto Alegre: Bookman, 2012.
- KELSEN, HANS. Princípios do direito internacional. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.
- MENDES, Francisco Scherterl & MENDES, Vinícios Marques de Carvalho. Compliance: concorrência e combate à corrupção. – São Paulo: Trevisan Editora, 2017.
- NEVES, Edmo Colnaghi. Compliance empresarial: o tom a liderança: estrutura de benefícios do programa. – São Paulo: Trevisan Editora, 2018.
- PAULA, Marco Aurélio Borges & CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Cap 1. Efeitos da corrupção para o desenvolvimento. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- PORTER, Michael. Competição - ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- ROSENN, Keith S. O jeito na cultura jurídica brasileira. – Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.13.
- RIZZO, Maria Balbina Martins De. Prevenção da lavagem de dinheiro nas organizações. 2. Ed. atual e rev – São Paulo: Trevisan Editora, 2016

SANDEL, Michael J. Jusiça: o que é fazer a coisa certa. Riode de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANDEL, Michael J. O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado. – Rio de Janeiro: José Olympio, 2012

VON MISES, Ludwig. Ação Humana. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

DISREGARD OF LEGAL PERSONALITY INCIDENT

Carlos Eduardo Raulino¹

RESUMO

Esse artigo almeja avaliar, sem exaurir o tema, o incidente da descon sideração da personalidade jurídica e como ele é tratado na legislação brasileira e na jurisprudência, abarcando os diferentes campos de aproveitamento em certas áreas do direito.

Palavras-chaves: Pessoa jurídica. Responsabilidade. *Disregard Doctrine*.

1 INTRODUÇÃO

Existem regras que conduzem o Direito Empresarial tanto na Carta Magna quanto nas leis infraconstitucionais que balizam seu alcance, uma vez que estabelecem a mais completa e apropriada metodologia para resolver satisfatoriamente as diferentes situações que dizem respeito ao direito dos diferentes tipos de sociedades.

Após serem analisadas as condições legais, já é possível ser criada a pessoa jurídica, ou seja, outra com uma personalidade jurídica diferente daquelas de seus componentes, tornando-se sujeito de direitos e obrigações e com patrimônio livre para a ampliação de atividades e abrangência de objetivos específicos e lícitos.

¹ Aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. Advogado.

O conceito de sociedade empresária se esclarece no momento em que uma pessoa jurídica é estabelecida com o objetivo precípua de praticar atividade com organização, componente social determinado a fim de produzir ou promover a circulação de bens ou serviços e com a expectativa de lucro.

No entanto, por vezes, ocorrem situações em que a finalidade da pessoa jurídica é alterada, sendo que suas partes a utilizam com a intenção de ocasionar sua riqueza pessoal, em detrimento de interesses de algures, influenciando em proveito próprio a autonomia para obter vantagens espúrias, diferentemente do objetivo a que se dispôs por ocasião de seu contrato social.

Deste modo, para impedir certas fraudes e abusos de direito pelas pessoas dos sócios usando a pessoa jurídica, e ainda de resguardar os direitos de terceiros, o legislador no CC (2002) implantou, no bojo do art. 50, a cautela da desconsideração da personalidade jurídica, que versa pelo banimento da liberdade do patrimônio da sociedade, tornando censurável limitar a responsabilidade dos sócios, para se descobrir os responsáveis pelo desvio de finalidade, transgressões à lei e ao contrato ou estatuto social e estes possam responder pelos débitos com seu patrimônio pessoal.

2 DA PESSOA JURÍDICA

Sob o prisma kelseniano é a “pessoa” uma edificação da ciência do direito que, com esse acordo, aparta o dualismo: direito objetivo e direito subjetivo, uma vez que a pessoa ou sujeito de direitos vem a se estabelecer como sendo a própria integração das regras jurídicas que lhe conferem deveres e lhe aferem direitos. [1].

Já para o que se chama de doutrina tradicional crê ser a pessoa aquele que é sujeito de uma obrigação jurídica, de uma ambição ou titularidade, que passa a representar o poder de validar, por meio de uma ação, o descumprimento do dever legal, ou melhor, o detentor da possibilidade de interferir no momento da prolação da sentença [2].

É notório que a pessoa, seja ela natural ou jurídica possui uma personalidade, reveladora da capacidade de contrair direitos e adquirir obrigações, isto é, entrar como parte de relações jurídicas. É a capacidade que restringe ou mede essa

habilidade. Ela pode ser de direito ou de fato. Capacidade de direito, então, possui igual significado do conceito de personalidade. Nesse sentido, todo indivíduo é detentor de direitos e deveres; significa dizer que, todos a têm e não podem dela ser privados, de acordo com o que reza o art. 1.º do CC/2002. Em contrapartida, a capacidade de fato é a competência para gozar de seus direitos e desempenhar seus necessitates, ou seja, a prática plena dos atos da vida civil. Em todas as relações da lei continuamente haverá quem seja sujeito de direito e de obrigações.

Uma união de pessoas naturais ou de patrimônios, cujo objetivo seria o de obter determinados fins é a definição dada pelo autor em tela [3]. Já para outro autor [4], “a personalidade jurídica é moldada pelo direito positivo; trata-se do papel dado a cada homem para que venha representar na vida jurídica; é um encargo que o homem recebe para agir nos quadros do direito”. E, no magistério de [5], as pessoas jurídicas “são entidades a que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na vida jurídica, com personalidade diversa daquela dos indivíduos que as compõe, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil”.

Assim sendo, à pessoa jurídica pode ser atribuída uma definição prática como sendo o agrupamento de indivíduos organizados para a concretização de vários fins, que podem ser privados ou públicos, e “fazem jus ao reconhecimento de atributos intrínsecos à sua essencialidade, como, os direitos ao nome, à marca, ao símbolo e à honra. Nasceram com o registro da pessoa jurídica, subsistem enquanto em atuação e terminam com a baixa do registro, respeitada a prevalência de certos efeitos posteriores, a exemplo do que ocorre com as pessoas físicas” [6]

No que se refere aos direitos de personalidade da pessoa jurídica, é de bom alvívrio mencionar o direito ao nome, presente no art. 5.º, inciso XXIX da CF/88 e no art. 33 da Lei de Registros Públicos de Empresas Mercantis e Atividades Afins (Lei Federal 8934/94)[1]. Sabe-se que, o nome da pessoa jurídica unifica a personalidade da pessoa jurídica, uma vez que é elemento identificador e de destaque da sociedade, assegurado o seu uso exclusivo, no Estado em que for patentado e averbado, podendo ainda ter extensão em nível nacional, conforme reza o art. 1166, § único do CC/2002. Não só resguarda o direito de concorrência, mas também os direitos e os interesses dos consumidores, quando adota nome diverso do

patenteado, os parceiros comerciais, evitando serem iludidos, embaraçando um empresário ou sociedade empresária com outro. [7]

O direito ao título do estabelecimento (nome empresarial ou nome fantasia) que representa o título do estabelecimento por meio do qual se estabelece. [7] Ou ainda a identidade da empresa no local em que se firma, sendo tratada pela Lei de Propriedade Industrial em seu art. 209.

A marca também representa outra forma de identificação e personalização da pessoa jurídica, dos produtos ou dos serviços que comercializa e se correlaciona com o nome ou com o título de estabelecimento perante a sociedade. Encontram-se na mesma lei acima mencionada nos art. de 122 a 182.

Outro dos mais importantes direitos da personalidade é o direito à imagem, já que demonstra a aceitação ou não da pessoa jurídica pelos fornecedores, consumistas e que pode ser fator para se ampliar parcerias comerciais, funcionando como um fator de credibilidade.

Estão também incluídos na lista dos direitos de personalidade, os direitos à intimidade, ao segredo ou sigilo comercial e industrial, que não podem ser desrespeitados por dar margem à responsabilidade civil e à represália pelos danos morais e materiais advindos da ilicitude dos atos praticados, pois também tais direitos estabelecem o destaque da pessoa jurídica, os níveis de seus produtos ou a realização dos seus serviços. O segredo “abarca a proteção a elementos guardados no recôndito da consciência na defesa de interesses pessoais, documentais profissionais ou comerciais. Deriva da necessidade de respeito a componentes confidenciais da personalidade, sob os prismas da reserva pessoal e negocial” [8]

O direito à liberdade não deixa de ser privilégio da pessoa jurídica em fazer ou não alguma coisa, ou melhor, exercer a sua atividade da forma que for mais de acordo com seus desejos, sem a ingerência do Estado, a não ser nos casos produzidos em lei. Quanto ao direito à reparação por danos morais e materiais por conta do desrespeito aos direitos de personalidade da pessoa jurídica, o STJ, pelas súmulas 37 e 227, acrescentou que a pessoa jurídica pode sofrer agravo moral, e ainda acolheu a acumulação dos pedidos com reparação de danos moral e material por ato ilícito.

Devido à seriedade da pessoa jurídica no alargamento da economia e da sociedade, o Estado determinou seu arcabouço jurídico como unidade ao qual cedeu personalidade e capacidade jurídica para o treino de seus direitos e emprego das obrigações que lhe são atinentes.

2.1 Natureza e requisitos para a composição da pessoa jurídica

Ao se falar sobre a natureza da pessoa jurídica sabe-se que pertence a uma realidade técnica na qual a pretensão designa um ente, que tenha personalidade, seja sujeito de direitos e obrigações adotados pelo Direito. Na concepção de [9] a pessoa jurídica “é uma apreciação que unifica as relações jurídicas entre pessoas e organizações. O aspecto jurídico é contemplativo, imaginado, como incide às entidades jurídicas, por não se poder ver e muito menos tocar a pessoa jurídica”.

Segundo o ordenamento jurídico a pessoa jurídica vive quando registra o ato que a forma no órgão adequado, razão pela qual sua natureza ser de realidade técnica; é um ente que preenchendo suas condições estará formada e sua personalidade instituída neste ato específico.

Três requisitos são as condições para a constituição de uma pessoa jurídica, ou seja, (a) pretensão criativa; (b) cumprimento das disposições legais e (c) objeto lícito. A pretensão criativa é o grupo de sócios que tem a intenção de unificar para permanecer de forma diversa dos seus pares, voltando essa vontade com um escopo comum a ser aossado pelo associação fundada. A aptidão para cumprir direitos e adquirir obrigações na vida civil (personalidade) é alcançada com a formação da pessoa jurídica, respeitando as cominações de lei para a sua instituição. A consignação da vontade deve ser expressa em documento, seja público ou particular, que deverá ser registrado no Cartório de Registros Públicos a fim de a pessoa jurídica adquirir existência legal. Ainda provém da lei a obrigação de alvará para que certas pessoas jurídicas possam ser compostas.

E, enfim, o objeto lícito completa os requisitos para a constituição da pessoa jurídica. Na visão de [10] “A justificativa existencial da pessoa jurídica é a objetivação das finalidades a que visa o propósito de realizar mais eficientemente certos objetivos, a *laicidade* destes é imprescindível à vida do novo ente”. A

constituição deste ente é somente consentida caso as atividades e fins forem legais, correndo o risco de ser eliminada sua personalidade se verificado o chamado desvio de finalidade.

3 DO DIREITO DE EMPRESA

No que tange ao aparecimento do comércio protocolar, sabe-se que os grupos de famílias procuravam por mantimentos para a sobrevivência e tudo aquilo de que precisavam para sobreviver. Por consequência do aumento da população, essa regra não mais se viabilizou, ocasião em que partiram para o escambo dos produtos excessivos ou mesmo de bens que não lhes eram mais necessários. Desse modo, alguns artigos tornaram-se um tipo de moeda de troca.

Com o desenvolvimento dessa política foi preciso criar certos preceitos de comércio e profissionais, criando-se as Corporações de Ofício, que regravam os atos de seus componentes com base nos usos e costumes. Nesse contexto, surgiu o Código Comercial Francês, no ano de 1808 ocasionado pelo desenvolvimento da economia criado pelas práticas comerciais. Com o progresso das ideias libertárias e este distribuiu as relações entre civis e comércio pela prática de certos atos.

No Brasil, tais atos considerados comerciais foram acolhidos pelo Código Comercial, no ano de 1850 e também pelo Regulamento 737/1850, sendo que ambos definiram e exibiram o comerciante e a lista das atividades comerciais.

Para [9], por passar a existir a necessidade de normas mais amplas dessa atividade, a teoria da empresa foi adotada pelo Código Civil Italiano, em 1942, tomando-a uma “atividade econômica exercida de forma organizada que passava a contar com a tutela do direito comercial, abrangendo, inclusive, a atividade rural, a prestação de serviços e a atividade imobiliária”. E, com influência do modelo italiano, o Brasil publicou o CC/2002, alcunhando esse assunto de direito de empresa.

3.1 Princípios Norteadores do Direito Empresarial

Para o estudioso [11], o direito de empresa se baseia em princípios que fazem o papel de cláusula legal nuclear do sistema legislativo. Assim, os princípios

“revelam o conjunto de regras ou preceitos que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando assim a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica”. Trata-se de uma área eficaz e exigente para se desempenhar a atividade empresarial de modo sustentável, palpável e seguro. Importante ressaltar que os constantes progressos e transformações do Direito ocasionam brechas legislativas, que precisam ser resolvidas sem, no entanto, ser necessário esperar pela procrastinada análise da lei sobre o assunto.

É essa a razão de os princípios serem tão importantes para que sirvam para dirimir certas dúvidas ou as brechas encontradas, notadamente, no que respeita à superação da liberdade patrimonial da pessoa jurídica, sendo esse um dos princípios fundamentais do Direito Empresarial.

São, na verdade, em número de quinze os princípios, no entanto, nesta esteira serão tratados os mais destacáveis como a livre iniciativa, a livre concorrência, a livre contratação e negociação[8], a função social da empresa, a autonomia patrimonial. O da livre iniciativa que nada mais é que a liberdade de qualquer pessoa colocar para si uma atividade econômica que esteja conforme as regras da ordem econômica. A livre concorrência[9] que vem a ser o direito de as empresas instituírem e empregarem estruturas que ajustem ao consumidor a chance de avaliar o seu produto e torná-lo um cliente fiel, admitindo a conquista dessa pelo mercado em que atua. Vale dizer, entretanto, que tal permissão não deve ser empregada para refrear mercados, suprimir a concorrência ou majorar livremente seus lucros [12].

Prosseguindo [12], no princípio da liberdade de contratar ou de negociar[10] ninguém será forçado a fazer ou não fazer algo a não ser em virtude de lei; desse modo, a pessoa física ou jurídica tem a liberdade de deliberar o modo como será a realização dos deveres pelos contratantes, conforme o que de melhor for para o desenrolar da empresa e da concreta entrega do bem ou do cumprimento do serviço acordado. Nessa linha de raciocínio, entretanto, ao legislador toca interferir nessa tal liberdade, caso determinadas práticas forem danosas ou contenham abuso, para que possa dar proteção à ordem econômica, definindo modelos a se observarem no exercício de atos ou expressar a sua proibição.

No princípio da função social da empresa, consta que o seu dever de desempenhar suas prestações empresárias para produzir e circular bens ou a prestar serviços não simplesmente para consentir os interesses dos seus titulares, visando ao lucro e distribuindo dividendos aos sócios e aos possíveis acionistas, mas, também, à sociedade, já que sua empresa representa uma forma de cumprir os direitos sociais estabelecidos pelo art. 6.º da CF/88. Além disso, o princípio da preservação da empresa é uma divisão daquela da função social, mas não é considerado uma barreira à extinção das atividades, conforme rezam os art. 974 e 1033 do CC/2001. Até existe o conselho de se manter suas atividades, após a verificação do conflito que tal ato iria provocar para a sociedade, tais como riscos ambientais, desemprego, redução de negócios, interrupção jurídica/a licitude do objeto social, e assim por diante, que poderiam ocasionar sequelas negativas se comparadas com as benfeitorias que existem. Independentemente do impacto social que poderá ser causado, por vezes, o ideal é encerrar as atividades, uma vez que há casos em que as despesas tanto econômicas quanto jurídicas para mantê-la não compensariam o investimento.

Assim sendo, o princípio da autonomia patrimonial aparece no momento da composição da uma pessoa jurídica. É de grande importância para este artigo já que é justo ele que deve ser suplantado, quando da aplicação da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. Por este princípio, sabe-se que a pessoa jurídica é portadora de capacidade, personalidade jurídica e patrimônio jurídico individual destacadamente daquele de suas partes, sendo, por isso, titular de direitos e de obrigações. Assim, os sócios ou acionistas, em regra, não respondem pelas obrigações sociais [13].

Nesse diapasão, caso seja devedora a sociedade empresária, será o seu patrimônio que arcará com a indenização das obrigações (art. 391 do CC) e não seus sócios. Exclusivamente em momentos especiais é que a execução do patrimônio pessoal do sócio pode vir a ser determinada a fim de satisfazer o crédito conforme será analisado em outra oportunidade.

3.2 Do Conceito de Empresa e Empresário

O direito de empresa respeita, por sua vez, os princípios da CF da atividade econômica sendo protegido pelo CC. Nessa esteira, convém determinar o que vem a ser empresa. Para [14], o conceito de empresa mostra que esta é econômica e compete ao ordenamento jurídico o exame dos seus elementos e das relações, que podem ocorrer dessa reciprocidade. [15] conceitua empresa na visão econômica:

A produção de bens e serviços para o mercado não é a consequência de atividade acidental ou improvisada, mas sim de atividade especializada e profissional, que se explica através de organismos econômicos permanentes nela predispostos. Estes organismos econômicos que se concretizam da organização dos fatores de produção e que se propõe à satisfação das necessidades alheias e, mais precisamente, das exigências do mercado geral.

Nada obstante, o sentido social de empresa apresentado por [14] é mais prática e compreensiva para se analisar os elementos característicos do direito de empresa na esfera jurídica:

Exercício de uma atividade organizada, destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços, na qual se refletem expressivos interesses coletivos, (...), um produtor impulsionado pela persecução de lucro, é verdade, mas consciente de que constitui uma peça importante no mecanismo da sociedade humana.

Já a concepção de empresário é de que este empreende habitualmente a atividade, lançando mão de atos relacionados e congrega os quatro fatores da produção que são capital, mão de obra, tecnologia e insumos, e dedica-se à produção de bens e serviços com o objetivo de recompensar o capital investido[9].

Assim, o empresário se vale do trabalho de outras pessoas, capitaliza-se com recursos próprios ou de terceiros e com esse capital e trabalho busca um fim produtivo, com intuito de lucro. Sem essa organização a atividade econômica não será considerada profissional e, portanto, não será abrangida pelo direito empresarial.

O ordenamento jurídico brasileiro permite que o empresário possa ser de um único sujeito ou de um grupo de pessoas que formam uma sociedade empresária, rural ou urbana, investindo uma soma suficiente para a obtenção de bens materiais ou imateriais, aparelhando-se de forma adequada com a finalidade de atingir o objeto social. O empresário terá de executar diferentes ações sucessivas, habituais e

distribuídas para promover e circular bens ou prestar serviços, cuja intenção será obter lucro e, em decorrência, o prestígio de sua denominação empresarial e de sua marca diante dos que irão consumi-los e empresas que operam em semelhante atividade.

O empresário individual desempenha sua atividade e obriga-se, de forma direta, a assumir com o seu patrimônio particular; mas a sociedade empresária transforma-se em uma pessoa jurídica, na qual a vivência, personalidade e bens são diferentes dos de seus membros e arca em seu nome pelos empenhos assumidos. Eis a singularidade entre os tipos de empresário.

O legislador, nos arts. 45 e 985 do CC estabeleceu, de modo expresso, que a personalidade jurídica da sociedade empresária é contraída exclusivamente após estar inscrito, no registro competente e respeitante à lei de todos os atos que a instituíram. Aquele que ambiciona praticar a atividade empresária deve se inscrever perante o Registro Público de Empresas Mercantis[12], apresentando os documentos que demonstrem o cumprimento das exigências legais. Com o deferimento do pedido, procede-se ao arquivamento dos atos constitutivos da empresa e declaram-se válidos e eficazes os atos jurídicos a partir desta data.

Para proceder ao encerramento de suas atividades, é importante lembrar que a sociedade empresária deve fazê-lo utilizando-se de um procedimento de dissolução, que possui três fases: dissolução, liquidação e partilha. E em não constando a observação dessas condições é dada aos credores a oportunidade de responsabilizar (i) o ente coletivo mesmo depois de encerrar suas atividades, de forma irregular e fraudulenta, igualmente (ii) os sócios pelo desrespeito à lei.

Em decorrência da personalização mencionada o encargo dos sócios é secundário, ou seja, apenas posteriormente ao esgotamento dos bens sociais, seus bens poderão ser exigidos, ao que se dá o nome de benfeitoria de ordem.

Ensina [15] que não existe responsabilidade solidária entre empresa e seus sócios no direito brasileiro, mas, somente entre os sócios, quando da disputa para integralizar o capital social. No entanto, caso a sociedade esteja irregular o sócio responde ele próprio pelos comprometimentos sociais (art. 990 do Código Civil).

O modo de responder que é permitido aos sócios pode ser de forma limitada ou ilimitada, E são distribuídos em três diferentes critérios de acordo com o tipo de sociedade a que pertencem: “a responsabilidade ilimitada, se todos os sócios replicam as obrigações sociais de forma ilimitada (sociedade em nome coletivo); (b) responsabilidade mista, quando só parte dos sócios responde sem limites (sociedade em comandita simples ou por ações); (c) responsabilidade limitada, na qual todos os sócios respondem limitadamente pelas compromentimentos sociais (sociedade por quotas de responsabilidade limitada e anônima)” [15].

4 DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA

A sociedade empresária, depois de realizado o registro, passa a ter existência, personalidade jurídica e patrimônio jurídico diferente dos bens de seus sócios. A pessoa jurídica é o proprietário de direitos e responde pelas obrigações com o seu próprio patrimônio, por conta do princípio da autonomia patrimonial. No entanto, há casos em que a limitação de responsabilidade dos sócios pelos compromentimentos da sociedade pode ser ignorada, razão pela qual seu patrimônio pessoal empregado para cumprir as obrigações empresariais. É exatamente esse o ponto em que “as sociedades empresárias podem ser utilizadas como instrumento para a realização de fraude contra credores ou mesmo abuso de direito” [15] (COELHO, 2002, p. 31). Trata-se do instituto da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica ou *disregard doctrine*, o qual será feito o estudo dos seus aspectos.

4.1 Conceito

A desconsideração de personalidade jurídica foi conceituada por múltiplos estudiosos do direito como sendo um modo de obstar o desvio de finalidade da pessoa jurídica, perpetrado pelos sócios e/ou executivos, usando-a para o cometimento de atos fraudulentos. Assim, pela narração dos fatos que permitam sua aplicação, levanta-se o véu da corporação e o impedimento pontual da separação patrimonial, devendo aquele responsabilizar-se de modo pessoal pelos resultados advindos dos atos que prejudicaram terceiros. [16]

Na concepção de [7] ensina que:

É uma hipótese excepcional na qual se permite superar a distinção entre a personalidade da pessoa jurídica e a personalidade dos sócios, associados ou administradores. Assim, desconsidera-se a personalidade da pessoa jurídica da companhia para identificar o(s) ato(s) daquele(s) que, usando aquela personalidade de forma ilícita ou fraudatória, determinaram o prejuízo. A partir da desconsideração será possível responsabilizá-los pessoalmente.

Desse modo, eis a conceituação da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica que é um instituto de exceção que só pode ser aposto, quando o fato de manter a personalidade da sociedade empresária se apresentar como um obstáculo para que seja possível aquilatar os praticantes dos atos ilícitos e responsabilizá-los.

4.2 Dos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica

A desconsideração da pessoa jurídica consiste em se ignorar, em caráter excepcional, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, para que seus sócios respondam ilimitadamente pelas obrigações por ela contraídas.

Esse mecanismo já se faz presente em nosso ordenamento desde a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, mormente o art. 28 e seus parágrafos que prevê a possibilidade de o juiz desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, sempre que, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou do contrato social.

A infração à lei decorre da própria negativa do executado em pagar o valor devido, conforme se infere do Título III do código Civil, a partir do art. 304 e seguintes deste diploma legal, onde se vê a obrigação de pagar do devedor e o direito de receber do credor. A Insolvência da executada deve restar patente, de acordo com as diligências que forem efetuadas para encontrar bens do devedor, caso em que os bens dos sócios responderão pela dívida.

Portanto, uma vez executado o devedor e, este não efetuar o pagamento, não oferecer bens à penhora e restando frustrado o credor de todas as tentativas de encontrar bens, estando já em insolvência, estará configurada a infração à possibilidade de despersonalização. Não se pode perder de vista ainda, que o fato de

o devedor não indicar bens à penhora configurará ato atentatório a dignidade da justiça.

Poder-se-ia aqui trazer à baila vários outros artigos de lei que obrigam o devedor ao pagamento, tamanha é a preocupação do legislador de que o crédito seja satisfeito, no entanto, os artigos já ponderados são suficientes para demonstrar os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica.

4.3 Dos requerimentos finais

No momento de se expor os pedidos pertinentes à respectiva ação, é necessário que se examine se todos os requisitos pertinentes estejam plenamente delineados para que constem que seja instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica da executada, nos termos dos artigos 133 e seguintes do NCPC e do art. 28 e parágrafos da Lei 8.884/94 – CDC.

Importante que a empresa e seu titular seja citada via postal para que possa manifestar-se, caso tenha interesse, ao longo de um prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do art. 135 do NCPC;

Sabe-se ainda que, após concluída a fase da instrução, o juiz da causa deferirá a desconsideração da personalidade jurídica da sócia da executada, recaindo a execução sob tantos bens pessoais quanto bastarem para satisfazer o crédito exequendo. E ainda, urge que seja a executada e seus sócios advertidos de que deverão indicar bens que demonstrem que a empresa não está em insolvência ou em processo de falência, sendo esta uma das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica.

4.3.1 Fundamentos Legais Brasileiros

O legislador acolheu a teoria da desconsideração de personalidade da pessoa jurídica em leis específicas, na esfera do direito privado ou público.

4.4 Espécies

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica conta com três espécies que serão descritas conforme segue.

Existe o tipo direto que advém do exercício de ato de má-fé ou violação de direito em que se almeja a alienação da liberdade patrimonial a fim de abranger aquele que cometeu o ato danoso e fora da lei. Em meio a todas as técnicas mais corriqueiras em que sobrevém este instituto decorre do fato de os sócios encerrarem suas atividades irregularmente, tomando o cuidado de não deixar nenhum vestígio para que possa ser localizada e sem impender os comprometimentos.

Existe ainda o tipo indireto que da mesma forma advém do cometimento de fraude ou abuso de direito; no entanto, para o seu uso, é necessário que haja um exame mais detido para que se tenha o condão de fundar as ações de cada agente, e ainda os limites e as consequências dessa responsabilidade privativa, haja vista que o ato inconveniente pode ter se originado na ação de fraudadores exteriores, outras pessoas físicas e jurídicas.

E na sua forma inversa, é aproveitada quando o ardil perpetrado recai na pessoa do próprio sócio, que tenta lançar mão da proteção à autonomia patrimonial da pessoa jurídica e coloca em nome desta os seus bens pessoais com a clara intenção de causar prejuízo a um terceiro, contudo permanece a desfrutar deles como se particulares ainda fossem, tornando impossível que os credores movam uma ação pelas dívidas adquiridas em seu nome. Nesse contexto, a desconsideração tem a meta de culpar a pessoa jurídica pelos comprometimentos dos sócios.

4.5 Aparências Materiais

É necessário analisar esse instituto sob alguns aspectos objetivos e subjetivos. Enquanto se tomar o objetivo, examina-se o prejuízo propriamente dito; ao tempo em que, ao se analisar pelo aspecto subjetivo, a meta é a forma de agir do agente, com qual finalidade praticou o ato, tomando por base os fundamentos caracterizadores do desvio de finalidade[22] da pessoa jurídica, que está intimamente relacionada à fraude aos credores ou ao abuso de direito.

No decorrer das relações estabelecidas nessas ligações comerciais, é de se esperar que, as partes que contrataram atuem com lisura (objetiva). Se for o devedor, que este não dilapide seu patrimônio para que seja possível honrar a obrigação contraída que, em muitas ocasiões, deixam de exigir garantia real ou específica. A fraude a credores ocorre quando o devedor resolve se desfazer, imprópria e ilicitamente, do patrimônio, que seria a única segurança para que o credor pudesse atender o seu crédito.

O autor [9] leciona que a fraude a credores “se caracteriza por meios que iludem a lei por via indireta, sem que isso ocorra de forma ostensiva”, ou seja, são atos que após serem cometidos provocam a inadimplência do devedor. A lei institui os requisitos para a sua caracterização:

(i) anterioridade do crédito é uma condição coerente, uma vez que, por meio dela, pode-se conformar a época em que a dívida foi adquirida; se existem bens para poder satisfazê-la nesta ocasião e, logo, pode-se revelar a abuso do direito de crédito, com a transferência dos bens a ponto de não poder cumprir seu compromisso.

(ii) *eventus damni* demonstra a fraude aos credores, exigindo o feitiço de dano/prejuízo ao merecedor, ou seja, é a prova de que o alheamento, a cessão, o perdão da dívida ou a sub-rogação aquele que definiu a insolvência do devedor.

(iii) *consilium fraudis* é uma condição que decreta a confissão de conspiração entre o devedor e aquele que adquire seus bens, de modo a ocasionar a inadimplência daquele; ressalte-se que a “notoriedade e a ciência da insolvência pelo outro contratante dependem, exclusivamente, do caso concreto, podendo, no entanto, serem traçadas balizas para essa prova, mas nunca de forma inflexível”[23], pois a venda de um bem, em alguns casos, “é o meio procurado pelo devedor para obter fundos com os quais possa manter o seu crédito e desembaraçar-se da má situação que considera passageira” [16].

O abuso de direito confunde-se com um ato autêntico, mas que possui ilegitimidades, ou seja, “é ato contrário ao direito e ocasiona a responsabilidade do agente pelos danos causados” [9]. Para que esta ocorra, deve-se focalizar o desvio de finalidade do direito praticado. O “exercício anormal do direito é abusivo. A

consciência pública reprova o exercício do direito do indivíduo, quando contrário ao destino econômico e social do direito em geral” [19].

A intenção do agente, vista sob o aspecto subjetivo, não deve ser rebatida em sua totalidade, nada obstante, a apreciação de um caso concreto da desconsideração da personalidade jurídica deve se concentrar, sobretudo, nos aspectos objetivos da fraude cometida ou do abuso de direito empreendido. [15]

Dessa maneira, o ato ilícito, seja fraude, abuso de direito ou desvio de finalidade, é conformado e explica a desconsideração no momento em que o encargo da pessoa jurídica é atribuído à pessoa física que na realidade contrariou o princípio da autonomia patrimonial.

4.6 Feitos do processo

Sabe-se que esse instituto da desconsideração da personalidade jurídica não provoca o fim da sociedade empresária, mas determina somente o afastamento preciso do princípio da liberdade patrimonial, sendo que os sócios ou administradores, excepcionalmente, contraponham pelas obrigações da sociedade nos processos em que houver autorização legal.

Assim, a *Disregard Doctrine* tem sua aplicação quando há união da fundamentação material, conforme art. 50 do CC e os outros consectários legais desordenado do fundamento processual (art. 795 do CPC 2015), que fingem ser a licença para tornar responsável o patrimônio dos sócios pelas dívidas da sociedade pelo exercício de abusos.

Para se impetrar o mencionado incidente pode ser necessário requerer ou pelo componente interessado ou pelo Ministério Público e tem aceitação no processo de conhecimento, ao cumprir a sentença e ou mesmo na execução estabelecida por algum título executivo extrajudicial (art. 134 do CPC 2015), com o pedido justificado pela parte interessada na benfeitoria e seu consentimento seja motivado e de acordo os pressupostos legais (art. 134, § 4.º c/ c art. 93, inciso IX da CF).

Da mesma forma, a decisão que concede sua instauração deve ser motivada (art. 93, inciso IX da CF c/c art. 371 do CPC/2015), indicando “aquele ou aqueles

que suportarão os efeitos da obrigação em face da desconsideração da personalidade jurídica, bem como apresentar as razões de fato e de direito que sustentam tal reconhecimento” [7].

O trâmite processual está estabelecido nos artigos 133 a 137 do CPC 2015. A inclusão incidente ao processo pode ser a observância aos princípios da economia processual e o instrumento da existência de formas[24]. Ao fim da fase instrutória, o incidente será assentado por decisão interlocutória. E caso o pedido do requerente seja acolhido, a venda ou o aumento dos preços de bens, tidos em fraude de execução, serão invalidados em relação ao requerente (art. 137 do CPC 2015).

Para finalizar, os óbices existentes ao deferimento da desconsideração da pessoa jurídica, hão de se elucidar que o seu consentimento não fere os limites individuais da coisa julgada. Explica-se. O art. 506 do CPC 2015 estabelece que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. [20].

O fato de a sentença não ser reformada e não se alterar apenas vincula as partes que compuseram a relação jurídica processual. No entanto, há terceiros que podem vir a suportar as consequências da decisão, sendo-lhes reservado o direito de recorrer se lhes for causado quaisquer prejuízos. Este é precisamente o cálculo em que os sócios são culpados pelos constrangimentos sociais por uso impróprio da pessoa jurídica. Não deixa de ser uma responsabilidade patrimonial secundária[25] estabelecida nos art. 790, inciso VII e 795, § 4.º do CPC 2015.

Por fim, assevera [20] que "a obrigação, como dívida, é objeto do direito material. A responsabilidade, como sujeição dos bens do devedor à sanção, que atua pela submissão à expropriação executiva, é uma noção absolutamente processual".

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve o objetivo, sem pretender o esgotamento do tema, corroborar que a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica é um aparelho de coerção para que ocorra a realização de compromentimentos da sociedade empresária. É importante ressaltar, todavia, que a sua gravidade vai além da reparação e satisfação do crédito ou da obrigação acoitada.

Trata-se de um instituto cujo emprego é reduzir os atos fraudulentos e abusos de direito, empreendidos pelos sócios ou administradores de uma sociedade, que manejam essa personalidade da pessoa jurídica em proveito pessoal e, conseqüentemente, prejudicando terceiros.

O princípio balizador do Direito Empresarial atingido pela desconsideração de personalidade jurídica é aquele da liberdade patrimonial, que conseqüentemente afasta o encargo restrito dos sócios, responsabilizando seu patrimônio pessoal, pelas dívidas e obrigações da sociedade.

Resta lembrar que, pelo fato de ser incluída no polo passivo do processo, para se responsabilizar de dívida da sociedade, os sócios poderão ter o direito ao contraditório e à ampla defesa, de modo a evidenciar ao juízo que suas obras não se configuraram como fraude, abuso de direito, desvio de finalidade, ou outro consectário legal.

A mera falta de pagamento da pessoa jurídica, não é de per si, alicerce para se lançar mão do instituto, com o fito de responsabilizar os sócios pelos constrangimentos sociais, muito embora haja certas conjecturas em que este é o exclusivo embasamento empregado, como já se demonstrou.

A *disregard doctrine*, no Brasil, é necessária à demonstração de desvio de finalidade e/ou conflito patrimonial, e mais ainda à inadimplência da sociedade empresária para que se configure a possibilidade de incidência do instituto. Essa teoria se aplica em diferentes relações jurídicas como o direito civil, direito empresarial, direito tributário.

Verificou-se, através da pesquisa realizada nas jurisprudências colacionadas neste trabalho, que a desconsideração de personalidade da pessoa jurídica, em se tratando de medida excepcional, precisa que as partes apresentem os fatos e as provas que possam cumprir os requisitos para o aproveitamento do instituto. E essa se configura como a mais difícil situação que os trabalhadores do direito como os advogados e magistrados: evidenciar as presunções de desvio de finalidade, o abuso de direito ou mesmo a fraude, considerando-se que as intenções do devedor são dificultar a apresentação de provas na maioria dos casos.

REFERÊNCIAS

AMERICANO, JORGE. Da ação pauliana. São Paulo: Saraiva, 1932.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Desconsideração da personalidade jurídica no novo código civil. São Paulo: MP Editora, 2005.

ASSIS, Araken. Comentários ao Código de Processo Civil, v. VI, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Manual da Execução. 11.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916.

BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAMATA, Tiago. A concreção da pessoa jurídica no discurso de Pontes de Miranda: reflexão sobre a metamorfose sujeito-pessoa. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7246>>. Acesso em: 26 fev. 2011.

CANOVAS, Diego Espin. Manual de Derecho Civil Español. Vol. 1.

COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

_____. Curso de direito comercial. vol. 2. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas. 2^a ed. - São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

CUNHA GONÇALVES. Tratado de direito civil. Editora Brasileira.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil. 24.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Código Civil anotado - 11. ed. - São Paulo: Saraiva, 2005. p. 869.

FERRI, Guiseppe. Manuale di Diritto Commerciale. 9. ed. Turim: UTET, 1993.

FILHO, Manoel Justino Bezerra. Nova Lei de Recuperação de Falências Comentada. 3.^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FILHO, Marcelo Fortes Barbosa. Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência. Barueri: Manole, 2007.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos de. Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil. São Paulo: Atlas.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Dicionário Técnico Jurídico. São Paulo: Rideel.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica (aspectos de direito material e processual). Revista Forense, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

HOFFMANN, Daniel Augusto. Responsabilidade tributária. O art. 135 do Código Tributário Nacional e sua real hipótese de incidência. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3288>>. Acesso em: 25 jun. 2011.

HUTTER, Rudolf. Os Princípios Processuais no Juizado Especial Cível. São Paulo, Editora Iglu, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. v. 1. São Paulo: WmF Martins Fontes. 1962,

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 18.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

MAMEDE, Gladston. Manual de Direito Empresarial. 4.^o edição. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Empresa e atuação empresarial. vol. 1. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2007

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: direito das obrigações. 15.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. A execução na Justiça do Trabalho, 3.^a ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral do Direito Civil. Vol.1 Rio de Janeiro: Editora Forense. 22.^a edição, 2009.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 173 edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 47.

_____. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica - Disregard Doctrine. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, v. 410, pp. 12-24, dez 1969.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Parte geral. Vol. 1. 34.^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 86.

ROSSEL E MENTHA. Manuel de Droit Civil Suisse. I, n.º 183. p. 128

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCAVONE JR., Luiz Antônio (coord.). Comentários ao Código Civil – artigo por artigo. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

SILVA, Alexandre, Couto da. Desconsideração da Pessoa Jurídica: Limites para sua Aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 780, 47.^a ed., out/2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23.^a edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

THEODORO Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. Rio de Janeiro: Forense: 2009.

_____. Processo de Execução, 18.^a ed., São Paulo: Leud, 1997

VENOSA, Silvo de Salvo. Direito Civil – Direito Empresarial. Vol. 8. 2.^a edição. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Direito Civil – Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Atlas. 2009.

Notas

[1] Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. v. 1. São Paulo: WmF Martins Fontes, 1962.

[2] CANOVAS, Diego Espin. Manual de Derecho Civil Español. Vol. 1.

[3] CUNHA GONÇALVES. Tratado de direito civil. Editora Brasileira. 2007, p. 229.

[4] ANDRADE FILHO Edmar Oliveira. Desconsideração da personalidade jurídica no novo código civil. São Paulo: MP Editora, 2005, p.44.

- [5] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Parte geral. Vol. 1. 34.^a Ed. S.P.: Saraiva, 2006. p. 86
- [6] BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 6.^a ed. RJ: Forense, 2003.
- [7] MAMEDE, Gladston. Manual de Direito Empresarial. 4.^o ed. S.P: Atlas, 2009, p. 56. 2009, p. 245; 2009. p. 254
- [8] BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 6.^a ed. RJ: Forense, 2003, p. 123.
- [9] VENOSA (2009, p. 155 e 231). (2010, p. 155)
- [10] PEREIRA, 2009, p. 257
- [11] HUTTER, 2004, p. 31
- [12] SALOMÃO FILHO (2010, p. 15).
- [13] COELHO, 2006, p. 14
- [14] REQUIÃO, 2000, p. 47, 62
- [15] COELHO, Fabio Ulhôa, 2006, 2002, p. 28.
- [16] GRINOVER, 2004, p. 5/6
- [17] Art. 4^o Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.
- [18] AMERICANO, 1932, p. 56
- [19] BEVILACQUA 1916. p. 473
- [20] THEODORO JR., 2009, p. 547
- [21] VENOSA (2010, p.).
- [23] Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 225.051-DF, 4.^a T – STJ. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 18/12/2000.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO: CONTRATO DE INVESTIMENTO PARA VIABILIZAÇÃO DO NEGÓCIO EMPRESARIAL

CONSIDERATIONS ON THE COMPANY IN PARTICIPATION ACCOUNT: INVESTMENT AGREEMENT TO ENABLE THE BUSINESS DEAL

Victor Lira Kopp¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo fazer um breve estudo sobre a Sociedade em Conta de Participação (SCP), apresentando seus conceitos, natureza jurídica, principais características, aspectos tributários e considerações sobre os riscos e vantagens desse tipo societário, que funciona como uma boa forma de investimento para viabilizar a atividade empresarial.

Palavras-chave: Direito Societário. Sociedade em Conta de Participação. Contrato de Investimento.

ABSTRACT

The purpose of this article is to make a brief study about the Company in Participation Account (SCP), presenting its concepts, legal nature, main characteristics, tax aspects and considerations about the risks and benefits of this type of company, which functions as a good form to enable business activity.

Keywords: Corporate Law. Company in Participation Account. Investment Agreement.

¹ Pós-graduando em Direito Empresarial e Contratos pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Advogado em Brasília/DF - victor.kopp.adv@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil brasileiro (CC/2002) classifica as Sociedades quanto às que detenham ou não personalidade jurídica, quais sejam: Sociedades Personificadas e Sociedades Não Personificadas, sendo que estas não possuem personalidade jurídica enquanto aquelas já necessitam de tal requisito para sua constituição.

A Sociedade em Conta de Participação (SCP), objeto do presente estudo, é modalidade societária classificada como Sociedade Não Personificada, uma vez que, não detém personalidade jurídica tal como uma sociedade empresarial típica. Está prevista nos artigos 991 a 996 do CC/2002, em vigor. Trata-se, teoricamente, de uma espécie de contrato de investimento desprovido das características típicas de uma sociedade empresária.

Nesse tipo societário, há duas categorias, das quais um ou mais sócios figuram como sócio(s) ostensivo(s), responsável(eis) pelos riscos do negócio, isto é, pelas atividades a serem realizadas no interesse da SCP, seja dos contratos decorrentes, seja da responsabilidade tributária e trabalhista; na outra, um ou mais sócios atuarão como sócio(s) participante(s), também conhecidos como “sócio(s) oculto(s)” ou investidores, os quais, não assumem a responsabilidade dos negócios, mas, investem ativos junto ao sócio ostensivo de forma a viabilizar o negócio deste e, com isso, receberem a proporcional participação dos resultados.

Inicialmente, será apresentado o conceito deste tipo societário, natureza jurídica – divergente na doutrina – desenvolvendo-se o tema por meio de suas principais características, de modo a distinguir a SCP das sociedades empresárias. Adiante, serão feitas breves considerações acerca de seus riscos e vantagens, e por fim, serão apresentados seus aspectos tributários.

2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA SCP

O Código Civil de 2002, em vigor, não traz exatamente o conceito da Sociedade em Conta de Participação ficando a cargo da doutrina assim defini-lo, contudo, a classifica como espécie de Sociedade dentre as “Não Personificadas”, do Subtítulo I, Título II, Livro II.

Luis Felipe Spinelli e João Pedro Scalzilli conceituam a SCP da seguinte forma, *in verbis*:

[...] é uma *sociedade* na qual uma ou mais pessoas fornecem recursos a um empreendedor, que os empregará em determinados negócios, para que, ao final do prazo estipulado ou ao término do empreendimento, repartam os resultados auferidos.²

Muito se discute na doutrina a atribuição do termo “sociedade” à SCP, pois, uma das correntes, majoritária, entende que sua natureza jurídica é de uma sociedade, enquanto a outra entende que é a mesma de um contrato celebrado entre as partes.³ Desta última, em que pese ser a minoritária, comungam nomes de peso: João Eunápio Borges, Tullio Ascarelli, José Edwaldo Tavares Borba, Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Fábio Ulhoa Coelho, entre outros. Quanto à majoritária, acompanham outros grandes juristas: Pontes de Miranda, Carvalho de Mendonça, Carlos Guimarães de Almeida, Rubens Requião, Mauro Brandão Lopes, Arnaldo Wald, Luis Felipe Spinelli, entre outros. Para José Edwaldo Tavares Borba, seguindo a corrente contratual da SCP, *in verbis*:

A conta de participação apresenta elementos de sociedade – conjugação de recursos para uma exploração comum – mas não reúne os pressupostos necessários à sua classificação como tal. Pode-se, então, afirmar que se trata de um contrato de participação.⁴

No mesmo sentido, segundo o magistério de Ricardo Negrão, a SCP não passa de mero contrato de parceria, em que o contratante financiador não assume os riscos ou obrigações perante terceiros e pode exigir do sócio ostensivo o retorno do investimento aplicado no negócio, acrescidos de lucro.⁵

De acordo com Edilson Enedino das Chagas, a Sociedade em Conta de Participação é “Contrato de investimento entre um sócio ostensivo, que administrará

² SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **Sociedade em Conta de Participação**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 30.

³ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa, vol. 1: teoria geral da empresa e direito societário**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 348-349.

⁴ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 3. ed. – Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1997. p. 71.

⁵ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa, vol. 1: teoria geral da empresa e direito societário**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 349.

o empreendimento e responderá perante terceiros em relação ao objeto social, e um sócio participante, investidor, sem poderes de administração”.⁶

Segundo o magistrado, as críticas quanto ao termo “sociedade” são em função da atividade empresarial da SCP ser exercida individualmente, em se tratando do sócio ostensivo, que é empresário, e tendo em vista que o contrato, firmado com sócio oculto, não está sujeito às formalidades prescritas para a formação das outras sociedades empresariais.⁷

Para Fábio Ulhoa Coelho, seria incorreto considerar a SCP como uma espécie de sociedade empresária, por não ser pessoa jurídica, embora maior parte da doutrina conclua em sentido inverso, pois, tratam-na como um contrato de investimento comum, que o legislador impropriamente denominou sociedade.⁸ Para o autor, “São tão peculiares as características da C/P [Conta de Participação], que melhor seria classificá-la como uma espécie de contrato de investimento, chamado pela lei de “sociedade”, e não como um tipo societário.”⁹

3 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA SCP

Historicamente, as características embrionárias da SCP surgiram das Sociedades em Comandita, em meados do Século XIV, desenvolvendo-se mais precisamente durante o período da denominada *commenda*, e depois insurgiu-se como sociedade a partir do Século XVII, cuja origem da Conta de Participação em si teve seu berço na Itália, ainda como direito consuetudinário, disseminando-se na Europa, para a Alemanha e França. Após fazer partes das codificações, passou a integrar o Código prussiano de 1794, Código Comercial francês de 1807, Código Comercial espanhol de 1829, Código Comercial português de 1833, Código

⁶ CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018. p. 737.

⁷ Ibidem. p. 734.

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa**. 18. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 513.

⁹ Idem. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 28. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 148.

Comercial brasileiro de 1850, Código Comercial argentino de 1859-1862, Código Comercial alemão de 1861 e Código Comercial italiano de 1865.¹⁰

O Código Comercial brasileiro de 1850, por influência do direito espanhol e português, definiu a Sociedade em Conta de Participação, nos arts. 325 a 328, trazendo consigo algumas de suas características.¹¹ Nos termos do revogado art. 325, quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reúnem, sem firma social, objetivando obter lucro comum, a partir de operações comerciais determinadas, individualmente em nome de um ou mais pessoas responsáveis pelo empreendimento, essa forma de associação denomina-se Sociedade em Conta de Participação, acidental, momentânea ou anônima, e não está sujeita às formalidades prescritas para a formação de outras sociedades, provando-se por todos os meios de provas admitidos nos contratos comerciais.¹²

No ordenamento jurídico em vigor, o Código Civil de 2002, que revogou o Código Comercial de 1850 (exceto os artigos que se aplicam ao direito marítimo), trouxe a definição e as regras da SCP nos arts. 991 ao 996, cuja primeira disposição legal define que a atividade constitutiva do objeto social na SCP é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, isto é, somente este representa a sociedade perante terceiros e assume as obrigações de todos os negócios jurídicos da Conta de Participação, participando o sócio investidor (participante) tão somente dos resultados correspondentes pelo investimento.¹³

Conforme leciona Fábio Ulhoa Coelho, *in verbis*:

A conta de participação se constitui da seguinte forma: um empreendedor (chamado sócio ostensivo) associa-se a investidores (os sócios participantes), para a exploração de uma atividade econômica. O primeiro realiza todos os

¹⁰ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **Sociedade em Conta de Participação**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 44-47.

¹¹ *Ibidem*. p. 47.

¹² BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. **Código Comercial**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 05 mai. 2019.

¹³ *Idem*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 mai. 2019.

negócios ligados à atividade, em seu próprio nome, respondendo por eles de forma pessoal e ilimitada. Os agentes econômicos que entabulam negociações com o sócio ostensivo não precisam saber, necessariamente, que a atividade em questão é explorada sob a forma de uma conta de participação. Com os participantes, o sócio ostensivo tem contrato, pelo qual aqueles são obrigados a prestar determinadas somas, a serem empregadas na empresa, e são, em contrapartida, credores eventuais, por uma parcela dos resultados desta. Os terceiros, com quem o sócio ostensivo contratou, na exploração da atividade econômica da conta de participação, não têm ação contra os sócios participantes. Estes respondem apenas perante o ostensivo, e nos limites do contrato firmado entre eles.¹⁴

Na doutrina do referido autor, a “sociedade em conta de participação (CC, arts. 991 a 996) possui características excepcionalmente próprias, no cenário das sociedades do direito brasileiro, seja por sua despersonalização, seja por seu caráter de sociedade secreta.”¹⁵

De fato, a SCP não apresenta características típicas de uma sociedade empresária, pois, não é dotada de personalidade jurídica (embora, para fins da legislação tributária, é equiparada a pessoa jurídica, conforme será visto adiante), não tem nome comercial e razão social próprios, e seu ato constitutivo não precisa ser registrado na Junta Comercial, atribuindo-lhe a característica de ser uma sociedade de natureza secreta.¹⁶

A lei não exige que o contrato social da SCP seja registrado na Junta Comercial, dispensando-se a norma do art. 967 do CC/2002. É que a Carta Civil de 2002 estabelece em seu art. 993 que o contrato social da SCP produz efeito somente entre os sócios, e seu registro, qualquer que seja, não confere personalidade jurídica à sociedade. Logo, não há obrigatoriedade em se registrar o contrato social da SCP na Junta Comercial. Além disso, outra característica peculiar deste tipo societário, diferente das sociedades empresárias, é que a legislação dispensa qualquer formalidade para a constituição da SCP, que pode se dar inclusive por contrato verbal entre os sócios, e não necessariamente por meio de contrato social escrito,

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa**. 18. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 513.

¹⁵ Idem. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 28. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 147.

¹⁶ Idem. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa**. 18. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 513.

podendo-se provar o negócio jurídico por todos os meios de direito (art. 992, CC/2002).

Por isso, fala-se em sociedade investida de natureza secreta. A SCP não aparece para outras pessoas, não é de conhecimento público. Em outras palavras, é de natureza secreta porque não há sua exteriorização para o mundo já que não é registrada na Junta Comercial, ao passo que, quem exerce as atividades e se responsabiliza é o sócio ostensivo. Este sim está em evidência nos negócios empresariais e assume os riscos do negócio, até porque todos os contratos decorrentes da SCP são celebrados em seu nome. Dito isto, a rigor, ninguém deve saber que a SCP existe.

Para Fábio Ulhoa Coelho, outros “de seus aspectos também justificam não considerá-la uma sociedade: a conta de participação não tem necessariamente capital social, liquida-se pela medida judicial de prestação de contas e não por ação de dissolução de sociedade, e não possui nome empresarial.”¹⁷

Embora o autor, entre outros citados neste artigo, não concorde que a SCP seja tratada como um tipo societário, sendo apenas um contrato de investimento, de parceria, deve-se ser levado em consideração, data máxima vênua aos renomados autores, que os interessados dessa modalidade de negócio são sócios com o mesmo propósito: explorar uma atividade econômica em conjunto a fim de se obter lucro, e que, para isso, precedem de um contrato social, seja verbal ou escrito, registrado ou não, razão pela qual, ainda existem sim algumas marcas societárias, ainda que não tenham capital social próprio, mesmo que seja um contrato de investimento. Assim, há uma grande dificuldade de se definir qual é a natureza jurídica da SCP, seja contratual ou societária, e ainda, ressalta-se, não requer o presente artigo enfrentar ambos os posicionamentos, pelo contrário, objetivou-se expor ao leitor ambas as correntes.

Quando alguém, pessoa física ou jurídica, desejar investir ativos em uma sociedade empresária, com o objetivo de receber retorno do investimento aplicado, sem que assuma maiores responsabilidades do negócio, a melhor opção certamente

¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2:** direito de empresa. 18. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 513.

será a formação de uma SCP, pois, quem exerce absolutamente toda atividade do negócio é o sócio ostensivo, que, ressalta-se, sempre será pessoa jurídica. Diferentemente ocorre com o sócio participante, que não se expõe ao mundo, não se obriga perante terceiros, mas, tão somente ao sócio ostensivo e nos limites do contrato social, o sócio ostensivo responde direta e ilimitadamente pelas obrigações contraídas em nome da SCP, conforme inteligência do art. 991 do diploma civil pátrio¹⁸.

Referido dispositivo assim dispõe: “Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social”. O legislador, em regra, praticamente isentou a responsabilidade do sócio participante, atribuindo-a em peso ao sócio ostensivo, que, em contrapartida, percebe novos ativos do sócio participante favorecendo desta forma o desenvolvimento da atividade empresarial.

Tanto é assim que a própria SCP, por ser despersonalizada, não detém capacidade jurídica de assumir direitos e obrigações em nome próprio, pois, quem assume toda a responsabilidade, conforme visto, é o sócio ostensivo.

No entanto, na hipótese de o sócio participante interferir nas relações negociais do sócio ostensivo com terceiros, assumirá solidariamente com o sócio ostensivo as obrigações das quais tenha tomado parte (parágrafo único do art. 993, CC/2002). Nesse sentido, conforme observa Fábio Ulhoa Coelho: “O sócio participante torna-se solidariamente responsável pelas obrigações contraídas pelo ostensivo em nome da sociedade, se atuar em conjunto com este em contatos pré-negociais ou na negociação de contratos”.¹⁹

Nesse ponto, vale registrar os apontamentos de Edilson Enedino das Chagas, quanto ao tema: “Em princípio, somente o sócio ostensivo responderá perante terceiros pelo passivo a descoberto do empreendimento, salvo se o sócio participante

¹⁸ Idem. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 28. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 147.

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2**: direito de empresa. 18. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 514.

ultimar por perpetrar atos de administração, hipótese em que se estabelecerá solidariedade entre ele (sócio participante) e o sócio ostensivo”.²⁰

Quanto aos ativos investidos pelos sócios destinados ao empreendimento da Sociedade em Conta de Participação, constituem patrimônio especial da sociedade, produzindo-se efeitos apenas entre os sócios (art. 994, *caput* e § 1º, CC/2002). Dessa forma, caso insurja por exemplo alguma ação de execução de bens contra qualquer dos sócios, recairá apenas entre os bens que compõem o patrimônio segregado. Assim, observa Fábio Ulhoa Coelho, *in verbis*:

Os bens empregados no desenvolvimento da empresa compõem um patrimônio especial. As obrigações pessoais do sócio ostensivo não relacionadas com a C/P não podem ser satisfeitas mediante execução de bens relacionados à C/P, exceto se o credor ignorava a existência da sociedade.²¹

No tocante à dissolução desse tipo societário, deverão ser observadas as regras atinentes à prestação de contas definidas no Código de Processo Civil, e, havendo mais de um sócio ostensivo, as respectivas contas serão prestadas e julgadas no mesmo processo (art. 996, *caput* e parágrafo único, CC/2002). Assim, conforme Edilson Enedino das Chagas, nos casos de dissolução do empreendimento, “a liquidação da sociedade deverá observar o rito da ação de prestação de contas (arts. 914-919, do CPC de 1973, sendo que o novo CPC – Lei nº 13.105/2015 – trouxe procedimento similar entre seus arts. 550-553)”.²²

Além disso, aplicam-se à SCP, subsidiariamente, e no que com ela for compatível, as regras inerentes à sociedade simples (art. 996, *caput*, CC/2002). Conforme Edilson Enedino das Chagas, “Subsidiariamente, as normas aplicáveis às sociedades simples (com respeito ao contrato social, aos direitos e obrigações dos sócios, dissolução parcial, entre outras regras) poderão ser assimiladas pela “sociedade em conta de participação”, arts. 997-1.038, do Código Civil”.²³

²⁰ CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018. p. 736.

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 28. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 148.

²² CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018. p. 736.

²³ *Ibidem*. p. 736.

No que tange à falência dos sócios, caso esta venha ser do ostensivo, a Sociedade de Conta de Participação será dissolvida, e o saldo constituirá crédito quirografário na massa de credores, quando da habilitação dos créditos da falência. Caso a falência seja do sócio participante, aplicar-se-ão as regras da Lei de falências e recuperação judicial – Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, quanto a contratos bilaterais (art. 994, §§ 2º e 3º, e art. 996, CC/2002).

Consoante doutrina de Edilson Enedino das Chagas, *in verbis*:

Em caso de falência do sócio ostensivo, eventual crédito do sócio participante em relação à conta de participação terá natureza quirografária (art. 994, § 2º), ao passo que em caso de falência do sócio participante, por se tratar de contrato bilateral e oneroso, deverá o administrador judicial nomeado encarregar-se de executar o contrato se tal opção for mais favorável à massa de credores (art. 994, § 3º).²⁴

No mesmo sentido, ensina Fábio Ulhoa Coelho: “Se falir o sócio ostensivo, dissolve-se a conta de participação, e o saldo constituirá crédito quirografário. Se a falência é a de sócio participante, aplicam-se as normas do direito falimentar sobre contratos bilaterais do falido”.²⁵

Quanto à forma de participação do sócio que almeja investir com o sócio ostensivo, vale dizer que pode ser feita por intermédio de qualquer ativo. Sendo assim, o sócio participante pode investir dinheiro, bens, serviços, tecnologia, mão-de-obra, *know how* e qualquer outro ativo que seja do interesse da SCP.

Para melhor compreensão do leitor, segue o exemplo a seguir: após contrato social firmado entre o sócio ostensivo “A” e sócio participante “B”, este se compromete a investir algum ativo para “A”, que por sua vez, pode oferecer sua estrutura, *know how* ou qualquer outro ativo a “B”, objetivando viabilizar o negócio, e depois disso, será feita a distribuição dos resultados na proporção de cada sócio.

Essa, então, é a forma comum da estrutura de uma SCP. Entretanto, há outra estrutura que também pode ser feita neste tipo societário. Trata-se da SCP cruzada.

²⁴ CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018. p. 736.

²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa**. 18. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 513-514.

Em determinadas atividades, uma das partes atua como sócio ostensivo e em outras atua como participante, e do mesmo modo, o outro sócio.²⁶

As funções de cada sócio se cruzam, mas, para que isso ocorra, o sócio participante deve ser necessariamente pessoa jurídica, já que não poderá atuar em outra atividade como sócio ostensivo, caso seja pessoa física. É como se ambos os sócios, pessoas jurídicas, fizessem um contrato de investimento para que atuem juntos em busca dos resultados almejados, por meio de atividades complementares.

Em outros países, essa modalidade de negócio é conhecida como *Joint Venture*, que se trata de um acordo entre dois ou mais empresários que estabelecem alianças estratégicas para atingir um mesmo objetivo comercial, por determinado tempo, por meio da unificação de recursos para o desenvolvimento do negócio em conjunto, para, ao final, dividir entre as partes os resultados auferidos na proporção de cada participante, ainda que sejam prejuízos. Na China, por exemplo, a prática desse instituto é muito difundida²⁷. Embora não exista previsão legal deste instituto no Brasil, a SCP cruzada possui o mesmo formato e praticamente a mesma regra de negócio.

A título de exemplo num caso hipotético, supõe-se que duas automobilísticas estrangeiras “A” e “B” tinham interesse em celebrar um acordo comercial para investir no Brasil, considerando que “B” possui fábricas no país, enquanto “A” não queria construir fábricas em razão do investimento ser muito elevado, mas, tinha interesse em produzir e comercializar carros no território brasileiro. Para isso, ambas firmaram uma espécie de *Joint Venture*, contudo, em forma de SCP cruzada, em virtude da legislação brasileira.

Dessa forma, a companhia “A” pôde transferir sua tecnologia e *know how* permitindo a fabricação de seus carros dentro da fábrica de “B” no Brasil, e depois, dividir os lucros nos percentuais de cada montadora. Assim, “A” testou sua marca no

²⁶ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Reflexões sobre a sociedade em conta de participação no direito brasileiro. **Revista Jurídica Empresarial**, Ano 3, n. ° 12, jan./fev. 2010. p. 55-56.

²⁷ PENA, Rodolfo F. Alves. “**Joint venture**”; Brasil Escola. Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/geografia/joint-venture.htm>>. Acesso em 10 de maio de 2019.

mercado brasileiro sem fazer o vultoso investimento de construir fábricas. Portanto, trata-se de outra estrutura com boa opção de investimento.

4 RISCOS E VANTAGENS DA SCP

Em termos de riscos e responsabilidades na SCP, pode-se afirmar claramente que, há mais vantagens para o sócio participante do que para o sócio ostensivo. Os aspectos positivos estão mais atrelados ao investidor participante do negócio, que não assume a responsabilidade da atividade empresarial, conforme visto antes. Não assume o risco trabalhista, nem o tributário, salvo em caso de fraude comprovada.

Quem assume toda a responsabilidade da atividade na prática é o sócio ostensivo, que desenvolve exclusivamente o objeto social por sua conta e risco. Desse modo, o sócio participante consegue entrar na atividade empresarial sem correr maiores riscos investindo algum ativo na empresa, para que, ao final, o lucro seja repartido na proporção de cada sócio.

Assim como todo negócio possui um percentual de risco, o sócio participante, na verdade, assume risco em relação ao sócio ostensivo, caso este por exemplo não repasse ao final os resultados das participações, ou até mesmo, de o objeto social não funcionar como o esperado. De acordo com Luis Felipe Spinelli e João Pedro Scalzilli, o sócio participante tem uma boa vantagem em função da limitação de sua responsabilidade, em regra, correndo o risco de perder apenas aquilo que investiu no empreendimento.²⁸

Conforme visto no tópico anterior, o sócio participante pode assumir responsabilidade solidária, caso interfira nos negócios do sócio ostensivo com terceiros, nos termos do parágrafo único do art. 993, CC/2002. Atendo-se a esses cuidados, sua responsabilidade no negócio é mínima.

Qualquer transferência de bens ao sócio ostensivo, para fins da SCP, não pode ser considerada, a princípio, ilícita, uma vez que o legislador assim permitiu, desde que, para o interesse da SCP. Caso ocorra desvio de finalidade e confusão

²⁸ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **Sociedade em Conta de Participação**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 30.

patrimonial na SCP, é possível fazer a desconsideração da personalidade jurídica para alcançar o patrimônio do sócio ostensivo (art. 50, CC/2002).

Sendo assim, para quem busca investir em um negócio sem assumir maiores responsabilidades e participar dos resultados, a SCP certamente é uma boa opção. Além disso, ressalta-se que, qualquer forma de ativo, não somente bens, pode ser aceita no negócio a depender da avença, seja por meio de recursos financeiros, serviços, *know how* etc.

A título de exemplo, confira-se a seguinte hipótese: Uma sociedade empresária X possui um hospital, que não tem profissionais especialistas em oncologia. Sendo assim, X pretende encontrar no mercado alguma clínica especializada nessa área da medicina, e encontra Y. Ambos firmam contrato em que Y presta serviço especializado de oncologia dentro do hospital de X, e este, ao final, faz a distribuição dos lucros com base na proporcional participação do sócio Y.

Nesse sentido, veja que nessa hipótese, os serviços de oncologia da clínica do sócio Y serviram de ativos que A não tinha antes de celebrar o contrato. Houve, então, uma forma de viabilizar os interesses da atividade empresarial de X. Ambos os sócios, ostensivo (X) e participante (Y), exploram em conjunto uma atividade em nome de um deles (ostensivo) diminuindo o risco do sócio investidor (participante), que participa dos resultados, e o ostensivo consegue ativos que antes não possuía, nessa hipótese, uma mão-de-obra especializada.

Por outro lado, para o sócio ostensivo, os riscos podem até ser fatais, pois, responde ilimitadamente pelas obrigações contraídas na SCP. Em regra, o sócio participante não responde pelas obrigações da SCP, salvo em caso de fraude comprovada ou intermediação nos negócios do sócio ostensivo, conforme já visto, e pode inclusive ser fiscalizado pelo Fisco, após mudanças na legislação tributária, que serão tratadas no tópico seguinte.

5 ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DA SCP

Outro assunto de muita importância para a SCP que ganhou contornos nas últimas décadas em relação a esse tipo societário, inclusive, recentemente, foram as mudanças na legislação tributária.

Atualmente, as SCP's devem ser inscritas no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ) do Ministério da Economia, e para fins tributários, equiparam-se a pessoas jurídicas, o que não ocorria antes.

A partir da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 2.303, de 21 de novembro de 1986, por meio de seu art. 7º e parágrafo único, a legislação tributária passou a equiparar todas as SCP's a pessoas jurídicas, para fins de tributação, pois, antes desse decreto não havia previsão normativa para tributar os resultados e participações das SCP's. Essa regra somente passou a surtir efeitos a partir de 1º de janeiro de 1987, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei nº 2.308, de 19 de dezembro do mesmo ano. O art. 7º do Decreto-Lei nº 2.303/1986, assim estabelecia, *in verbis*:

Art. 7º Equiparam-se a pessoas jurídicas, para os efeitos da legislação do imposto de renda, as sociedades em conta de participação.

Parágrafo único. Na apuração dos resultados dessas sociedades, assim como na tributação dos lucros apurados e dos distribuídos, serão observadas as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas.²⁹

No entanto, a Secretaria da Receita Federal (SRF) publicou a Instrução Normativa SRF nº 179, de 30 de dezembro de 1987, que definiu uma série de regras fiscais de escrituração contábil da SCP, e estabeleceu em seu artigo 4º que não seria mais exigida a inscrição da SCP no antigo Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda - CGC/MF, atual CNPJ³⁰, embora mais de uma década depois a SCP tenha sido novamente equiparada a pessoa jurídica, desta vez, por meio do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 – Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999), nos arts. 148 e 149 (decreto recentemente revogado), aplicando-se na apuração dos resultados e na tributação dos lucros apurados e dos distribuídos às SCP's as normas referentes às pessoas jurídicas em geral.³¹

²⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.303, de 21 de novembro de 1986. **Altera a legislação tributária federal, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/1965-1988/De12303.htm>. Acesso em: 05 mai. 2019.

³⁰ Idem. Instrução Normativa SRF nº 179, de 30 de dezembro de 1987. **Dispõe sobre as normas de tributação das sociedades em conta de participação.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15042&visao=anotado>>. Acesso em: 05 mai. 2019.

³¹ Idem. Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999. **Regulamento do Imposto de Renda.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm>. Acesso em: 10 mai. 2019.

Ademais, a norma insculpida do mencionado art. 4º da IN/SRF nº 179/1987 vigorou por muitos anos até a Receita Federal baixar a Instrução Normativa RFB nº 1470, de 30 de maio de 2014, que regulamentou as normas do CNPJ e revogou o citado artigo.

Desse modo, a partir da publicação dessa instrução normativa, em 03 de junho de 2014, as SCP's foram novamente obrigadas a se inscrever no CNPJ. Em 2016, a Receita Federal editou nova Instrução Normativa, de nº 1634, de 06 de maio daquele ano, dispondo sobre novas regras para o CNPJ, e estabeleceu em seu art. 4º, inciso XVII, a exigência de inscrição das SCP's, vinculadas aos sócios ostensivos, no referido cadastro. Conforme o mencionado dispositivo: "São também obrigados a se inscrever no CNPJ: [...] Sociedades em Conta de Participação (SCPs) vinculadas aos sócios ostensivos;"³²

Salienta-se que o novo Regulamento do Imposto de Renda (RIR/2018) – Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018, não alterou a essência dos revogados arts. 148 e 149 do RIR/1999, mantendo-se a equiparação da SCP a pessoa jurídica e respectivas normas aplicáveis.

A rigor, por ser uma sociedade despersonalizada de acordo com a lei civil, a SCP não deveria, em tese, ser inscrita no CNPJ. Todavia, como haviam muitas fraudes tributárias, principalmente relacionadas à formação de SCP com trabalhadores da própria firma, com intuito de se evitar o recolhimento do Imposto de Renda sobre Pessoa Jurídicas (IRPJ) e outros tributos, a Receita Federal, por meio da referida IN/RFB nº 1634/2016, passou a exigir que as Sociedades em Conta de Participações vinculadas aos seus sócios ostensivos, para fins exclusivamente tributários, devem se inscrever no referido cadastro nacional.

³² BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1634, de 06 de maio de 2016. **Dispõe sobre o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=73658>>. Acesso em: 05 mai. 2019.

Logo, pela ótica do direito tributário, a SCP é considerada sociedade personificada, equiparando-se às pessoas jurídicas, sobretudo, às sociedades empresárias.³³ A esse respeito, Edilson Enedino das Chagas, ensina que, *in verbis*:

[...] para fins tributários, exige-se que a sociedade em conta de participação cadastre CNPJ autônomo, ainda que vinculado ao do sócio ostensivo, nos termos do Decreto-Lei n. 2.303, de 21 de novembro de 1986, art. 7º, e do Decreto-Lei n. 2.308, de 19 de dezembro de 1986, art. 3º, complementados pela instrução normativa da Receita Federal do Brasil n. 1.470/2014.³⁴

No mesmo sentido, coaduna Fábio Ulhoa Coelho, *in verbis*:

Enquanto a conta de participação era despersonalizada, também para fins tributários, ela não pagava imposto. Por essa razão, a modalidade de investimento comum apresentava, em relação às sociedades empresárias, uma vantagem, do ponto de vista do planejamento fiscal. Alguns empreendimentos de vulto foram explorados sob a forma de conta de participação. O empreendedor preservava o seu patrimônio, por meio de um expediente simples: constituía uma sociedade limitada, com um ou mais parceiros, e esta celebrava os contratos, na condição de sócia ostensiva. Em 1986, contudo, a legislação tributária passou a tributar a conta de participação, como uma pessoa jurídica, e isso eliminou a vantagem fiscal.³⁵

Nesse sentido, o registro da SCP perante a Receita Federal é uma das condições para que se constitua, de modo a impedir fraude tributária e evitar problemas patrimoniais da sociedade.

No tocante à escrituração de operações mercantis da SCP, analisando-se a expressão “Conta de Participação”, em uma linguagem mais precisamente contábil, infere-se que nesta modalidade cria-se uma conta de participação no balanço contábil do sócio ostensivo, já que este é responsável pela atividade do negócio, ou em livro próprio da SCP.

Em outras palavras, o artigo 254 do RIR/1999 previa que a escrituração das operações da SCP poderia, por opção do sócio ostensivo, ser efetuada nos livros de

³³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 28. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 148.

³⁴ CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018. p. 734.

³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2**: direito de empresa. 18. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 514.

escrituração deste ou em livros próprios da SCP, observando-se as regras dos incisos I, II e III do referido dispositivo.

Entretanto, considerando as recentes mudanças na legislação do Imposto de Renda, a partir do RIR/2018, a escrituração das operações da SCP deve ser efetuada somente em livros próprios desta, de acordo com o art. 269 do novo regulamento, extinguindo a opção trazida pelo revogado art. 254 do RIR/1999, não podendo mais a escrituração ser realizada em livro de sócio ostensivo. Outra novidade trazida pelo RIR/2018 quanto à SCP, constante do art. 586, foi estabelecer que o prejuízo fiscal apurado pela sociedade somente poderá ser compensado com o lucro real decorrente da mesma sociedade, e que tal compensação não poderá ser feita entre duas ou mais SCP's ou entre estas e o sócio ostensivo.³⁶

Um outro aspecto relevante a ser considerado em relação à Sociedade em Conta de Participação é a incompatibilidade jurídica com o regime tributário do Simples Nacional. É que a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, prevê em seu art. 3º, §4º, inciso I, que, “[...] Não se inclui no regime diferenciado e favorecido previsto nesta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica: I – de cujo capital participe outra pessoa jurídica; [...]”³⁷

Dessa forma, tendo em vista que a SCP, para fins tributários, é equiparada a pessoa jurídica pelo fato de ter registro no CNPJ, o sócio ostensivo não pode estar enquadrado no regime do Simples Nacional, haja vista que possui em seu balanço a Conta de Participação com outra pessoa jurídica, a própria SCP. Da mesma forma, ocorre se o sócio participante for pessoa jurídica. Não poderá ser enquadrado no Simples Nacional pela mesma razão, conforme disposto no inciso VII do referido dispositivo legal, qual seja, participar do capital social de outra pessoa jurídica (do sócio ostensivo).

Logo, as empresas de pequeno porte, *startups*, microempreendedores, que tiverem intenção de optar pelo regime de tributação do Simples Nacional, não

³⁶ BRASIL. Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018. **Regulamento do Imposto de Renda**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9580.htm#art4>. Acesso em: 10 mai. 2019.

³⁷ Idem. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. **Lei do Simples Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 05 mai. 2019.

podem estar vinculados a uma SCP. A pessoa jurídica que se encontra sobre o regime do Simples Nacional e tem contas de participação com outra pessoa jurídica será excluída do referido regime tributário. Isso, inclusive, foi objeto de consulta à Receita Federal, que expediu a Solução de Consulta DISIT/SRRF10 nº 10024, de 22 de junho de 2015, *in verbis*:

Para fins tributários, a Sociedade em Conta de Participação - SCP equipara-se a pessoa jurídica. Sendo assim, as microempresas ou empresas de pequeno porte que sejam sócias de SCP não poderão beneficiar-se do tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei Complementar nº 123, de 2006, o que implica a exclusão do Simples Nacional.³⁸

Nesse sentido, o empresário que optar pelo regime de tributação do Simples Nacional não pode ter em seu capital social nenhuma participação em SCP. No entanto, em que pese tal incompatibilidade, as SCP's podem optar pelo regime tributário do lucro presumido, nos termos da Instrução Normativa SRF nº 31/2001, observadas as regras obrigatórias do regime de tributação com base no lucro real.

6 CONCLUSÃO

Conclui-se que a Sociedade em Conta de Participação (SCP) é uma sociedade atípica, que funciona como um contrato de investimento realizado entre sócio(s) ostensivo(s) e sócio(s) participante(s), no qual, o primeiro detém o controle de toda a atividade da SCP, responsabilizando-se por todos os negócios jurídicos contraídos em nome da sociedade, sob sua própria e exclusiva responsabilidade, ao passo que, o sócio participante investe ativos como participação no empreendimento do sócio ostensivo, não responde pelas atividades salvo na ocorrência de fraude ou de intermediação de atos negociais, e participa dos resultados decorrentes do negócio.

A SCP não tem personalidade jurídica, não tem nome comercial, razão social, nem estabelecimento empresarial próprio, e não é obrigada a registrar seu ato constitutivo na Junta Comercial, considerando que o Código Civil de 2002 determina que a eventual inscrição do contrato social em qualquer registro não confere personalidade jurídica à SCP, bem como, não faz exigências das formalidades prescritas para a formação das sociedades empresárias.

³⁸ BRASIL. **Solução de Consulta DISIT/SRRF10 nº 10024**, de 22 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 05 mai. 2019.

Dessa forma, a lei dispensa à SCP qualquer formalidade, salvo quanto ao registro no CNPJ perante a Receita Federal, equiparando-se a SCP a pessoa jurídica, para fins exclusivamente tributários. Entende-se no presente estudo que a SCP funciona mais como um contrato de investimento, sem, contudo, afastar algumas de suas características societárias.

O presente artigo buscou apresentar ao leitor breves considerações acerca da Sociedade em Conta de Participação, expondo sua definição com base na doutrina, principais características, aspectos fiscais e as recentes mudanças normativas na legislação tributária, bem como, considerações quantos aos riscos e vantagens decorrentes.

Conclui-se, portanto, que essa modalidade de negócio é uma boa e possível forma de se viabilizar uma atividade empresarial, um investimento, de modo que, o sócio oculto gerencia a atividade se comprometendo aos riscos do negócio, mas, em contrapartida, obtém ativos que não possuía na empresa, e quanto ao sócio participante, este investe sem maiores riscos no empreendimento, podendo ser através de capital financeiro, de serviços, tecnologia, entre outros ativos a depender da avença, e ao final, auferir sua proporcional participação nos resultados.

REFERÊNCIAS

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 3. ed. – Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1997.

BRASIL. Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999. **Regulamento do Imposto de Renda (1999)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm>. Acesso em: 10 mai. 2019.

_____. Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018. **Regulamento do Imposto de Renda (2018)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm>. Acesso em: 10 mai. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 2.303, de 21 de novembro de 1986. **Altera a legislação tributária federal, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/1965-1988/De12303.htm>. Acesso em: 05 mai. 2019.

_____. Instrução Normativa RFB nº 1634, de 06 de maio de 2016. **Dispõe sobre o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica**. Disponível em:

<<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=73658>>. Acesso em: 05 mai. 2019.

_____. Instrução Normativa SRF nº 179, de 30 de dezembro de 1987. **Dispõe sobre as normas de tributação das sociedades em conta de participação.**

Disponível em:

<<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15042&visao=anotado>>. Acesso em: 05 mai. 2019.

_____. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. **Lei do Simples Nacional.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 05 mai. 2019.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. **Código Comercial.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 05 mai. 2019.

_____. **Solução de Consulta DISIT/SRRF10 nº 10024**, de 22 de junho de 2015.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm>.

Acesso em: 05 mai. 2019.

CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 2: direito de empresa. 18. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 28. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa, vol. 1: teoria geral da empresa e direito societário**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

PENA, Rodolfo F. Alves. **"Joint Venture"**; Brasil Escola. Disponível em <<https://brasilescola.uol.com.br/geografia/joint-venture.htm>>. Acesso em 10 de maio de 2019.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Reflexões sobre a sociedade em conta de participação no direito brasileiro. **Revista Jurídica Empresarial**, Ano 3, n.º 12, jan./fev. 2010.

_____. **Sociedade em Conta de Participação**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

POSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO DE ESTABELECIMENTO VIRTUAL NO CONCEITO DO ARTIGO 1.142 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E A DESNECESSIDADE DE DIFERENCIAÇÃO DE TIPOS DE ESTABELECIMENTO

POSSIBILITY OF FRAMING OF VIRTUAL ESTABLISHMENT IN THE CONCEPT OF ARTICLE 1142 OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE AND THE NEED FOR DIFFERENTIATION OF TYPES OF ESTABLISHMENT

Palloma Pinheiro Brito¹

RESUMO

O presente artigo objetiva demonstrar a possibilidade de enquadramento do conceito de estabelecimento virtual dentro do conceito disposto pelo Código Civil Brasileiro de 2002, mas que uma diferenciação entre tipos de estabelecimentos já não se faz necessária, sendo considerados apenas como estabelecimento. Observa-se que estabelecimento, em seu sentido amplo, consiste na universalidade de bens explorados por um comerciante a fim de se obter lucro, de modo que o estabelecimento empresarial será aquele tradicionalmente conhecido, aquele que possui espaço físico, e o estabelecimento virtual será aquele em que haverá transmissão eletrônica de dados entre empresa e consumidor. Alguns autores defendem a diferenciação em razão dos meios de acessibilidade entre um tipo de estabelecimento e outro. Percebe-se, portanto, que é possível o enquadramento do conceito de estabelecimento virtual no conceito já existente no Código Civil Brasileiro de 2002, posto que independentemente de ser por meio físico ou digital, ambos consistirão em uma universalidade de fato de bens por meio do qual o empresário irá explorar a empresa. Por outro lado, conclui-se também que já não há a necessidade dessa diferenciação, uma vez que ambos os estabelecimentos, físico e virtual, tem o mesmo conceito e agem da mesma maneira.

Palavras-chave: Estabelecimento empresarial. Estabelecimento virtual. Código Civil Brasileiro de 2002. Diferenciação.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. Endereço: SHIN Qi 09, Conjunto 07, Casa 12 – Lago Norte, Brasília, CEP 71.515-270 – Distrito Federal, Brasil. E-Mail: pallomapinheiroadv@gmail.com.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the possibility of framing the concept of virtual establishment within the concept laid down by the Brazilian Civil Code of 2002, but that a differentiation between types of establishments is no longer necessary, being considered only as establishment. It is observed that establishment, in its broad sense, consists of the universality of goods exploited by a merchant in order to obtain profit, so that the business establishment will be that traditionally known, that has physical space, and the virtual establishments will be that in which there will be electronic data transmission between company and consumer. Some authors defend differentiation due to the means of accessibility between one type of establishment and another. Realizes get therefore that it is possible to framing of the concept of virtual establishment in the existing concept in the Brazilian Civil Code of 2002, it is by physical or digital means, both of which are will consist of a universality of fact of goods through which the entrepreneur will exploit the company. On the other hand, concludes also that there is no need to differentiation, since both physical and virtual establishments have the same concept and act in the same way.

Keywords: Business establishment. Virtual establishment. Brazilian Civil Code of 2002. Differentiation.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade demonstrar a possibilidade de enquadramento do conceito de estabelecimento virtual dentro do conceito de estabelecimento trazido pelo artigo 1.142 do Código Civil Brasileiro de 2002, mas que tal diferenciação entre tipos de estabelecimentos já não se faz necessária, sendo considerados, tanto o estabelecimento físico como o virtual, simplesmente como estabelecimento.

Em um primeiro momento busca-se demonstrar o conceito de estabelecimento em seu sentido amplo, o qual seja a universalidade de bens explorados por um comerciante a fim de se obter lucro. Demonstrando em seguida, o que vem a ser estabelecimento empresarial e estabelecimento virtual.

O estabelecimento empresarial possui definição legal expressa no artigo 1.142 do Código Civil Brasileiro de 2002, consistindo em uma universalidade de fato dos bens organizados para exploração de uma atividade lucrativa. O estabelecimento empresarial é aquele tradicionalmente conhecido, que possui espaço

físico onde o consumidor pode se deslocar no espaço para fazer suas compras e negócios.

O estabelecimento virtual não possui definição legal expressa, mas é classificado como tal através dos meios digitais utilizados pelos consumidores para chegarem até as empresas de maneira virtual por meio da transmissão eletrônica de dados. Alguns autores defendem a diferenciação em razão dos meios de acessibilidade entre um tipo de estabelecimento e outro.

Nesta linha, observar-se-á que há perfeita possibilidade de enquadramento do conceito de estabelecimento virtual no conceito já existente, disposto pelo artigo 1.142 do Código Civil Brasileiro de 2002, posto que independentemente de ser por meio físico ou digital, ambos os tipos de estabelecimento consistirão em uma universalidade de fato de bens por meio do qual o empresário explorará a empresa. Por outro lado, observar-se-á também que já não há a necessidade dessa diferenciação, uma vez que ambos os estabelecimentos, físico e virtual, tem o mesmo conceito e agem da mesma maneira.

Por fim, o que se observa é que essa diferenciação se fazia necessária apenas a época de surgimento dos meios virtuais de negociação, uma vez que se tratava de algo novo e desconhecido, porém nos dias atuais, o que se percebe é o fato de que os meios digitais têm sido largamente utilizados tanto por exploradores de empresas, como por consumidores, demonstrando que ambos os lados passaram a entender esses os meios virtuais como extensões dos estabelecimentos físicos e não como lugares distintos, reafirmando a ideia de desnecessidade de diferenciação de tipos de estabelecimento.

2 ESTABELECIMENTO

O dicionário técnico jurídico de Deocleciano Torrieri Guimarães traz a definição de estabelecimento como sendo o universo de bens com natureza e finalidade econômicas, as quais normalmente são exploradas por comerciantes a fim de obtenção de lucros. Assim, considera-se como estabelecimento as casas de

comércio, lojas, armazéns, bem como as unidades de uma empresa, vejamos a definição do dicionário²:

Estabelecimento – Universalidade de bens corpóreos e incorpóreos, de natureza e fins economicamente aplicáveis, habitualmente explorados pelo comerciante, com finalidade de lucro. Casa de comércio, loja, armazém. Cada unidade de uma empresa, que tem muitas filiais, sendo a principal aquela que centraliza a administração, a sua sede social. Não se confunde com *fundo de comércio* que denomina os bens que sobram em casa de comércio em liquidação, nem com *firma*, que é inalienável por ser o próprio nome do comerciante.

Observa-se que a definição de estabelecimento não se refere a indivíduos, de modo que os estabelecimentos serão distintos de empresas, vez que estas correspondem a uma atividade, bem como não se confundirão com empresários, pois estes configuram uma pessoa física ou jurídica a qual é exploradora da atividade empresária. Tais conceitos são distintos, mas se entrelaçam para seus fins, isto é, os estabelecimentos são uma universalidade de bens que servirão de instrumentos para que os empresários possam realizar as atividades de uma empresa³.

Os estabelecimentos podem ser físicos ou virtuais, a depender de onde ocorrem as atividades exercidas pelo empresário e onde se encontram os clientes. Assim, será considerado como estabelecimento empresarial aquele em que as atividades do empresário ocorrem em local físico, bem como sua clientela. E será considerado estabelecimento virtual aquele em que as atividades do empresário ocorrem via internet e a clientela tem acesso a elas pelo *site*⁴.

2.1 Estabelecimento empresarial

Popularmente se utiliza o termo estabelecimento empresarial como sendo o local onde o empresário exerce a atividade empresarial, entretanto tal expressão é erroneamente utilizada. Para o mundo jurídico estabelecimento empresarial consiste

² GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. 2004. Dicionário Técnico Jurídico. 6ª Edição. Revista e atualizada. São Paulo: Rideel, 2004, p. 294.

³ CRUZ, André Santa. 2018. Direito empresarial. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, Método, 2018, p. 120.

⁴ CRUZ, André Santa. 2018. Direito empresarial. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, Método, 2018, p. 128.

não apenas no local, mas em todo o conjunto de bens, materiais e imateriais, que o empresário utilizará para exercer a sua atividade⁵.

O estabelecimento empresarial é definido como o conjunto de bens, capital, trabalho e organização que compõem o meio utilizado por um indivíduo a fim de explorar uma certa atividade lucrativa⁶.

Para o autor Oscar Barreto Filho o estabelecimento empresarial constitui um “complexo de bens, materiais e imateriais, que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante para a exploração de determinada atividade mercantil.”⁷.

A definição de estabelecimento empresarial encontra definição também no Código Civil de 2002, o qual em seu artigo 1.142 considera estabelecimento como universo de bens organizado, para exercício da empresa. Assim dispõe o texto do referido artigo “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”⁸.

O Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão estabelecendo definição de estabelecimento comercial, onde afirma se tratar de um conjunto patrimonial material e imaterial. Vejamos:

(...) 3. O "estabelecimento comercial" é composto por patrimônio material e imaterial, constituindo exemplos do primeiro os bens corpóreos essenciais à exploração comercial, como mobiliários, utensílios e automóveis, e, do segundo, os bens e direitos industriais, como patente, nome empresarial, marca registrada, desenho industrial e o ponto. (...)⁹

⁵ CRUZ, André Santa. 2018. Direito empresarial. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, Método, 2018, p. 119.

⁶ JÚNIOR, Waldo Fazzio. 2007. Manual de direito comercial. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 63.

⁷ JÚNIOR, Waldo Fazzio. 2007. Manual de direito comercial. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 63 APUD BARRETO FILHO, Oscar. Teoria do estabelecimento comercial. São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 75.

⁸ 2017. Vade Mecum Saraiva. 24ª edição. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁹ REsp número 633.179 /MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 02.12.2010, DJe 01.02.2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em 07 de maio de 2019.

O autor Gladston Mamede define estabelecimento nos termos trazidos pelo artigo 1.142, do Código Civil, e afirma se tratar de uma “pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária”¹⁰.

Ademais, o autor referido acima afirma que o estabelecimento poderá constituir objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, uma vez que o estabelecimento se caracteriza pela universalidade de fato dos bens, em outras palavras, é dizer que o complexo de bens singulares que terão finalidade unitária¹¹.

Em outra obra, Gladston Mamede traz, ainda, a ideia de que estabelecimento é o instrumento que servirá para que ocorra o exercício da empresa, uma vez que constitui o patrimônio capaz de possibilitar a efetivação das atividades da empresa. Ressalva o autor, que o estabelecimento não consistirá nos bens isoladamente considerados, mas sim em uma organização de bens, onde estes serão considerados e organizados com o fim de proporcionar o exercício da empresa, isto é, o estabelecimento será o complexo dos bens, considerados como um único objeto¹².

Assim, não há de se confundir estabelecimento empresarial com o local no qual o empresário desenvolve suas atividades, posto que este consiste em apenas um elemento dentre os vários que constituem a universalidade de bens do estabelecimento empresarial, sejam eles materiais ou imateriais¹³.

André Santana Cruz ressalva que a caracterização de estabelecimento requer dois elementos, sejam eles o complexo de bens e a organização. Para o autor, estes dois elementos irão constituir o estabelecimento como um todo articulado, organizado e conexo. Em suas palavras afirma que “é essa organização que o empresário confere aos bens componentes do estabelecimento que vai fazer com que este, na qualidade de complexo de bens, se diferencie sobremaneira desses bens individualmente considerados”¹⁴.

¹⁰ MAMEDE, Gladston. 2019. Empresa e atuação empresarial. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 185.

¹¹ MAMEDE, Gladston. 2019. Empresa e atuação empresarial. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 185.

¹² MAMEDE, Gladston. 2018. Manual de direito empresarial. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 241.

¹³ CRUZ, André Santa. 2018. Direito empresarial. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, Método, 2018, p. 120.

¹⁴ CRUZ, André Santa. 2018. Direito empresarial. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, Método, 2018, p. 121.

No mesmo sentido aduz o autor Marlon Tomazzette, o qual afirma que a organização dos bens feita pelo empresário para uma determinada finalidade é que vai conferir a natureza de estabelecimento a esse complexo de bens¹⁵.

A natureza jurídica do estabelecimento empresarial consiste, portanto, na universalidade de fato dos bens organizados para exploração de uma atividade lucrativa, onde cada bem, ainda que inserido em um conjunto, possui uma individualidade própria, isto é tratam-se de bens distintos, mas que se fundem num todo, em uma universalidade de bens, por vontade de um indivíduo titular¹⁶.

2.2 Estabelecimento virtual

Com o desenvolvimento da tecnologia e o advento da internet, os meios de comunicação e negociação se expandiram, de modo que a circulação de riquezas sofreu uma alteração na sua forma tradicional. Os comerciantes e negociadores passaram a vender e negociar de mais uma maneira, a digital e a nova realidade faz com que o estabelecimento empresarial passe a ter mais um formato, o virtual, o qual se difere do tradicional conceito de local físico para realização de compras¹⁷.

Os *websites*, ou seja, os endereços virtuais dos estabelecimentos empresariais são, agora, um dos locais também procurados pelos consumidores para as compras e, portanto, classificados pela doutrina como estabelecimentos virtuais¹⁸.

O autor Fábio Ulhoa Coelho, afirma que os meios digitais tem sido amplamente utilizados e que a distinção do estabelecimento tradicionalmente conhecido para o virtual, se dá em função dos diferentes meios de acesso a cada um deles, ou seja, ao estabelecimento físico a acessibilidade é por meio do deslocamento, enquanto que ao estabelecimento virtual o acesso se dá através da transmissão eletrônica de dados¹⁹. Assim dispõe o autor:

¹⁵ TOMAZZETTE, Marlon. 2018. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Vol. 1, p. 124.

¹⁶ JÚNIOR, Waldo Fazzio. 2007. Manual de direito comercial. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 64.

¹⁷ SÍLVIO de Salvo Venosa, Cláudia Rodrigues. 2017. Direito Empresarial. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 48.

¹⁸ SÍLVIO de Salvo Venosa, Cláudia Rodrigues. 2017. Direito Empresarial. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 48.

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. 2005. Manual de direito comercial. 16 ed. . São Paulo : Saraiva, 2005.

Distingue-se do estabelecimento empresarial físico, em razão dos meios de acessibilidade. Aquele o consumidor ou adquirente de bens ou serviços acessa exclusivamente pela transmissão eletrônica de dados, enquanto o estabelecimento físico é acessível pelo deslocamento no espaço.²⁰

O mesmo autor dispõe ainda, que a natureza do objeto negociado nos estabelecimentos não encontra importância para a caracterização de estabelecimento virtual, posto que o produto adquirido poderá não ser exclusivamente virtual²¹. Em suas palavras, assim afirma:

A natureza do bem ou serviço objeto de negociação é irrelevante para a definição da virtualidade do estabelecimento. Se alguém adquire, via internet, um eletrodoméstico, a mercadoria nada tem de virtual, mas como a sua compra decorreu de contrato celebrado com o envio e recepção eletrônicos de dados via rede mundial de computadores, considera-se realizada num estabelecimento virtual.²²

André Santana Cruz afirma que atualmente, com a expansão da internet, já não se pode mais entender os estabelecimentos apenas como tendo pontos de negócio em locais físicos, mas sim físicos ou virtuais, vejamos²³:

Nos dias atuais, não se deve entender o ponto de negócio apenas como local **físico**, em função da proliferação dos negócios via internet. Assim, o ponto pode ter existência física ou virtual. Este seria o **site**, ou seja, o endereço eletrônico por meio do qual os clientes encontram o empresário. Em suma: o **site** de determinado empresário individual ou sociedade empresária é o seu **ponto empresarial virtual** ou **ponto de negócio virtual**.

Para Marlon Tomazzette, há de se falar em estabelecimento virtual quando este seja integralmente formado por bens incorpóreos, de modo que não possa ser acessado fisicamente. Nesta linha, afirma que existem dois tipos de estabelecimentos virtuais, o originário e o derivado. O primeiro caracteriza-se por ter sua criação, desenvolvimento e implementação desvinculada da forma tradicional que

²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. 2005. Manual de direito comercial. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. 2005. Manual de direito comercial. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

²² COELHO, Fábio Ulhoa. 2005. Manual de direito comercial. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

²³ CRUZ, André Santa. 2018. Direito empresarial. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, Método, 2018, p. 138.

conhecemos, já o segundo tipo caracteriza-se por ser decorrente de uma atividade empresarial que já existia e passou a utilizar os meios digitais em sua atividade²⁴.

A legislação atual não prevê normas específicas para a nova modalidade de estabelecimento, de modo que as regras previstas no Código Civil de 2002 são as aplicáveis ao tema²⁵.

3 POSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO DE ESTABELECIMENTO VIRTUAL NO CONCEITO DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL PROPOSTO PELO ARTIGO 1.142 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Como visto, o artigo 1.142 do Código Civil de 2002 considerada como estabelecimento o conjunto de bens organizado para o exercício da empresa. Assim dispõe “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”²⁶.

Neste sentido, percebe-se a possibilidade do enquadramento do estabelecimento virtual no conceito do referido artigo, uma vez que, ainda que por meio digital, trata-se de uma universalidade de fato de bens por meio do qual o empresário explora a empresa. Isto é, ainda que fisicamente inacessível, o estabelecimento virtual conserva a função e características de estabelecimento, os quais sejam o complexo de bens para o exercício de empresa²⁷.

O enunciado 488 da V Jornada de Direito Civil trata da possibilidade de penhora do estabelecimento virtual e assim, juntamente com sua justificativa, dispõe:

Enunciado: Art. 1.142 e Súmula 451 do STJ. Admite-se a penhora do *website* e de outros intangíveis relacionados ao comércio eletrônico.

²⁴ TOMAZZETTE, Marlon. 2018. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Vol. 1, p. 126.

²⁵ SÍLVIO de Salvo Venosa, Cláudia Rodrigues. 2017. Direito Empresarial. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 48.

²⁶ 2017. Vade Mecum Saraiva. 24ª edição. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁷ SÍLVIO de Salvo Venosa, Cláudia Rodrigues. 2017. Direito Empresarial. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.39.

Justificativa: O estabelecimento comercial é o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos organizados para o exercício da empresa, pela sociedade empresária ou empresário. Diante dessa clássica definição de estabelecimento, temos a presença do estabelecimento comercial virtual que tem a mesma natureza jurídica do estabelecimento físico, enquadrando-se no art. 1.142 do Código Civil, mesmo aquele possuindo em sua maioria bens imateriais. (...) ²⁸

No enunciado observa-se a afirmação da possibilidade de enquadramento do estabelecimento virtual no conceito do artigo 1.142 do Código Civil e que este possui a mesma natureza jurídica do estabelecimento empresarial físico.

4 DESNECESSIDADE DA DIFERENCIAÇÃO DE TIPOS DE ESTABELECIMENTOS

Uma vez demonstrada a possibilidade de conceituação de estabelecimento empresarial e estabelecimento virtual através de um mesmo artigo disposto no Código Civil vigente, observa-se que não há a necessidade de diferenciação, posto que ambos os tipos de estabelecimentos possuem o mesmo conceito e agem da mesma maneira, a qual seja através do complexo de bens a fim de exploração da empresa para obtenção de lucros. Tal diferenciação se fazia necessária apenas a época do advento da internet, pois tratava-se de algo novo e fora dos padrões até então conhecidos.

Nos dias atuais, o que se percebe é o fato de que os meios digitais têm sido vastamente utilizados, tanto pelos exploradores de empresas, como por consumidores, uma vez que é possível fazer quase tudo de forma online. Isto demonstra que ambos os lados, empresas e consumidores, passaram a entender esses modos virtuais como extensões dos estabelecimentos físicos e não como lugares distintos, reafirmando a ideia de desnecessidade de diferenciação de tipos de estabelecimento.

²⁸ V Jornada de Direito Civil. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view>> Acesso em 25 de Abril de 2019.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo objetivou demonstrar que é possível o enquadramento do conceito de estabelecimento virtual dentro do conceito de estabelecimento disposto pelo artigo 1.142 do Código Civil Brasileiro de 2002, mas que tal diferenciação entre tipos de estabelecimentos já não se faz necessária, sendo considerados, tanto o estabelecimento físico como o virtual, apenas como estabelecimento.

Para tanto buscou-se demonstrar a definição de estabelecimento no seu sentido amplo, o qual consiste na universalidade de bens explorados por um empresário a fim de se obter lucro. Perpassando, em seguida no que vem a ser estabelecimento empresarial e estabelecimento virtual.

Por um lado, percebe-se que para estabelecimento empresarial há definição legal expressa no artigo 1.142 do Código Civil Brasileiro de 2002, consistindo em uma universalidade de fato dos bens organizados para exploração de uma atividade lucrativa. Ou seja, o estabelecimento empresarial é aquele tradicionalmente conhecido, que possui espaço físico onde o consumidor pode se deslocar no espaço para realizar suas compras e negócios.

Por outro lado, observa-se que o estabelecimento virtual não possui definição legal expressa em nossa legislação, mas é assim classificado em razão dos meios digitais utilizados pelos consumidores para chegarem até as empresas, os quais se dão de maneira virtual por meio da transmissão eletrônica de dados. Observa-se ainda que alguns autores defendem essa diferenciação devido aos meios de acessibilidade entre um tipo de estabelecimento e outro.

Percebe-se que ambos os tipos de estabelecimento consistem no universo de bens organizados para exploração de uma atividade lucrativa, sendo a diferença entre eles o meio de acesso do consumidor, o qual na modalidade de estabelecimento empresarial se dá por meio físico e na modalidade de estabelecimento virtual se dá por meio digital.

Assim, observa-se que há a possibilidade de enquadramento do conceito de estabelecimento virtual no conceito já existente e trazido pelo artigo 1.142 do Código Civil Brasileiro de 2002, posto que independentemente de serem acessados

pelo consumidor por meio físico ou digital, ambos os tipos de estabelecimento consistirão em uma universalidade de fato de bens por meio do qual o empresário irá explorar a empresa, seja física ou virtualmente.

Nesta linha observa-se a desnecessidade da diferenciação entre tais estabelecimentos, uma vez que ambos os tipos, físico e virtual, se enquadram no mesmo em um mesmo conceito e agem da mesma maneira, explorando a universalidade de bens.

Ademais, a atual realidade das sociedades revela que o advento da internet trouxe mais comodidade e mais praticidade aos indivíduos, uma vez que é possível fazer quase tudo de forma online, através das páginas webs das empresas.

Assim, conclui-se que ambos os lados, empresas e consumidores, passaram a entender esses modos virtuais como extensões dos estabelecimentos físicos e não como lugares distintos, reafirmando a ideia de desnecessidade de diferenciação de tipos de estabelecimento.

REFERÊNCIAS

633.179/MT, REsp número. **Superior Tribunal de Justiça**. [Online] [Citado em: 07 de Maio de 2019.] <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>.

COELHO, Fábio Ulhoa. 2005. **Manual de direito comercial**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CRUZ, André Santa. 2018. **Direito empresarial**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, Método, 2018.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. 2004. **Dicionário Técnico Jurídico**. 6ª Edição. Revista e atualizada. São Paulo: Rideel, 2004.

JÚNIOR, Waldo Fazzio. 2007. **Manual de direito comercial**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MAMEDE, Gladston. 2019. **Empresa e atuação empresarial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MAMEDE, Gladston. 2018. **Manual de direito empresarial**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

SÍLVIO de Salvo Venosa, Cláudia Rodrigues. 2017. **Direito Empresarial**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

TOMAZZETTE, Marlon. 2018. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Vol. 1.

V Jornada de Direito Civil. **Conselho da Justiça Federal**. [Online] [Citado em: 25 de Abril de 2019.] <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view>.

2017. Vade **Mecum Saraiva**. 24ª edição. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.