



REVISTA DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO





**REVISTA DO
INSTITUTO DOS
ADVOGADOS DE PERNAMBUCO**

R. Inst. Adv. Pernambuco

Recife v. 1 n. 1 1994

REVISTA DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO

Organização e Edição: João Pinheiro Lins

Comissão Editorial: João Pinheiro Lins

Lourival Vilanova

L. Pinto Ferreira

Marcelo Neves

Ricardo José da Costa Pinto Neto

Resp. Técnica: Edson de Albuquerque Maranhão

Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores. É permitida a reprodução total ou parcial da matéria contida nesta revista, desde que seja citada a fonte.

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO - IAP

Rua do Giriutti, 90

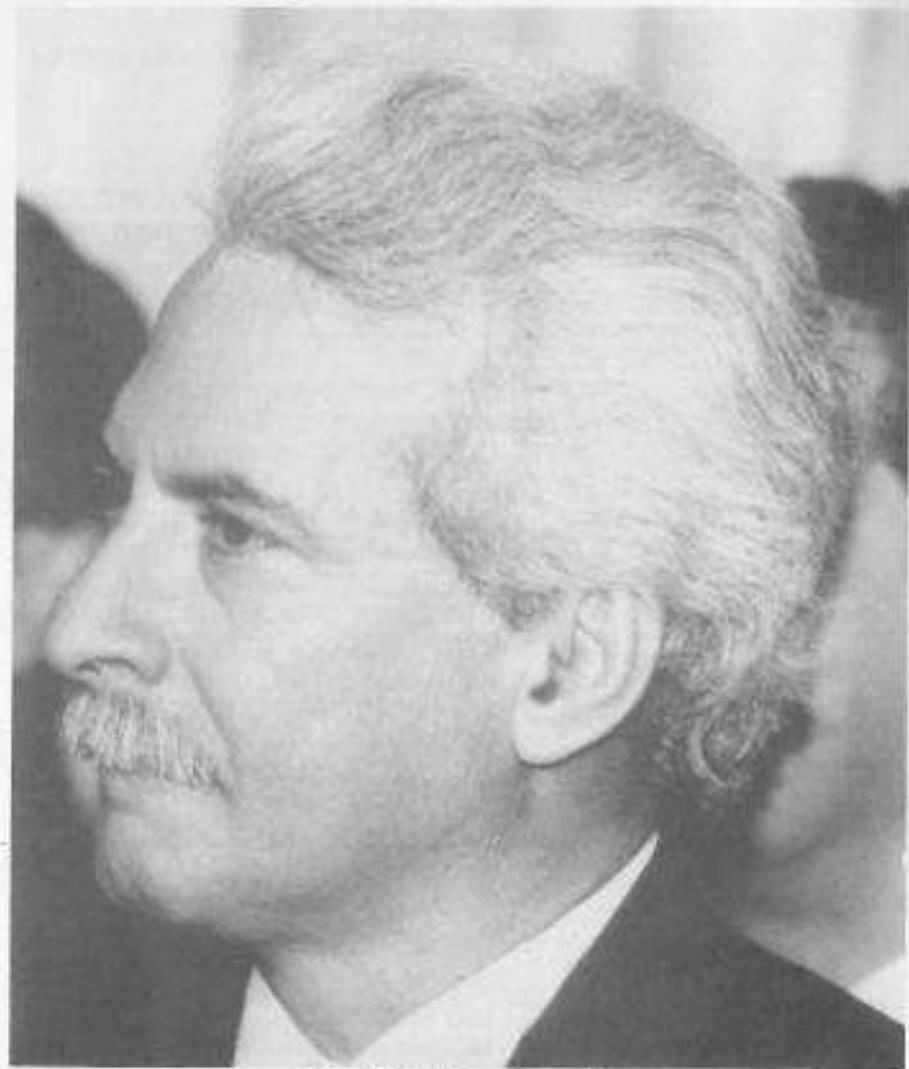
Telefones (081) 221.2555 / 268.4461 Telex 2408

50.010-240 - Recife - Pernambuco - Brasil

Referência Bibliográfica

REVISTA DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE
PERNAMBUCO, Recife, v. 1, n. 1, 1994, Anual.

1. Direito - Periódicos



Admaldo Matos de Assis

Secretário da Fazenda do Estado, homem público, reconhecidamente amigo do Instituto dos Advogados de Pernambuco

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	07
-------------------	----

SEÇÃO I

DOUTRINA

1 - O JURISTA SEABRA FAGUNDES - Peculiaridades de Sua Obra Maria do Rossio de Moura Rocha Baltar	
A - SUMÁRIO	11
B - INTRODUÇÃO	12
1-DAS INSTITUIÇÕES.....	15
1.1 ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL	15
1.2 TRIBUNAL DE CONTAS.....	17
1.3 REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO.....	19
2 - SOBRE A LEGITIMIDADE.....	21
2.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS	21
2.2 LEGITIMIDADE.....	23
2.3 LEGALIDADE DEMOCRÁTICA	24
2.4 NAÇÃO - ESTADO FEDERAL.....	25
2.5 O DIREITO DE GREVE EM FACE DA CONSTITUIÇÃO.....	27
3 - PROTEÇÃO JURISDICIONAL.....	29
3.1 PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.....	29
3.2 HABEAS-CORPUS.....	30
3.3 JUSTIÇA FEDERAL.....	31
3.4 MANDADO DE SEGURANÇA.....	32
3.5 AÇÃO POPULAR.....	35
3.6 DIREITO DE PETIÇÃO.....	37
4 - APRECIAÇÕES FINAIS.....	37
5 - INCLUSÃO	39
6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41
7 - BIBLIOGRAFIA.....	44
2 - DIREITO DE PROPRIEDADE	
Prof. Torquato da Silva Castro	47
3 - SOCIEDADE POR QUOTAS - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO GESTOR	
Marucia Coelho de Mattos Miranda Correa	63

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO



DIRETORIA

BIÉNIO 1993-95

Presidente	:	João Pinheiro Lins
Vice-Presidente	:	Luiz Pinto Ferreira
1º Secretário	:	Marcelo da Costa Pinto Neves
2º Secretário	:	Humberto Cabral Vieira de Melo
Tesoureiro	:	José Octavio de Meira Lins

I-residente de Honra:
Dr. José Cavalcanti Neves.

4 - LEGALIDADE E LEGITIMIDADE: UM ENFOQUE FILOSÓFICO JURÍDICO	
Rosângela Maria Croccia Macedo	79
5 - AÇÕES EM TESOURARIA - E QUOTAS LIBERADAS	
Paulo G. Bandeira da Cruz	107

SEÇÃO II

NOTÍCIAS

1 - REVISÃO CONSTITUCIONAL	169
2 - MARCELO, O BENJAMIM	169
3 - CONSELHO DO IAP - BIÊNIO 1993/1995	170
4 - DIRETORIA DO IAP - BIÊNIO 1993/1995	171
5 - ATUAIS MEMBROS DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO	171
6 - NOVOS DESEMBARGADORES	173
7 - CURRICULUM VITAE DE Francisco Dário Mendes da Rocha (Dario Rocha)	175
8 - CURRICULUM VITAE DE Fausto Valença de Freitas	195
9 - FORUM THOMAZ CIRILO	205
10 - HONORÁRIOS E AS RELAÇÕES CLIENTE - ADVOGADO	206
11 - O PATINHO FEIO, NÍVEL 6	207

APRESENTAÇÃO

Estamos com esse número iniciando o nosso programa editorial deste primeiro ano. Não é porém o primeiro evento cultural que a diretoria realiza nesta gestão; apesar de ser ao nosso ver o principal. Para o 2º semestre estamos programando Conferências para festejar a semana comemorativa da Criação dos cursos jurídicos no Brasil e mais a edição de outro número da nossa Revista. Evidentemente que não é proibido sonhar, principalmente quando não se tem receio de enfrentar dificuldades e vencê-las.

Estamos publicando os trabalhos de três jovens advogadas que estão se impondo pela cultura, pela dedicação aos estudos, representantes que são de uma nova geração de profissionais de direito que envaidecem os mais antigos.

Entre os amigos e confrades que desinteressadamente tem nos ajudado deve-se destacar o nome do Dr. Admaldo Matos de Assis, Secretário da Fazenda do Estado, pela ajuda e incentivo ao nosso trabalho. Não se trata de simples agradecimento, mas sobretudo de reconhecimento.

**SEÇÃO
I
DOUTRINA**

O JURISTA SEABRA FAGUNDES

Peculiaridades de Sua Obra.

Maria do Rocío de Moura Rocha Baltar(*)

"SEABRA FAGUNDES - peculiaridades de sua obra" se propõe a apresentar autor de grande estatura: Miguel Seabra Fagundes.

SEABRA FAGUNDES: nome que revela notável advogado e magistrado. Sempre com conduta ilibada, é exemplo de homem que lutou pelos seus ideais de Justiça e de Democracia, de forma decisiva e atuante. Neste trabalho apresentamos a legalidade por ele chamada legalidade democrática, sobre a qual constrói sua obra, alcançando tanto instituições como a ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL e o TRIBUNAL DE CONTAS, quanto as garantias individuais: HABEAS CORPUS, MANDADO DE SEGURANÇA, AÇÃO POPULAR, dentre outras. Tudo isto representando fundamentos à sociedade, em uma análise das garantias acima referidas, frente ao Estado de Direito.

Não se atendo ao hoje, e sempre com olhos voltados aos ensinamentos que a História nos oferece, vislumbra o futuro com idéias e entendimentos que o próprio tempo vem a confirmar.

Enfoca este trabalho, nos termos indicados, um pensamento jurídico que extrapola o Constitucional para atingir o Administrativo e o Processual, caracterizando atividade intelectual profunda e erudita a influenciar, de forma decisiva, o Direito Nacional.

* Mestranda de Direito da Faculdade de Direito do Recife (UFPE).

B - INTRODUÇÃO

Noticiou a imprensa o falecimento do jurista Miguel Seabra Fagundes aos 29 de abril do corrente ano.

Surpreendeu-nos a notícia por ser Seabra Fagundes nome que, dentre outras razões, impunha-se a nós, principalmente, em decorrência de menções a seu saber e indicações de leitura de trabalhos seus por orientação de professores da nossa Faculdade de Direito.

Posteriormente, tivemos conhecimento do "Concurso de Monografias sobre o Jurista Seabra Fagundes", através de editais amplamente divulgados. De imediato surgiu em nós a curiosidade de conhecer mais profundadamente a pessoa e o jurista Seabra Fagundes, curiosidade esta que crescia à medida que íamos tendo acesso aos trabalhos coletados para a pesquisa.

- * -

Nato no Rio Grande do Norte, na cidade de Natal, em 30 de junho de 1910, bacharelou-se pela Faculdade de Direito do Recife, onde ingressou em 1928, tendo colado grau a 14 de março de 1932. Uma vez formado, estabeleceu escritório de advocacia na cidade de Natal, enfrentando, no dizer de Otto Guerra (1), viagens ao interior fosse a cavalo, de trem, ou mesmo na boléia de caminhões a fim de bem exercer sua atividade de advogado, o que inegavelmente lhe trouxe "um excelente cabedal de conhecimentos e de experiência".

Mais tarde, seria escolhido, em lista tríplice, pelo Interventor Federal Mário Câmara para integrar o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, como representante dos advogados, tendo exercido a magistratura no período de 1935 a 1950. Referia-se à função judicante revelando sua peculiar humildade, bem sentida através de palavras suas a seguir transcritas:

"sempre entendi que uma das condições éticas para o desempenho da judicatura é a capacidade de superpor o dever de julgar bem ao amor próprio. O que induz ao reconhecimento dos erros e equívocos pessoais e da sua correção, com humildade, sempre que utilizados, pelas

partes, os caminhos legais para tal existentes (embargos, revisão, etc.)".

Foi Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, Interventor Federal no Rio Grande do Norte, Chefe do Executivo do Estado do Rio Grande do Norte, Ministro de Estado no Governo Federal, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, dentre tantas outras importantes atividades.

Posteriormente tornaria às lides da advocacia. E o fez ao se exonerar do Ministério da Justiça quando o então Presidente da República, Café Filho, convidou-o para que ocupasse a vaga na Suprema Corte, a que respondeu, em palavras suas: "Disse, então, ao Presidente, que não gostaria de ir para o Supremo Tribunal. Queria volver ao me escritório de advocacia, pois um bom exemplo que podia dar aos meus filhos era, deixando o Ministério, volver ao lugar de onde saíra para ocupá-lo. E apesar da insistência, o assunto se encerrou por aí.".

Em 1941 publicou o seu primeiro, logo clássico, livro intitulado *O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO*. Seguiram-se outros trabalhos destacando-se *DOS RECURSOS ORDINÁRIOS NO PROCESSO CIVIL* e *DA DESAPROPRIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO* além de inúmeros ensaios, conferências, acórdãos, votos publicados em diversas revistas jurídicas do país.

Foi membro da Academia Norte-Rio Grandense de Letras.

- * -

Este trabalho pretende apresentar uma síntese da obra jurídica de Miguel Seabra Fagundes. A obra jurídica porém, pouco vale, se não houver uma adequação ao seu autor. Por isso, para entendermos a sua produção literária e jurídica, necessário que alcancemos a sua personalidade de homem público que o foi.

Assim, tomemos depoimento gravado pelo nosso homenageado em 28 de maio de 1980, quando, perguntado pelo entrevistador Hélio Galvão (2) do porquê, convidado duas ou três vezes para o Supremo Tribunal Federal, não chegou ao Excelso Pretório, responde dentro de todo um contexto, que "Já aqui, recebi uma carta do Dr. Elmiano Cruz, na época juiz na capital da República, instando para que eu fosse ao Rio, pois perigava a minha nomeação por haver muita gente batalhando para ser nomeada para os novos cargos. Respondi a esse prezado e saudoso amigo que o Presidente

tinha um compromisso comigo, que se quisesse cumprí-lo o cumprisse, mas que eu não iria me curvar perante ele, a cobrar o cumprimento do prometido. E, como essas investiduras se fazem, por vezes, mercê de curvaturas, não fui nomeado". Essas palavras trazidas ao presente trabalho indicam o homem que nas letras jurídicas também não se curvaria a interesses intelectuais e, muito menos, a interesses outros, de ordem política, por exemplo.

A obra de Seabra Fagundes é, realmente, a síntese de um homem exemplo: na sua vida social, política e científica. Assim, entendemos suas palavras no citado depoimento, ao tratar do seu comportamento como juiz, já apresentadas neste trabalho.

Justa homenagem lhe foi prestada com o "Seminário de Direito Público 'Seabra Fagundes', realizado entre os dias 15 e 19 de outubro de 1990 e patrocinado pelo Centro Acadêmico Amaro Cavalcanti (UFRN) e a Comissão de Defesa dos Interesses dos Estagiários, órgão da Ordem dos Advogados do Brasil, secção Rio Grande do Norte.

Por fim, lembremos como se pronunciou a seu respeito o Ministro Carlos Mário Velloso do Supremo Tribunal Federal: "Miguel Seabra Fagundes, o sábio Seabra, trabalhador infatigável, tribuno, conferencista, escritor, pensador e homem de ação, quer realizar o ideal de fazer desta terra uma grande pátria, uma terra cujo povo tenha por norte o Direito, porque o Direito faz felizes as pessoas e sem o Direito não há salvação. A vida de Seabra, a sua longa e profícua vida, tem sido, toda ela, posta a serviço desse desiderato. Os homens do seu tempo sabemos o quanto ele fez, o que tem feito; mas a modéstia agressiva de Seabra o impede de ver - tal qual claramente vemos - o mundo que ele realizou. É essa modéstia que o faz continuar lutando... pregando, escrevendo, doutrinando, pugnando pelo Direito, lutando pela realização da justiça, despertando consciências, falando, sobretudo, pelos que não podem falar."(3).

Neste trabalho procuramos fixar a atividade do jurista Miguel Seabra Fagundes como profissional do Direito. Não nos ativemos a um estudo específico de suas obras, apesar da excelência de cada uma delas de "per si", mas pretendemos, sim, fixar nossa análise sobre temas e idéias norteadoras de sua atividade como um todo.

1 DAS INSTITUIÇÕES

1.1 ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Na obra de Seabra Fagundes uma instituição merece especial cuidado e carinho: a Ordem dos Advogados do Brasil.

Sentimos isto quando apreciamos palestra por ele proferida na cidade do Recife (4), aos 6 dias de agosto de 1982, ao destacar que a criação da Ordem dos Advogados do Brasil viria sacramentar remota aspiração dos advogados brasileiros lembrando, mais, que a Lei no. 4.215 de 27 de abril de 1963 normatizaria a instituição em termos de disciplina e seleção profissionais. O problema, muito bem posto, tem como base o artigo 18, I ao preceituar como função primeira da OAB o "defender a ordem jurídica e a Constituição da República, pugnar pela boa aplicação das leis e pela rápida administração da justiça e contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas".

Percebe-se nesta conferência o amor do nosso autor à instituição sendo este observável, de maneira perfeita, quando ressalta a posição impar atribuída à corporação dos advogados ao espelhar, fora de qualquer dúvida, uma marcante participação do bacharel nos grandes e importantes episódios da construção política da nossa pátria.

Contudo, não se limita a esta indicação teórica. Vai mais longe quando lhe confere, como principal função, a de além das questões e dos problemas do dia a dia de aplicação da lei e deter-se, por vezes apaixonadamente, na "análise e crítica da legalidade instituída; na luta pela sua conformação aos princípios que devem presidir, por consenso universal, e segundo a vocação histórica brasileira, a vida da comunidade, a definição e preservação dos direitos humanos, na luta, de resto, pela dignificação das instituições" (5). Como que complementando este pensamento, prosseguiu Seabra Fagundes, ser também função primordial da Ordem dos Advogados "não o indicar opções políticas conjunturais, que tal não pode ser função da OAB; mas para denunciar os desvirtuamentos flagrantes desses parâmetros e propugnar pela retificação, com obediência a eles, das linhas estruturais da vida nacional. E só se lhe emprestando essa dimensão tem significação válida a convocação da OAB a cooperar no aprimoramento da vida jurídica institucional do país".

Encontramos nestas citações ora trazidas, uma síntese perfeita do que é a Ordem dos Advogados do Brasil no que lhe é mais essencial.

As considerações encontradas na sua obra acerca da OAB se constituem, na verdade, uma constante convocação à atuação do advogado na defesa de valores maiores perseguidos pelo Direito. O advogado não pode desanimar mesmo ao se sentir como quem clama no deserto. O advogado tem em Seabra Fagundes um dos seus melhores exemplos.

Na verdade, o posicionamento defendido tão enfaticamente pelo nosso autor decorre das circunstâncias de dinâmica institucional do Brasil que reclamam da OAB atuação firme. Tudo isto, no que concerne à defesa da Ordem e das instituições jurídicas bem como ao seu aprimoramento. Tudo contra o oportunismo da sua formulação legislativa. Não se pode negar, sentir-se nele, verdadeiramente, autêntico espirito público sempre que considera a defesa da norma legal visando ao indivíduo de forma geral e imprecisa, sem servir a interesses de grupos e nem como mero instrumento de poder.

Constata-se em palavras que absolutamente atuais por verdadeiras, a rebeldia contra abusos que desvirtuam os princípios legitimantes das leis e ferem frontalmente o Estado de Direito. Tudo porque no Estado de Direito se supõe "a legalidade como clima Impessoal e sério de disciplina do exercício do poder e da usufruição de direitos. Quando tal não acontece, o poder, ainda se legítimo na origem, torna-se carente de legitimidade, pois exercitado em desconformidade com os princípios, que a sua delegação supõe, de respeito à coletividade cívica como um todo."(6).

Importante em se destacar neste posicionamento de Seabra Fagundes acerca da Ordem dos Advogados do Brasil é o fato de se encontrar intimamente ligado a ele toda uma problemática como veremos ao longo deste trabalho. Tanto no tocante ao problema de legitimidade como no referente aos direitos de ação e de petição sente-se o pensamento monopolizador de um homem que com o seu saber transmitiu a toda a sociedade brasileira o que mais importa: a dignidade do Direito.

Na conferência proferida na Ordem dos Advogados do Brasil (PE) encontramos o fecho de todo o pensamento exposto: "não é séria uma legalidade que, ditada imperiosamente pelos ocupantes do poder, se elabora hoje em função ostensiva do que a eles interessa amanhã. E assim sendo carece, em sua formação e no conteúdo, daquele teor abstrato e impreciso, que deve revestir uma ordem jurídica democrática..."(7).

1.2 TRIBUNAL DE CONTAS

Não passou despercebido a Seabra Fagundes a importância do Tribunal de Contas.

A preocupação bem atual despertada pelo Tribunal de Contas, tanto da União como dos Estados leva-nos, a traçar algumas linhas

sobre o pensamento de Seabra Fagundes que durante o VIII Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil (João Pessoa - PB) (8) em Conferência pronunciada aos doze (12) dias de novembro de 1975, buscou as Cortes de Contas cuja projeção "em seu papel controlador, sobre todos os poderes estatais, participando de atividades legislativas, executivas e judicantes, comunica-lhe um certo hibridismo e suscita controvérsias quanto à sua filiação a um determinado ramo dos três poderes públicos.".

Passou pela Constituição de 1891 (que instituiu o Tribunal de Contas da União); pela Constituição de 1934 que o inseriu "entre os integrantes de capítulo denominado - Dos órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais; também pela Constituição de 1937, conferindo ao Tribunal de Contas uma sistemática neutra.

Até este instante, lembra-nos, era o Tribunal de Contas um órgão SUI GENERIS, não cabendo em nenhuma das três categorias em que se secciona a sistemática dos órgãos constitucionais. Oferece (9) lição de Rui Barbosa para quem "Tribunal é, mas Tribunal SUI GENERIS"..."corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que colocado em posição autônoma com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças exerce funções vitais no organismo constitucional". Complementa a posição de Rui Barbosa com o pensamento de Castro Nunes para quem o Tribunal de Contas "É um instituto SUI GENERIS, posto de permeio entre os poderes políticos da Nação, o Legislativo e o Executivo, sem sujeição, porém, a qualquer deles".

Salto enorme foi dado em relação à Constituição de 1946 quando o constituinte, assumindo novas posições, filiou a Corte Federal de Contas ao Poder Legislativo, ao colocá-lo no capítulo a este destinado. Posição esta mantida pela Constituição de 1967 e pela Emenda Constitucional no.1. Nesta altura é de se destacar a posição assumida por Seabra Fagundes (10) numa contribuição altamente decisiva ao direito brasileiro. E o faz ao lembrar que o Tribunal de Contas da União "tem a sua mais relevante função de assessoramento do Congresso Nacional para a tarefa de fiscalização

financeira e orçamentária com os naturais desdobramentos para a apreciação das contas do Presidente da República (no desempenho das funções de auditoria e orçamentária) e no julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

Quanto à função administrativa do Tribunal de Contas, interessante trazer o seu posicionamento encontrado em "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário" (11): "A Constituição delega também ao Tribunal de Contas dizer da LEGALIDADE de contratos, aposentadorias, reformas e pensões. Mas, embora a expressão do texto constitucional seja a mesma empregada a propósito das contas dos responsáveis por dinheiros e bens do patrimônio da União ou das atarquias (JULGAR), o Tribunal não exerce função judicante quando se manifesta em tais casos. A atribuição que então desempenha é materialmente administrativa. Apreciando aqueles atos, o que faz a Corte de Contas é COOPERAR NA SUA ULTIMAÇÃO. O seu pronunciamento tem o caráter de manifestação da vontade, por parte da administração, indispensável à integração do ato. Se favorável..., o ATO..., se tem como perfeito... e, portanto, exequível. Se contrário, o ato se considera nenhum. Tendo por si a manifestação da vontade do agente criador, ter-lhe-á faltado, no entanto, a do órgão de controle indispensável a aperfeiçoá-lo. Como ato complexo, não chega, portanto, a ultimar-se, a ter vida jurídica.".

Ante o fato de alguns autores defenderem ser o julgamento do Tribunal de Contas de natureza administrativa, lembra-nos, ainda, que mesmo limitando-se a aspecto contábil é o seu julgamento "conclusivo" e por causa disto os órgãos dos Poderes Judiciário não possuem jurisdição para examiná-los. Na conferência acima referida (12) encontramos o nosso homenageado lembrando que "O teor jurisdicional das decisões... se depreende da própria substância delas; não do emprego da palavra JULGAMENTO pelos textos do direito positivo. Resulta do SENTIDO DEFINITIVO da manifestação da Corte, pois se regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento seria mero e inútil formalismo, restando inexplicável a mobilização, para fazê-lo, de um órgão altamente qualificado pelos requisitos de investidura dos seus membros."

Ante a importância do tema, acreditamos ser suficientemente válido encerrarmos este item com palavras do homenageado encontradas na já referida conferência. São elas: "Aqui permitimo-nos reivindicar uma prioridade. Sempre se nos afigurou indispensável elevar o controle dos Tribunais de Contas, do plano escrito, e de resto falso, da constatação meramente

documental de regularidade na aplicação dos dinheiros públicos, para o confronto dos processos de prestação de contas com a realidade material. Porque somente assim seria possível evitar que se tivesse por legítimo o emprego fictício de dotações, acobertado por documentação urdida a propósito. Daí o porquê ainda em 1968, num trabalho intitulado "Reformas Essenciais ao Aperfeiçoamento das Instituições Políticas Brasileiras", escreviamos com relação ao Tribunal de Contas da União: "o atual controle, adstrito à legalidade, leva esse órgão a homologar contratos, cuja falta de lisura é manifesta, mas cuja exterioridade se afigura regular..."(13).

Como integrante da Comissão de Reforma Constitucional nomeado pelo Presidente Castelo Branco (1966), sugeriu Seabra Fagundes, que fosse atribuído ao Tribunal de Contas o PODER DE INSPEÇÃO.

A apresentação feita em breves linhas apresenta pontos essenciais sobre os quais se poderá rever a matéria a nível constitucional, quando a participação de Seabra Fagundes será, mais uma vez, definitiva.

1.3 REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

Uma outra questão merecedora de especial atenção de Seabra Fagundes foi a reforma do Poder Judiciário. Se necessária, quais os remédios ou soluções oferecidas.

Como magistrado evoluído aliado a ideais de justiça, de respeito aos direitos individuais que o foi, não poderia deixar de abordar como capítulo dos principais da sua grande obra, não somente a questão da prestação jurisdicional em si, como do Poder a ela dirigido, o Poder Judiciário. Assim, análise crítica e criteriosa nos é oferecida em estudo que foi intitulado "Reforma do Poder Judiciário. Diagnóstico. Terapêutica".

Neste estudo enfoca o autor o imediatismo que sempre regeu o comportamento das lideranças brasileiras no que concerne à questão estrutural do Poder Político como responsável pela indiferença com que, normalmente, tratava-se a organização do Poder Judiciário, em especial nas diversas fases da nossa República. Partindo de premissas postas nestes termos, o nosso autor diagnostica argutamente os males que afigem a dinâmica do Poder Judiciário: a) lentidão no andamento dos feitos e b) custo demasiado do exercício do direito de postular.

Preocupando-se com o problema, não se coloca ele como mero espectador a observar, passivamente, os fatos. Pelo contrário, ao mesmo

tempo que assim diagnostica os males acima lembrados, de pronto oferece sugestões, e, mais, remédios para a sua eliminação.

Vejamos: reconhecendo o lento desenvolver das causas em instâncias como resultante primordial de uma desproporção facilmente constatada na comparação entre o total de feitos distribuídos e o número de juizes existentes para o seu processamento e julgamento, sugere o condicionamento do número de Varas ao crescimento estatístico dos litígios, bem como de órgão disciplinar ao qual seria acometida por lei, a função de analisar serviço acumulado com o fim de que providências fossem tomadas sempre que resultantes de falta individual.

No tocante ao alto custo para se poder postular, sugere adaptações ao sistema atentando à nossa realidade social.

Reconhece o nosso homenageado como vitoriosa a criação dos Tribunais de Alçada, por ele preconizada, já quando participante do Congresso para definição das reformas de base" (São Paulo, 1963).

No seu estudo "Reforma do Poder Judiciário. Diagnóstico. Terapêutica." (14) encontramos textualmente: "Ao formulá-las tivemos em vista duas circunstâncias: uma, a necessidade de reduzir substancialmente o número de feitos dependentes da jurisdição do Supremo Tribunal, de sorte a tornar possível o equilíbrio entre o número de processos com ingresso anual no protocolo e o número de julgamentos proferidos; outra o imperativo de chegar a esse resultado sem preterição das oportunidades de reexame das causas, numa instância extraordinária e nacional, dado que nenhuma modificação na estrutura da Justiça se mostrará profícua, se, para tornar-lhe o funcionamento mais expedito sacrificar as vias de postulação".

Propunha Seabra Fagundes a criação de três Tribunais Regionais de Recursos pelos quais se distribuiriam a competência que então era exclusivamente atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Desta separação caberia à Suprema Corte, como é evidente, jurisdição para julgar os recursos extraordinários baseados em violação da Constituição. Quando da divergência na exegese da lei Federal, a competência seria conferida aos Tribunais Regionais.

Observamos hoje, sob a vigência da Constituição Federal de 1988, a aceitação por parte do legislador constituinte da idéia da necessidade de desafogar o Supremo Tribunal Federal, o que se verifica com a criação do Recurso Especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça.

Ante a preocupação demonstrada ao considerar a necessidade de reforma do Poder Judiciário não podemos nos furtar de trazer o pensamento de Seabra Fagundes acerca do Supremo Tribunal Federal.

A esta Emérita Corte dedicou Seabra Fagundes, em especial atenção, conferência pronunciada no ciclo promovido pela Universidade de Brasília, quando da comemoração do seu Sesquicentenário, cujo estudo intitulou "A Função Política do Supremo Tribunal Federal". Trazemos, então, suas palavras que, por ilustrar de maneira clara e precisa o papel do Excelso Pretório no contexto nacional, faz-se mister a reprodução: "No Presidencialismo, não se solucionando os conflitos oriundos de atuações do Poder Executivo e do Congresso ou Parlamento mediante critérios políticos e pela ação deste..., senão através de critérios jurídicos..., o Poder Judiciário assume um papel magno na dinâmica do governo. Porque, pela sua natureza mesma, o órgão das soluções jurídicas. E no contexto deste órgão dirimidor de todas as situações contenciosas, em que partes os Poderes Legislativo e Executivo entre si, ou o indivíduo e qualquer deles (através de lei ou de ato administrativo), um ente de cúpula há de situar-se, necessariamente, com jurisdição para dizer a palavra inapelável e final, sempre que arguida ilegalidade ou inconstitucionalidade do comportamento dos outros dois poderes. Daí ser de dizer-se que da presença afirmativa e enérgica do mais alto Tribunal da República dependerá, nos regimes presidencialistas, em parte substancial, o êxito prático das instituições políticas. Elas vicejarão em sua pureza ou se amofinarão, inexpressivas, em razão das manifestações dessa Corte, seja nos momentos cruciais de crise, seja no dia-a-dia da vida política, social e econômica. Porque a ela, e somente a ela, cabe, com autoridade magna, dizer não às demasias e abusos dos outros dois poderes, reduzindo-lhes as ações, pela força convincente das razões dos seus arestos e pelo peso moral da sua autoridade, às dimensões próprias, segundo o contexto da Constituição."(15).

2 SOBRE A LEGITIMIDADE

2.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Consideraremos como ponto central da obra de Seabra Fagundes o seu entendimento sobre a legitimidade.

Merce especial destaque o desenvolvimento feito por Seabra Fagundes sobre o problema da legitimação no Estado Brasileiro com o Imperador D. Pedro I, e toda a problemática decorrente da dissolução, em 1823, da Assembléia Constituinte e consequente imposição da Constituição Imperial.

Uma observação inicial se faz preciso para indicar o cuidado que Seabra Fagundes (16) teve ao escrever no que se refere aos aspectos históricos, imprescindíveis que são ao verdadeiro entendimento dos problemas jurídicos. Assim, ao tratar da imposição da Constituição Imperial, conforme dissemos acima, apresentava ele o fato desta maneira: "É embora tumultuada essa fase de construção institucional pela dissolução, em 1823, da Assembléia Constituinte (convocada antes mesmo da Proclamação da Independência: 3.6.22), destinada a votar uma primeira Constituição para o país tudo se compôs satisfatoriamente. A submissão, ao referendo das Câmaras Municipais, da Carta Política elaborada, após a dissolução, por determinação do Imperador, conferiu-lhe legitimidade que o acolhimento, pela elite política e pelo povo em geral, consolidaria. O novo Estado passou a reger-se por uma Constituição limitadora do poder e asseguradora dos direitos individuais.".

Saltando para a República, pressupõe o autor que a mesma nasceu sem legitimidade, e afirma que o princípio da legitimidade foi afetado por crise. Na verdade, escreve que "logo após promulgada a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 e eleito Presidente da República, pela Assembléia Constituinte, transformada em Congresso, o Marechal Deodoro da Fonseca.

O Presidente eleito, num ato despótico, para o qual carecia de qualquer apoio na Constituição, decretou a dissolução das Câmaras Legislativas. O seu poder se tornou, dessarte, ilegítimo.

Renunciando ele, ante sublevação da Armada, discordante do seu comportamento arbitrário, assumiu o poder, legitimamente, o Vice-Presidente, Marechal Floriano Peixoto."

Assim, a Revolução de 1930 abriria o caminho da legitimidade da representação a ser consolidada pela eleição de Getúlio Vargas em 1934. Passando pelo chamado Estado Novo que, na sua opinião, "tornava carente de legitimidade o Governo Federal".

Seguiu-se a Assembléia Constituinte de 1946 quando "por sufrágio universal, o poder recuperou a legitimidade". A seguir, um turbulento período a estender-se até 1964 quando ocorreu a imposição de uma nova ordem a qual segundo o manifesto (lembrado por Seabra) representado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, Marinha e Aeronáutica (Comando Supremo da Revolução) se declara, especificamente, que não é o Congresso que legitima o Movimento, se não este que, pelo exercício do poder Constituinte, confere legitimidade àquele.

Viveu o país longo período sob esse clima de legitimidade revolucionária a ser superado com a Constituição de 5 de outubro de 1988 que, vigente até os nossos dias, encontra-se às vésperas de uma revisão.

2.2 LEGITIMIDADE

Partindo-se das considerações históricas, sente-se preocupação observada ao longo de grande parte da produção científica de Seabra Fagundes. Referimo-nos ao problema da LEGITIMIDADE.

Realmente, em *A LEGITIMIDADE DO PODER POLÍTICO NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA*, apresenta-nos ele, de forma clara e objetiva, a questão da legitimidade do poder político abordando inicialmente o problema no seu aspecto mais geral para, mais adiante, apreciá-lo sob enfoque histórico no Estado Brasileiro.

Desenvolvendo o assunto escreve Seabra Fagundes que não haverá legitimidade do poder se não houver correspondência aos valores político, social, econômico, espiritual, entre outros, predominantes na sociedade. Na verdade, não se poderá falar em legitimidade do poder se este não espelhar aqueles valores sociais do Estado em que é ele exercitado. Por outro lado e, em contrapartida, observa Seabra Fagundes que em havendo esta correspondência haverá por parte do povo uma aceitação natural e pacífica, uma obediência espontânea e o reconhecimento do poder como válido pois que se apresenta perante o povo como autoridade.

A assunção e o exercício do poder têm sido explicados através de fatores extrínsecos. Sendo assim, cita Seabra Fagundes como fontes do poder, elementos como o êxito militar, a força do guerreiro vitorioso, a transmissão hereditária da legitimidade, a teoria da sua origem divina, o carisma pessoal, ou até mesmo o ilusório bem estar material do povo que tem em Veneza um exemplo de sua existência como fator extrínseco legitimador do Poder.

Ao analisar o problema da legitimação nos regimes ditatoriais, ensina-nos haver um desgaste natural do prestígio do governante, consequente ao prolongado exercício do poder. Afirma que o mesmo não se dá quanto aos regimes democráticos vez que a periodicidade característica destes tende a evitar um esclerosamento do grupo dominante. Isso decorre de transformações, da renovação de métodos e propostas para a solução de problemas existentes no seio da sociedade.

Convincentes são as apreciações feitas pelo autor acerca do problema da legitimidade nos regimes ditatoriais, pondo-os em dúvida. Atualmente vivemos o problema da Iugoslávia onde irrompeu a guerra entre sérvios, bósnios e croatas a confirmar o fundo carismático falso da legitimidade do poder na Iugoslávia de ontem, do Marechal Tito. São palavras suas que cumpre-nos reproduzir: "Caso impar da perduração, ao longo dos anos, de legitimidade de fundo carismático, nos oferece a Iugoslávia do Marechal Tito. A comunhão inicial, do herói da libertação e artífice da unidade nacional, com as aspirações, os interesses e os sentimentos do povo, e a sua capacidade de manter-se identificado com este, pela afirmação da autonomia do país em relação às pretensões de influência soviética, pela capacidade de estruturar as instituições políticas e econômicas em termos peculiares, bem assim a sua projeção internacional numa liderança independente, fizeram do Marechal Tito o chefe aceito pacificamente e respeitado pelo povo enquanto viveu."(17).

Reviravolta das mais violentas ocorreria aí, nesta mesma Iugoslávia. É que as marchas e contra-marchas da história são imprevisíveis...

Confirma-se, por outro lado, a posição do mesmo Seabra quando preceituava o artigo XXI da Declaração Universal dos Direitos do Homem que "A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto".

Na linha do seu pensamento, passemos a considerar o que Seabra Fagundes denominou de "**A LEGALIDADE DEMOCRÁTICA**".

2.3 LEGALIDADE DEMOCRÁTICA

Em 1970, ano em que de forma intensa se sentia o peso do regime autoritário então vigente no nosso país, toma posse no Instituto Dos Advogados Brasileiros, Seabra Fagundes o faz de forma ousada, audaz, discursando sobre **A LEGALIDADE DEMOCRÁTICA**. Discorre, então, sobre tema que mais que o advogado brilhante e magistrado experiente de todos já conhecido, revela um homem de saber jurídico vinculado a uma ideologia democrática a se realizar sobretudo nos direitos e liberdade do indivíduo, ideal que sabe defender e honrar com pensamentos corajosamente expostos em seu discurso.

O faz, inicialmente, numa análise em que nos é mostrada a inquietação em que vivia o mundo com as variadas manifestações ocorridas em

diversos países distribuídos pelos continentes, com suas características próprias, decorrentes da individualidade de cada povo, de cada Nação.

Mas, ressalta que mesmo diante dessa diversidade de situações, saliente estava o ponto comum da intolerância de cada um em relação a quem lhe fosse adverso, contrário, ponto comum este gerador de injustiças e tendente a fazê-las germinar e proliferar como erva daninha.

Clama, então, o orador pela atuação dos advogados a, enobrecendo a profissão que haviam abraçado, lutarem contra o germe da injustiça, da opressão, da intolerância e em atos elevados de dignidade e bravura, preservarem o "conteúdo moral da sociedade, que é a limpida nobreza do sentimento de justiça, o sentimento básico na formação do homem normal".

Salienta, igualmente, quão árdua é tal tarefa.

Dúvidas podem pairar, entretanto, sobre o caráter vão ou mesmo quixotesco de tal tarefa. E é de forma inquestionável que Seabra Fagundes vai buscar na História a resposta a essas dúvidas. Na verdade, é a História que revela através dos tempos, que se não houver uma resposta imediata à opressão, cala o povo numa aparente aceitação que, por ser aparência, tende a ver crescer, de forma silente mas imperiosa, um sentimento contra aquele estado de coisas que em um determinado momento eclodirá. E se de imediato se mostra verdadeiramente vão qualquer movimento no sentido de se opor à opressão, nunca restará inútil e vão no seu aspecto moral que é vital para a existência de qualquer sociedade humana.

2.4 A NAÇÃO-ESTADO FEDERAL

Constrói-se a Nação sobre a legitimidade.

Transmite-nos Seabra Fagundes, com incomparável clareza que uma Nação não é feita apenas de seu momento atual, mas sim, é fruto de seu passado, de sua vivência histórica. Com suas próprias palavras: "É a Nação uma continuidade, não um episódio". E é esta história que nos revela como uma Nação de vocação Constitucionalista e Legalista, observada desde o Império e através da República.

A ordem constitucional foi um legado dos nossos antepassados, pioneiros na construção da Nação Brasileira que deixaram como ensinamento o amor à ordem constitucional a se revelar através da limitação dos poderes e do respeito aos direitos de cada pessoa humana.

A aspiração a um Estado que realize, sem oprimir, é idéia defendida pelo orador. Chamando de liberal a ordem jurídica que se estruture tendo como base a tradição de respeito a um conjunto de direitos individuais, de maneira clara e enfática defende que o "liberalismo político se confunde com a própria democracia, pois se traduz na existência de um elenco de direitos básicos para a criatura humana, por força dos quais o poder político é limitado na sua expansão, e aos cidadãos é dado opinar e optar no concernente aos governantes e à composição dos governos." (18).

Ressalta, entretanto, com propriedade, que não se entenda esse pensamento como uma defesa ao Estado Liberal, este omissão e ultrapassado. Defende, sim, a sobrevivência do liberalismo político que tem por cerne os direitos individuais.

Para Seabra Fagundes (19) a ordem jurídica não é apenas um formalismo artifioso de bacharéis como querem alguns afirmar, senão o poder determinado contra a injustiça, o abuso, a opressão. É, isto sim, o império da Constituição que ao mesmo tempo que preserva direitos em suas mais variadas formas e abrangência no que se refere à pessoa humana, protege-os contra a arbitrariedade e abuso dos que detêm o poder, através da limitação deste. É, ainda, o império das leis que regula o dia a dia dos indivíduos e que disciplina a convivência pacífica destes inibindo os atos maléficos que necessariamente decorrem do arbitrio da vontade pessoal quando não limitados pela lei.

Paralelamente, há de se considerar o Estado Federal.

O Estado Federal Brasileiro, está sob a análise de Seabra Fagundes quando de dois estudos seus, denominados "A Expansão dos Poderes Federais" e "O Poder Econômico da União e as suas repercussões sobre a autonomia política dos Estados". Não lhe passa, então, desapercebido o seu nascimento como fruto não de um processo pelo qual se busca uma unidade nacional com fins de melhor atingir os seus objetivos administrativos e políticos, mas, como "um instrumento de governo". Não reconhece o autor nas unidades federadas um sentimento de autonomia, mas vê o seu surgimento com base na grandeza geográfica do país, nas diversidades locais dela decorrentes e que exigem tratamento autônomo para os problemas dos diferentes Estados-membros. Observa-se pelo seu ensinamento que a autonomia dos Estados "fora um processo de técnica jurídica, adotado por útil aos seus interesses, e não o resultado da abdicação parcial de um estatuto, que antes situasse cada qual num plano de independência em relação às outras, o que vale dizer, fora de qualquer laime com o corpo

nascido da junção de todas - a União, falecia-lhes base histórica e moral para reivindicações de livre determinação."(20).

Sob outro ângulo, tem razão o autor, ao ver no poder político, uma tendência de fortalecimento do poder central, qualquer que seja sua origem ou modalidade de exercício.

E, é sobre essa argumentação que, fundamentadamente, Seabra Fagundes explica o evoluir de nosso Estado Federal com uma progressão dos poderes federais. A autonomia interna dos Estados torna-se cada vez menos significativa quanto maior é o poder da União no setor financeiro e econômico, tal como se observa em nosso Estado Federal.

Igualmente, não nega o autor o Estado Federal como um instrumento próprio ao nosso país como grande comunidade geográfica e de variada formação étnica que o é, do ponto de vista da técnica jurídica e da prática política, a fim de que se obtenha a "conciliação, num todo nacional, dos interesses locais menores, com o interesse maior do conjunto". E, quando analisa a nossa realidade não o faz com pessimismo, mas sim, nos seguintes termos: "E se temos problemas a esse ângulo (como de resto a tantos outros), é que somos uma nação ainda principiando a viver. Basta lançar os olhos sobre alguns dos povos, que praticam o mesmo regime, para nos convencermos de que a fonte primária dos males políticos brasileiros provém da natural imaturidade cívica de um povo, que não conta sequer século e meio de vida independente.

Não há, por conseguinte, que olhar com pessimismo os senões do regime federativo no Brasil, e sim que enfrentá-los com o ânimo de superá-los para felicidade da Nação".(21).

2.5 O DIREITO DE GREVE EM FACE DA CONSTITUIÇÃO

Disciplinada pela Constituição Federal vigente como direito social (artigo 9º e seus parágrafos), a greve mereceu especial atenção de Seabra Fagundes, ainda quando não elevada a nível de direito social constitucional (anteriormente o direito de greve era apenas reconhecido pela Constituição).

O reconhecimento da cessação coletiva do trabalho surge como um direito constitucionalmente previsto em favor da classe trabalhadora. Lembra Seabra Fagundes a sua evolução e consequente ultrapassagem da tese oferecida por Léon Duguit para que em era a greve um fato social

muito grave, que nem o jurista, nem o economista, nem os homens que estão no poder podem desconhecer devendo ser resolvida por arbitragem ou conciliação.

A questão da greve como direito "reconhecido" constitucionalmente é abordado por Seabra Fagundes em estudo intitulado "O Direito de Greve em face da Constituição". O enfoque oferecido pelo autor do que seja a greve é o de reconhecimento do seu exercício como resposta dos indivíduos de ante a incapacidade do Estado em proteger plenamente ou preservar os interesses dos trabalhadores individualmente ou quando organizados em grupos. Assim, sob a ação da greve agem em defesa de seus próprios interesses, momentaneamente e por fins estritamente determinados.

Observação importante do autor desta aceitação por parte do Estado de tal reação pessoal, ou seja, o reconhecimento por parte deste Estado (mesmo não constituindo a greve solução ideal), atende muito mais satisfatoriamente ao sentimento de justiça da comunidade do que o sacrifício do mais fraco economicamente, ou pelo poderio ou pela indiferença das forças empresariais.

Com acuidade, o autor tece considerações absolutamente pertinentes no que se refere ao exercício deste direito a ser alcançado não como ato atentatório às próprias condições de existência da sociedade organizada no Estado.

Defende Seabra Fagundes, com propriedade, que o aspecto político da greve deve ser considerado juntamente com o seu aspecto jurídico ante a necessidade de se encontrar uma conciliação da legitimidade jurídica com as conveniências econômicas envolvidas, quer dizer, conciliação entre o resguardo do interesse geral e a posição do trabalhador. Caso contrário, alerta o autor para o perigo que pode advir do descontentamento e agitação a ser fatalmente observado no espírito de cada indivíduo.

Não deixou de ser objeto da atenção do autor a posição da Justiça do Trabalho quando em confronto com a existência da greve. Em palavras muitas próprias, afirma o autor que "choca-se a noção da greve, como apelo coletivo à justiça pelas próprias mãos, com a de magistratura do Trabalho, como órgão de poder público, especificamente constituído para dirimir as contendas entre empregados e empregadores... Ou bem a Justiça do Trabalho tem significação positiva na estrutura do Estado, e nenhum conflito oriundo das relações de emprego exige o apelo à via de fato da

cessação do trabalho, ou bem não existe um órgão estatal destinado a conhecer dessas relações e a greve é o remédio extremo de que se há de valer a classe economicamente fraca, para a solução das pendências com os donos de empresas."(22).

Observa, mais, o autor a possibilidade de coexistir na prática a Justiça do Trabalho com o exercício do direito de greve legalmente reconhecido. Para o Brasil, lembra ele "O Direito de Greve em Face da Constituição".

À época em que escreveu este trabalho, apontava como necessária a harmonização da "missão jurisdicional do Estado através da Justiça do Trabalho, como dirimir de dissídios coletivos, com o drástico instrumento da paralização coletiva do trabalho".(23).

Depois de um amplo desenvolvimento de ordem histórica que certamente servirá de subsídio aos estudiosos do direito de greve, oferece pensamento original a alcançar, se falarmos em termos da vigente Constituição (artigo 9º, e seus parágrafos): "A nós se nos afigura que a melhor fórmula, ou antes, a fórmula menos inconveniente, seria a que impusesse aos grupos grevistas, em atividades consideradas vitais para o país ou para certos núcleos de população, (serviços concedidos, ou mesmo prestados, originariamente, por pessoas privadas), a constituição de turmas de manutenção dos serviços, em revesamento, a fim de lhes assegurar um mínimo de rendimento compatível com as necessidades prementes das populações locais atingidas, ou do país". (24). Tudo isto sendo essencial porque "daí surge uma natural hierarquia de valores, indicando ao legislador conciliar os interesses dos grevistas, pela pressão direta sobre o empregador, e do público utente do serviço, pela manutenção da parte essencial deste".

3 PROTEÇÃO JURISDICIAL

Passando ao presente item, partimos de "A Evolução do Sistema de proteção Jurisdicional dos Direitos no Brasil Republicano".

3.1 PRESTAÇÃO JURISDICIAL

Ao penetrar em seara cujo domínio lhe é tão peculiar, Seabra Fagundes trata da questão da proteção jurisdicional dos direitos no Brasil Republicano com segurança que é por si só absorvida com a leitura e meditação de suas palavras.

Breve menção ao período do Império nos é trazida quando

lembra que tal época "não conheceu a plena proteção jurisdicional dos direitos em face do Estado". Observa, então, que todas as questões de ordem administrativa pertenciam (calcando-se, aí, em Pimenta Bueno) "à competência exclusiva do governo" e mais, que a jurisdição do Poder Judiciário não alcançava as questões de ordem administrativa.

Mostra-nos, a seguir, de forma clara e precisa o autor, que com a República transformações ocorreram quanto à questão da proteção jurisdicional dos direitos subjetivos.

Consideremos alguns dos seus aspectos:

3.2 HABEAS CORPUS

Ao se tratar da proteção de direito individual, obrigatoriamente, trata-se do habeas-corpus. Assim sendo, explicável o seu cuidado ao considerá-lo.

Ao se referir a este remédio, afirma o ilustre autor que "A conceituação do habeas corpus, erigido em garantia constitucional, é expressa numa fórmula ampla, em que não se lhe refere como objeto a liberdade de locomoção, segundo mencionado no direito anterior, mas sim, genericamente, a proteção contra 'a violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder'.(25). Explicitando a afirmação, destaca que essa fórmula tinha o propósito de alargar a possibilidade de exame, pelo Poder Judiciário, dos atos emanados do Poder Executivo, e, por via obliqua, dos atos do Congresso. Afirma Seabra Fagundes ter assim sido, porque pela redação do texto, acolhia-se a idéia de ampliação do WRIT surgida, ainda em 1868, no "Programa do Clube da Reforma", que advogava e reivindicava a admissão do habeas corpus sempre que houvesse algum constrangimento ilegal, fosse iminente ou efetivo, por parte de qualquer autoridade administrativa ou judiciária. Firmava-se o princípio de a toda lesão de direito corresponder um remédio processual suscetível de saná-lo.

Em apoio à sua maneira de colocar a questão, lembra que Rui Barbosa, com o peso de suas idéias, teve grande influência com suas postulações frente ao Supremo Tribunal, no sentido de que fosse aceito por este órgão conversão do "vetusto remédio do direito britânico em instrumento de proteção do indivíduo contra o arbítrio do poder e, indiretamente, de defesa das próprias instituições republicanas." (26).

Reconhecida e destacada por Seabra Fagundes a importância

social da jurisprudência responsável pela construção nova ao WRIT secular, e que se constituiria na denominada "Teoria Brasileira do Habeas Corpus" que, promovendo o aperfeiçoamento das instituições republicanas, trouxe o Poder Judiciário à posição de "supremo árbitro no amparo do indivíduo e das minorias contra os abusos do poder Executivo".

Mostra-nos com clareza o autor, o evoluir desse processo. Importante, cumprindo destacar, é a convicção e o carinho com que Seabra Fagundes trata do tema do habeas corpus. Note-se como o apresenta. Inicialmente, salienta que o habeas corpus abrangia, exclusivamente, o direito de ir e vir. Mas, lenta e solidamente foi a jurisprudência, através de seus julgados, ampliando a aplicação do instituto que passou a abranger, também, o exercício do direito de ir e vir correlacionado a direitos outros, sempre que o direito da locomoção surgisse como essencial ao exercício de outro direito, este incontestável e líquido.

Entende-se, daí, que uma vez protegido o direito à liberdade de movimento, que era essencial ao exercício de um outro direito, havia, de fato, a proteção a este segundo direito.

3.3 A JUSTIÇA FEDERAL

Matéria pouco estudada e normalmente esquecida pelos estudiosos é a instituição da JUSTIÇA FEDERAL. Não se confunda esta justiça federal com a existente nos nossos dias.

Pelo seu estudo demonstrou Seabra Fagundes a importância que por ela oferecida para o entendimento da prestação jurisdicional em favor dos indivíduos, na nova República.

Referia-se Seabra Fagundes ao estudá-la, à Lei no.221 de 20 de novembro de 1894 que complementava e organizava a Justiça Federal da República.

Em seu artigo 13 oferecia normas que regulamentavam o exercício do controle das leis e dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Criava-se, assim, um sistema protetor do indivíduo contra os abusos do poder e, de igual sorte, contra as ilegalidades administrativas em geral. Salienta Seabra Fagundes ser este um sistema para aquele momento histórico.

Instituía-se a ação sumária especial ou ação de nulidade de ato

administrativo, pela qual os juízes e tribunais federais teriam competência para processar e julgar as causas que se fundassem na lesão de direitos individuais por atos ou decisões das autoridades administrativas da União.

Mais ainda. Esclarece o autor que cabia à autoridade judiciária anular no todo ou em parte o ato ou a resolução em questão, vez que ficasse constatada sua ilegalidade, para o fim de assegurar o direito do autor.

Um outro ponto de capital importância e destacado por Seabra Fagundes era aquele sobre o qual dispunha referida Lei que "os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestadamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição." (27).

Antes de passarmos à consideração do mandado de segurança, e à guisa de ilustração, pela relevância que lhe é conferida, devemos lembrar que não lhe passou desapercebido que o pensamento adiantado a que dava continuidade a jurisprudência prosseguia avançando para, de forma mais abrangente, interpretar com largueza, também outros institutos como o da responsabilidade civil, a conceituação de acidente do trabalho e os direitos dele decorrentes, como o reconhecimento do direito à reparação do dano da companheira e filhos da vítima - família natural.

3.4 MANDADO DE SEGURANÇA

Com o evoluir desse processo jurisprudencial relativamente à aplicação do habeas corpus, constituiria etapa seguinte o reconhecimento, por parte do legislador constituinte de 1934, com palavras do autor, "da indispensável necessidade de um remédio processual célere e simples - o mandado de segurança - para proteger os direitos subjetivos públicos em geral." (28).

Lembra Seabra Fagundes que esta conquista foi alcançada não sem a observância anterior, de um retrocesso nesse processo de evolução na proteção aos direitos subjetivos sob a República.

Surgiria o mandado de segurança, "para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. Entregava, assim, ao uso dos jurisdicionados, após a mutiliação do habeas-corpus, um instrumento capaz de assegurar proteção eficaz aos direitos subjetivos públicos, que a exigam imediata sob pena de perecimento.",

Mas, aponta Seabra Fagundes a Carta de 10 de novembro de 1937, como a iniciar uma fase de restrições dos direitos individuais em face ao Estado. Permitia a citada Carta a submissão dos arrestos declaratórios de constitucionalidade de leis ao Parlamento, a julgo do Presidente da República. Não era, então, encontrado em seu texto o mandado de segurança dentre as garantias constitucionais. Traria o Código de Processo Civil de 1939, sua configuração com as mesmas restrições. Assim, sucessivamente, demonstra o autor a variação ocorrente relativamente ao instituto do mandado de segurança.

Analizando a questão agora sob a Carta Política de 1969 (Emenda Constitucional no. 1), sendo ele distinto publicista, partia do sentido conferido aos Direitos Individuais que se identificava, pela Constituição do Império, a "direitos civis". Sabido que tudo o mais era "direito político" e como tal surgiam os direitos de liberdade, de propriedade e segurança. Frente a estes elementos todos, partia ele para determinar, com muita precisão, no seu estudo "Meios institucionais de proteção dos direitos individuais" (29) que: "Na terminologia e na conceituação do Direito Público a expressão DIREITOS INDIVIDUAIS não tem o seu alcance necessariamente limitado aos direitos enunciados nas declarações clássicas de direitos. Nela se terão de abranger os direitos políticos propriamente ditos, os direitos concernentes à relação de emprego público, etc".

Partindo da análise dos direitos individuais mostra-nos que não tinham estes direitos o seu alcance limitado ao clássico enunciado encontrado nas declarações de direito. Mostra mais, que aí se encontravam abrangidos direitos políticos propriamente ditos (sob enfoque republicano, é óbvio), direitos referentes à relação de emprego público, em oposição à clássica concepção dos direitos individuais como sendo aqueles civis em face ao direito público (políticos ao tempo Imperial).

Este aspecto é um dos fundamentais para o aprimoramento da construção jurídica do mandado de segurança. Não se poderá negar a contribuição de Seabra Fagundes neste processo.

Bem mais além ia Seabra Fagundes. Notem-se as observações às modificações sociais e econômicas surgentes a cada dia ao lado de reivindicações que provocavam e que, no seu pensamento acarretavam um alargamento no campo das Declarações dos Direitos. Surgiam a esta altura os chamados Direitos Sociais. Não se trata já, de direito individuais porque se vai bem mais além.

Como para reforçar as suas idéias busca o apoio a mestres como Mirkine Guetzevitch, Maurice Duvenger, George Burdeau.

Dos seus estudos concluímos que já percebia a presença na Constituição Federal, então vigente, dentre os direitos e garantias individuais ali protegidos, de alguns de cunho não tradicional mas já aceitos e qualificados como sociais ou políticos. Como exemplos para confirmar as suas assertivas, a liberdade de associação com natureza social vez que possibilita a sindicalização; os direitos de representação; a ação popular. A estes direitos não se pode, a rigor e atendendo a suas formas limitadas, negar a natureza política.

Destaca Seabra Fagundes que significam uma participação na atuação dos poderes públicos. A vigente Constituição de 5 de outubro de 1988 bem comprova a antecipação sentida por ele. Interessante será, para não deixar dúvidas sobre a nossa interpretação do seu pensamento, as palavras que se seguem do próprio autor, ao afirmar que se a Carta Constitucional mesma admite que sob a denominação "Dos direitos e garantias individuais, se insiram e regulem direitos não qualificáveis de individuais segundo a conceituação clássica, é porque não empresta à expressão direito individual sentido mais restrito, identificando-a, pelo contrário, com direito público subjetivo". Inovando, prosseguia: "nem mesmo à luz estrita da terminologia jurídica há porque excluir a exegese que atribua à expressão direito individual um sentido amplo, compreensivo não apenas dos direitos e garantias individuais, senão, também, dos direitos públicos subjetivos enunciados sob outros títulos (direitos políticos, direitos sociais, direitos relacionados com função pública)." (30).

Acima nos referimos à vigente Constituição. Tornamos a ela para afirmar que antevia Seabra Fagundes o evoluir de um processo fruto das transformações vivenciadas pela sociedade e que fatalmente viria, como de fato o veio, a ser objeto da nossa Carta Magna.

Como homem de visão e observador da realidade, ainda em 1977, expunha e defendia idéias que viriam a ser consagradas pelo constituinte na atual Carta Política. Ela, em seu título II, "Dos Direitos e Garantias Fundamentais" amplia, agora de maneira explícita, direitos e deveres, quando preceitua nos seus capítulos I e II os direitos e deveres individuais e coletivos e os direitos sociais.

3.5 AÇÃO POPULAR

A Ação Popular também mereceu de Seabra Fagundes atenção.

Contudo, deve ser considerada em termos históricos porque nas oportunidades em que tratou do assunto estava ele, digamos, alheio à sua valorização política, em termos de futuro.

Pela Constituição vigente assumiu a Ação Popular enorme importância ao lado do mandado de segurança individual e coletivo, do mandado de injunção, do habeas data, do habeas corpus, dentre tantos outros direitos individuais.

Apesar de tudo isto vejamos o seu posicionamento frente a esta ação, limitando-nos, porém, a uma apreciação mais histórica.

Em artigo intitulado "Da ação popular", publicado nos idos de 1946, destaca Seabra Fagundes que "a não ser em matéria eleitoral, o nosso direito não tem acolhido a ação popular, nem em sentido amplo, nem duradouramente. Encontram-se casos na vetusta legislação do Império e na dos primeiros anos da República, mas lhe falta, pelas matérias que envolvem, o sentido capaz de chamar o povo a intervir, que é o da repercussão do assunto em interesses individuais difundidos e empolgantes".(31).

Indicações estritamente de ordem histórica como já lembramos.

Referentemente ao seu objeto, ainda naquele trabalho encontramos que ela "Não é de ser intentada contra pessoa jurídica de direito público, nem o dizer respeito a relações jurídicas em que o Estado, ou outra dessas pessoas, seja interessado ou parte, que lhe empresta caráter específico".

Sendo assim é de se compreender as palavras de Seabra Fagundes ao salientar que para se atribuir algum sentido especial, à ação popular se faz necessário algo que a peculiarize processualmente".

Apresenta, mais, que o interesse nesta ação "se apresenta indeterminado, pelas repercussões da lide".

Repetimos que as considerações emitidas por Seabra Fagundes não de se limitar à ordem jurídica (principalmente processual ou administrativa) sem maiores enfoque de estrutura constitucional.

É de se lastimar que não tenha Seabra investido contra o "futuro" como o fez relativamente a outros institutos (pelo menos desconhecemos algum estudo a propósito, nada encontrando na nossa pesquisa bibliográfica).

No seu apontado trabalho (32), por exemplo, assinala, calcando-se em Gascon y Marin que: "Na prática das instituições modernas alguns assinalam a ação popular como remédio político-jurisdicional decadente e de pouco préstimo". Na verdade, no seu ensinamento, por vezes se atribui ao Ministério Pùblico a fiscalização e defesa do que interessa à coletividade ou "se apontam os textos legais, as posturas dos Municípios e as leis de polícia como contendo elementos de repressão e alcance de substituir, com vantagem, a iniciativa do cidadão".

Como nos limitamos, tão somente a algumas considerações de ordem histórica, apenas para documentar a presença de Seabra Fagundes em tão importante capítulo das garantias individuais, vejamos o seu posicionamento ante alguns juristas importantes. Um deles, por ele tratado de "insigne", von Ihering, "a exalta como 'um fenômeno notável' mesmo à luz do moderno direito público". Recorda também Rafael Bielsa que "lhe salienta a função educativa" (33).

Meucci apresenta-a como assinala Seabra Fagundes, como "um Estado de civilização e instituições representativas muito desenvolvidas." e "Como elemento de controle e estímulo às boas práticas administrativas a que se refere Mortara".

Finalizando, lembraremos algumas considerações suas a propósito da ação de que tratamos (34): "o elemento que permite lhe atribuir caráter formal peculiar é o interesse à propositura, que, aparecendo individualizado nas ações em geral (até mesmo nos casos de substituição processual, onde o autor, não sendo o titular da relação de direito substancial, o é, entretanto, do direito de agir), nessa ação, que envolve direitos, bens e interesses regidos pelo direito administrativo, se apresenta indeterminado, pelas repercuções impessoais da lide".

Podemos acrescentar, ainda, que "Na ação popular, o autor assume um papel comparável sob certos aspectos, ao do substituto processual: age no uso de um direito processual próprio (o direito de ação individualiza-se em qualquer indivíduo, que resolve, agir, judicialmente, na defesa do interesse coletivo) para a salvaguarda do direito subjetivo em favor da coisa pública".(35).

3.6 DIREITO DE PETIÇÃO

Oferece Seabra Fagundes uma terceira via específica, de fundo institucional, existindo para a proteção dos direitos individuais: direito de Petição(40). Inacreditável o esquecimento desta via de defesa de direitos individuais, apesar de constar o direito de petição dentre as garantias individuais da Constituição. Seabra Fagundes sensibiliza-se com o problema e dele trata argutamente, apontando-o sob dois aspectos bem distintos: a reclamação e a representação. Na reclamação surge como objeto a formulação ou a defesa de pretensão do próprio signatário. Na representação vamos encontrar como seu objeto específico, matéria de interesse geral.

Apesar da importância atribuída ao direito de petição e de demonstrar, além desta importância, a sua presença no evoluir dos séculos desde o seu surgimento na Inglaterra com o Bill of Rights, de 13 de fevereiro de 1689, não encontra Seabra Fagundes significado prático no relacionamento entre o indivíduo e o Estado.

Em análise perfeitamente aplicável aos dias atuais, enfocou o desprestígio observável quanto ao instituto de defesa de direito individual frente à Administração. A razão deste desprestígio estaria, lembra o nosso homenageado, na existência de uma mentalidade bastante arraigada e orientada no sentido de se negar revisão de decisões administrativas suas ou de subordinados seus, ou mesmo por um temor de se colocar contra o interesse público uma vez deferida alguma pretensão pleiteada através do exercício do direito de petição. Assim, o administrador leva o seu administrado a buscar o reconhecimento de seu direito pelas vias judiciais.

Pouco importa a sobrecarga levada ao Judiciário, como também não importa a impossibilidade surgida de poderem ser alcançadas consequências positivas que decorreriam tanto para o indivíduo como para o serviço público de uma maneira geral.

De alto valor são as apreciações oferecidas por Seabra Fagundes como facilmente se constata do exposto.

4 APRECIAÇÕES FINAIS

Ao longo da feitura desta monografia fomos nos defrontando com uma obra intelectual que, por vultuosa, impossibilitava sua abordagem completa no espaço que nos era conferido.

Vimo-nos, então, diante de difícil decisão quanto ao enfoque a ser dado ao trabalho. A opção tomada foi a de, com base principalmente em seus trabalhos esparsos, buscar entender e transmitir a obra e o pensamento de Miguel Seabra Fagundes da forma mais abrangente possível, sem nos atermos a assuntos mais técnicos por ele abordados.

Tal opção acarretou que as matérias técnicas objeto de seu estudo e análise em livros não fossem abordadas especificamente nessa monografia. Essa opção, longe de desmerecer o valor de tais obras, ao contrário, ressalta o real valor delas ao reconhecer-lhes, dada a abrangência e profundidade com que são abordadas, a impossibilidade de seu tratamento em poucas linhas, sob pena de não lhes ser conferido o real alcance de sua importância. O exposto aplica-se fundamentalmente quanto ao seu clássico livro "O Controle dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário", que por seu pionerismo e importância, o coloca dentre os clássicos da nossa literatura jurídica.

Por outro lado, o seu trabalho "Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil", fundamental na sistemática do procedimento recursal, é, todavia, escrito sob o sistema do Código de Processo Civil de 1939, e redundaria em estudo de processo comparado, fugindo à finalidade a que nos propusemos. Isto não significa, entretanto, que Seabra Fagundes não tenha contribuído para os estudos da nova sistemática recursal ora vigente. Fê-lo através de "Dos recursos em o novo Código de Processo Civil", onde não lhe falta a erudição e o brilho de sempre.

Igualmente no que concerne à desapropriação. "Da Desapropriação no Direito Brasileiro", hoje fundamental e essencial no estudo do instituto, com estrutura teórica excepcional e de elevado nível técnico, desenvolve-se sobre Constituição e legislação específica.

Contudo, não podemos deixar de destacar a conferência proferida no I Encontro Nacional de Procuradores Municipais, "Evolução do Instituto da Desapropriação e suas Repercussões no âmbito Municipal", quando, partindo de pressuposto básico e imutável do instituto, o interesse público, que surge ora como necessidade ora como utilidade, indica a crescente presença do Estado na sociedade, possibilitando uma disponibilidade, também crescente, sobre os bens da propriedade privada, o que implica em ser o seu significado sempre mais amplo, quando consideramos os tempos passados.

Apreciando a vasta bibliografia desenvolvemos este trabalho procu-

rando sintetizar o pensamento de Miguel Seabra Fagundes em três sucções, além da Introdução onde abordamos o indispensável da sua personalidade. Das três sucções, a primeira versa sobre seu pensamento genérico sobre instituições fundamentais ao mundo jurídico brasileiro, tais como a Ordem dos Advogados do Brasil, o Tribunal de Contas, bem como o Poder Judiciário sob prisma de reformas. Na segunda secção, partimos de tema a que sempre conferiu especial dedicação: a legitimidade. Nesta secção tecemos considerações de ordem histórica, nas quais Seabra Fagundes sempre se fundamenta para alcançar a legitimidade propriamente dita, a **LEGALIDADE DEMOCRÁTICA**, e a **NAÇÃO-ESTADO FEDERAL**. Finalmente, na terceira secção, a proteção jurisdicional que lhe mereceu sempre cuidadosa atenção. Seguindo-se a uma evolução dos Sistemas das Garantias Jurisdicionais, oferecemos o seu pensamento acerca do habeas-corpus, da justiça federal, mandado de segurança, ação popular, direito de petição e greve, tentando sempre transmitir a acuidade e profundidade a ele peculiares.

Não se esgota, entretanto, aqui a contribuição doutrinária de Seabra Fagundes, ampliada a temas ora não abordados.

Por ocasião da outorga do título de doutor honoris causa a Seabra Fagundes, o professor Ataliba Nogueira aponta alguns trabalhos seus que nos julgamos na obrigação de indicar.(36).

Esperamos haver alcançado a finalidade a que nos propusemos quando da elaboração dessa monografia, de podermos transmitir a grandeza intelectual e jurídica do homenageado que foi por nós sentida, a quantos vierem a tomar conhecimento deste trabalho.

5 CONCLUSÃO

Ao longo da nossa exposição apresentamos as linhas mestras do pensamento de Miguel Seabra Fagundes, motivação de toda sua obra e que funciona como verdadeiro fulcro a influenciar a ciência jurídica.

Sempre sob o enfoque constitucional-administrativo, Seabra Fagundes consolidou seus estudos a partir da construção da legalidade, a que chamou de "**LEGALIDADE DEMOCRÁTICA**", criando um pólo que orientou o seu entendimento espelhado em sua vasta obra.

Mister o reconhecimento do alcance dos seus ensinamentos na construção e reformulação de conceitos gerais de Direito Público em todo o

amplo campo dos direitos e garantias constitucionais, e, igualmente, da força da sua contribuição ao aperfeiçoamento dos nossos direitos da área pública, principalmente, os ramos do Direito Administrativo, Constitucional e Processual.

Inegável que a contribuição de Miguel Seabra Fagundes, tanto do ponto de vista doutrinário como enquanto aplicador das leis, não se limitando ao seu tempo, permanece viva, fazendo do seu autor um dos marcos definitivos do Direito Público Pátrio, e transformando "o homem do seu tempo" em "O HOMEM DO SEMPRE".

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 - Lembrado por Otto Guerra em necrologia de Seabra Fagundes. Sem qualquer indicação de data ou órgão onde foi publicado.
- 2 - Entrevista concedida e gravada por Hélio Galvão em 28 de maio de 1980. Exibida em Natal em 5 de junho do mesmo ano.
- 3 - Carlos Mário Velloso, In Revista Trimestral de Direito Público, p.8, I/1993.
- 4 - Seabra Fagundes, A Presença da OAB no Contexto Político Institucional Brasileiro, p.12.
- 5 - A Presença ... cit. p.13.
- 6 - A Presença ... cit. p.15.
- 7 - A Presença ... cit. p.15.
- 8 - Seabra fagundes, Posição Institucional e Competência dos Tribunais de Contas, p.3.
- 9 - Posição Institucional ... cit. p.3.
- 10 - Posição Institucional ... cit. p.4.
- 11 - Seabra Fagundes, O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, ps. 158/161.
- 12 - Posição Institucional ... cit. p.5.
- 13 - Posição Institucional ... cit. p.8.
- 14 -Seabra Fagundes, Reforma do Poder Judiciário. Diagnóstico. Terapêutica, p. 45.
- 15 - Seabra Fagundes, A Função Política do Supremo Tribunal Federal, p.7.
- 16 - Seabra Fagundes, A Legitimidade do Poder Político na Experiência Brasileira, p.16.

17 - A Legitimidade ... cit. p.17.

18 - Seabra Fagundes, A Legalidade democrática, p.19.

19 - A Legalidade ... cit. ps.21/22,

20 - Seabra Fagundes, O Poder Econômico da União e as suas Repercussões sobre a Autonomia Política dos Estados, p.32.

21 - O Poder Econômico ... cit. p. 55.

22-Seabra Fagundes, O Direito de Greve em Face da Constituição, ps.11 e ss.

23 - O Direito de Greve ... cit. p.13.

24 - O Direito de Greve ... cit. p.19.

25 - Seabra Fagundes, A Evolução do Sistema de Proteção Jurisdicional dos Direitos no Brasil republicano, p.30.

26 - A Evolução ... cit. p.31.

27-Seabra Fagundes, Meios Institucionais de Proteção dos Direitos Individuais, p.116.

28 - Meios Institucionais ... cit. p.120.

29 - Meios Institucionais ... cit. p.127.

30 - Meios Institucionais ... cit. p.119.

31 - Seabra Fagundes, Ação Popular, p.2.

32 - Ação Popular, cit.p.5.

33 - Ação Popular, cit.p.3.

34 - Ação Popular, cit.p.3.

35 - Ação Popular, cit.p.15.

36 - Ataliba Nogueira, Seabra Fagundes, doutor honoris causa, p.59. Escreve este autor: "Naquele memorável conclave, o desembargador Seabra Fagundes apresenta tese sobre - proteção do individuo contra ato administrativo ilegal ou injusto.

Para a primeira conferência nacional da Ordem dos Advogados leva um trabalho - A Advocacia e a Organização Judiciária . Relação entre advogados e juizes - o Mecanismo Judiciário e o Progresso Técnico. Sempre se preocupou com temas relacionados com o exercício da advocacia. Na terceira conferência, as imperfeições da elaboração legislativa e o exercício da advocacia. É o balanço completo da legislação, o seu elenco estatístico, a sua qualidade e quantidade até a classificação por períodos, para fazer ressaltar os de maior "lúria de dedinamismo". E o Banco da Habitação e o Banco Central compartilham das funções legislativas. Publicou-o na íntegra a nossa Revista de Direito Público.

7 BIBLIOGRAFIA

1 ATALIBA NOGUEIRA, José Carlos. Seabra Fagundes, doutor honoris causa. Revista da Faculdade de Direito, São Paulo, v. 66, p.51-75, 1971.

*2 GALVÃO, Hélio. Entrevista concedida e gravada em 28 de maio de 1980. Exibida em Natal em 5 de junho do mesmo ano.

*3 GUERRA, Otto. Lembrado em necrologia de Seabra Fagundes.

4 SEABRA FAGUNDES, Miguel. A evolução do sistema de proteção jurisdicional dos direitos no Brasil Republicano. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro, v.3, n.6, p.227-224, 1971.

5 SEABRA FAGUNDES, Miguel. A expansão dos poderes federais. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n.28, p.61-75, jan. 1970.

6 SEABRA FAGUNDES, Miguel. A função política do Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Público, São Paulo, v.10, n.49-50, p.7-14, jan./jun. 1979.

7 SEABRA FAGUNDES, Miguel. A legalidade democrática. Recife: Ordem dos Advogados do Brasil - PE, 1970.

8 SEABRA FAGUNDES, Miguel. A legitimidade do poder político na experiência brasileira. Recife: Ordem dos Advogados do Brasil - PE, 1982.

9 SEABRA FAGUNDES, Miguel. A posição do autor nas ações populares. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Distrito Federal, Rio de Janeiro, n.2, n.1-5, 1955.

10 SEABRA FAGUNDES, Miguel. A presença da OAB no Contexto Político-Institucional Brasileiro. Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco, Recife, v.25-26, n.25-26, p.8-17, 1981-1982.

11 SEABRA FAGUNDES, Miguel. Da ação popular. Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Rio de Janeiro, v.7, n.31-32, p.1-17, set/dez. 1949. 12 SEABRA FAGUNDES, Miguel. Da desapropriação no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. 13 SEABRA FAGUNDES, Miguel. "Dos Recursos" em o novo código de processo

civil. Revista da Consultoria-Geral, Porto Alegre, v.4, n.8, p.83-95, 1974. 14 SEABRA FAGUNDES, Miguel. Dos recursos ordinários em matéria civil. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946. 15 SEABRA FAGUNDES, Miguel. Evolução do instituto da desapropriação e suas repercussões no âmbito Municipal. In: ENCONTRO NACIONAL DE PROCURADORES MUNICIPAIS, I, Recife, 1974. Anais... Recife, 1974. p. 76-84. 16 SEABRA FAGUNDES, Miguel. Meios institucionais de proteção dos direitos individuais. Revista de Direito Público, São Paulo, v.18, n.73, p.36-44, jan./mar. 1985.

17 SEABRA FAGUNDES, Miguel. Novas Perspectivas do Federalismo Brasileiro. Revista de Direito Público, São Paulo, c.3, n. 10, p.7-15, out./dez. 1969.

18 SEABRA FAGUNDES, Miguel. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

19 SEABRA FAGUNDES, Miguel. O direito de greve em face da Constituição. Arquivo do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Rio de Janeiro, v.18, n.75, p.7-22, set., 1960.

20 SEABRA FAGUNDES, Miguel. O mandado de segurança e o recurso de terceiro prejudicado. Revista de Direito, Rio de Janeiro, v.7, n.18, p.31-33, maio/dez. 1973.

21 SEABRA FAGUNDES, Miguel. O poder econômico da União e as suas repercussões sobre a autonomia política dos Estados. Revista Brasileira de Estudo Político, Minas Gerais, v.3, n.5, p.30-55), 1959.

22 SEABRA FAGUNDES, Miguel. Posição Institucional e Competência dos Tribunais de Contas. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, v.6, n.12, p.3-9, dez.1975.

23 SEABRA FAGUNDES, Miguel. Reforma do Poder Judiciário. Diagnóstico. Terapêutica, Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n.41, p.37-52, jul. 1975.

24 VELLOSO, C. Mário. Seabra Fagundes, homem de pensamento e de ação. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, 1993.

* Material xerocopiado e recorte de periódico cujos dados bibliográficos não podem ser identificados.

Prof. Torquato da Silva Castro*

Contrato de compra e venda.

Montagem e instalação, construção, em regime de empreitada global, das obras civis.

Usucapião ordinária decorrente de justo título, concorrente com a extraordinária "longis temporis".

Direito de Propriedade com base no artigo 620 do CC.

Aquisição a título derivado.

Juiz da falência tem competência para conhecer da execução trabalhista.

Vício de falsidade enseja processo incidente que só é incidente no curso do processo principal. Não há incidência em processo extinto.

Não se reinvindicam imóveis através de ato processual de busca e apreensão.

Consulta

A Agropecuária Passatempo S/A, ora consultente, proprietária da Fazenda Passatempo, no município de Rio Brilhante, Estado do Mato Grosso do Sul, celebrou com a empresa Zanini S/A - Equipamentos Pesados, sociedade comercial estabelecida no km. 4 da Via Armando Salles de Oliveira, município de Setáozinho, Estado de São Paulo, em dezembro de 1984, contrato de compra-e-venda de uma destilaria para a produção de álcool anidro ou hidratado, conforme cópia anexa.

O objeto do referido contrato, nos termos da sua Cláusula Primeira, consubstancia-se ademais na montagem e instalação, em área da Fazenda Passatempo, incluindo-se aí a construção, em regime de empreitada global, das obras civis necessárias à instalação da destilaria, inclusive fundação e bases para os equipamentos, máquinas e peças, dos prédios da fábrica.

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito do Recife (UFPE) Advogado Militante.

No mesmo contrato, sob o nº 1.2.1. da referida Cláusula Primeira, se lê a declaração da empresa Zanini S/A de que os bens estão absolutamente livres de quaisquer ônus ou gravames, nada obstante a sua transferência do Estado ao Mato Grosso do Sul, onde fica a Fazenda Passatempo.

Todos os maquinismos para a produção de álcool, objetos da compra-e-venda, foram entregues por Zanini S/A na forma contratada e nas datas assinaladas nas respectivas notas fiscais, as quais são juntadas à presente consulta.

As obras encontram-se concluídas, e a destilaria, desde 1986, vem funcionando normalmente. Igualmente, o preço foi perfeitamente pago pela compradora, Agropecuária Passatempo S/A, na forma contratada.

Acontece atualmente que dúvida se instaurou sobre a legitimidade da posse e da propriedade dos maquinismos quando em mãos de Zanini S/A, por ter essa empresa adquirido maquinismos, cuja identificação a consultante desconhece totalmente, provenientes de um leilão judicial, procedido perante a 3^a JCJ de Manaus, em execução trabalhista promovida por Arlindo José Batista e outro contra a Agroindustrial Fazendas Unidas S/A, Proc. nº 0072/83.

Informa Zanini S/A que uma parte do material fornecido à consultante foi por ela adquirido a César Francisco Martins de Oliveira, que, por sua vez os adquiriu de Paulo da Cunha Freire, arrematante dessa parte dos maquinismos, no referido leilão judicial.

Esclarece, outrossim, Zanini S/A, que essa parte do maquinismo fornecido à consultante foi renovada com custeio de alto vulto.

Arguiu Zanini S/A, em petição dirigida àquela 3^a JCJ de Manaus, após ser intimada a fazer a devolução dos maquinismos ao juízo da execução, entre outras defesas válidas, o fato de lhe ser "impossível definir a posse atual dos bens". (fls. 527 do Proc. 0072/83)

O fundamento para essa devolução por parte da Zanini S/A do material que adquiriu, provenientes do referido leilão judicial adotado pelo juízo trabalhista referido, consistiu em que a entrega feita através de termo nos autos da execução teria excedido o objeto da arrematação.

Certo é que, neste aspecto, o termo de entrega se acha de acordo quanto à enunciação de seu objeto já com o auto de penhora, já com os editais de praça.

Por outro lado, a empresa executada naquele juízo trabalhista, a Agroindustria Fazendas Unidas S/A, teve sua falência decretada pelo Juiz de Direito da 3^a Vara de Falências e Acidentes do Trabalho de Manaus, fato esse que decreto terá retirado ao juízo trabalhista toda a competência para processar ou julgar na execução dos créditos trabalhistas.

Arguiu, por fim, a Zanini S/A, que o despacho do Juiz Presidente da 3^a JCJ, determinando a entrega das máquinas por quem arrematou, ou por quem atualmente as possuem, foi proferido 2 anos e meio após a arrematação, quando os autos da execução já estavam arquivados, por encerramento da execução neles procedida; e uma vez já decorridos todos os prazos de decadência para qualquer reclamação contra qualquer ato do processo, inclusive contra o termo de entrega.

Quesitos

Em face dos fatos aqui relatados, a consultante formula os seguintes quesitos, pedindo que os responda com a possível brevidade:

PRIMEIRO QUESITO: Qual o direito que assiste à empresa consultante sobre todo o material adquirido de Zanini S/A - Equipamentos Pesados, inclusive sobre a enigmática parte das máquinas provenientes do leilão judicial, em ordem de ensejar à consultante defesa cabal e imediata?

SEGUNDO QUESITO: Caso se configure tal direito da consultante sobre o material que adquiriu à Zanini S/A, que meios deverá a consultante usar para resguardar integralmente esse direito?

PARECER

Dou em meu poder os documentos que instruem a consulta supra, os quais passo a relacionar:

1. Contrato de compra-e-venda de destilaria, datado de dezembro de 1984;
2. Notas fiscais de entrega de todos os maquinismos, datadas todas de 1985;
3. Cópias de peças dos autos da execução trabalhista (proc. nº 0072/

83 da 3ª JCJ de Manaus), movida por Arlindo José Batista e outro contra a Agroindustria Fazendas Unidas S/A;

4. Parecer da consultoria jurídica dessa empresa, da lavra do Dr. Jairo Aquino, dirigido a seu colega de consultoria, Dr. José Urbano da Costa Carvalho, sobre a prevalência do juízo falimentar no confronto com o juízo trabalhista para conhecer e julgar assuntos relativos à fase executória do crédito apurado na justiça trabalhista contra a execução, a Agroindustrial Fazendas Unidas S/A;

5. Outras cópias de incidentes da mesma execução trabalhista.

I - LIMINARMENTE:

Transparece à primeira vista dos fatos articulados na consulta um caso de concurso de normas que, partindo de suportes fáticos diversos, conferem todas à consulente o direito de propriedade sobre as máquinas que integram o conjunto da destilaria de álcool, que adere desde muitos anos à propriedade Passatempo.

a) De um lado, esse direito de propriedade resulta de contrato de fornecimento de destilaria e da tradição efetiva dos respectivos maquinismos, comprovada pelas notas fiscais exibidas;

b) De outro lado, esse mesmo direito de propriedade resulta também da usucapião que, no caso da consulta, é aliás, díplice, eis que ali ocorrem, igualmente, a usucapião ordinária, com justo título e boa-fé, e a usucapião extraordinária "longis temporis";

c) E, por fim, ocorre de modo decisivo e indiscutível a acessão de todos esses maquinismos, quer os discutidos quer os não discutidos, ao imóvel Fazenda Passatempo, de propriedade de V.Sas., acessão essa que lhes garante a propriedade de tudo o que a essa terra aderiu, bem como a absoluta inseparabilidade desses bens à terra a que acederam.

1. No primeiro caso, o domínio se funda no título do contrato de compra-e-venda exibido, e na tradição dos materiais da destilaria comprados, o que substância modo de aquisição da coisa contratada. O contrato é título e a tradição é o momento que inaugura a propriedade do que a empresa comprou.

Esse direito de propriedade se afirma à base das normas do artigo 620 do Código Civil, e também do próprio sistema do Código Comercial que, nesse aspecto, também aderiu à tradição do direito romano, consubstanciada nas Ordenações Filipinas, pela qual o contrato de compra-e-venda não transfere, por si, a propriedade da coisa, e a transmissão do direito de propriedade do vendedor ao comprador dá-se no momento da efetiva ou simbólica tradição da coisa. (Ver Carvalho de Mendonça, Tratado de Direito Comercial Brazileiro, De. Rodrigues e Cia., Rio de Janeiro, 1927, vol. VI, pág. 13)

Os sistemas dos nossos códigos civil e comercial configuraram sem dúvida uma aquisição a título derivado, pela qual, dada a tradição, o "accipiens" recebe o direito que sobre a coisa tinha tido o "tradens". Com isso, se o "tradens" não tem a propriedade da coisa, não terá também o "accipiens" (Código Civil, artigo 622). Daí chamar-se derivada a aquisição da propriedade nesse caso: o direito que recebe o "accipiens" há de ser aquele que tenha tido o "tradens".

2. A usucapião é, ao contrário da anterior, uma aquisição a título original, em que se considera como suporte fático, para gerar o domínio, o fato do anterior possuidor o ter detido. Ainda que se discuta, na doutrina, a classificação de originária para a usucapião ordinária de coisa móvel, de três anos (Código Civil, art. 618) - discussão essa que comporta um ressalvo de circunstâncias históricas do direito romano, que não tem mais prevalência hoje - o certo é que a usucapião extraordinária de cinco anos (art. 619), por independente de qualquer título anterior, é nitidamente originária.

A usucapião ordinária de móvel depende de ter sido precedida de uma aquisição a título justo e de boa-fé de quem possui. Quanto à extraordinária, que é de cinco anos, essa depende exclusivamente de fatos jurídicos simples (não voluntários): da posse da coisa móvel, do prolongamento dessa posse no prazo acima, e de não ter havido, nesse tempo, qualquer impugnação à mesma posse.

Como se vê, a usucapião extraordinária não contém, no seu suporte fático, ou fato gerador, qualquer exigência de título ou de boa-fé, sendo por isso repassadamente um modo originário de aquisição da propriedade móvel.

3. Configura-se, ainda o direito de propriedade da consulente sobre os maquinismos em debate pela incidência da acessão desses maquinismos, como coisa móvel, à propriedade imóvel Fazenda Passatempo, nos

termos do art. 546 do Código Civil, *In verbis*:

"Art. 546. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno próprio, com sementes, plantas ou materiais alheios, adquire a propriedade destes: mas fica obrigado a responder por perdas e danos, se obrou de má-fé."

A aquisição, nesse caso, é desenganadamente a título originário e ocorre com base no suporte fático de haverem sido os maquinismos definitivamente incorporados ao imóvel, dele passando a fazer parte integrante, independentemente de boa ou má-fé do proprietário do imóvel que realiza essa integração.

Nenhum outro adendo, ou fato novo é necessário para essa aquisição, que se verifica em favor do proprietário da coisa imóvel, quando a coisa móvel foi incorporada, sem que mais nada caiba discutir na hipótese.

A boa ou má-fé do proprietário ao realizar essa incorporação não tem efeito sobre a aquisição, mas tão-somente no consectário e possível direito de indenização, que possa ter o ex-proprietário da coisa móvel, que perdeu o ser domínio sobre o bem, no momento mesmo da incorporação. (Ver Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, Borsoi, Rio de Janeiro, 1962, vol. XI, pág. 172)

Acontece, no entanto, que o concurso de normas é coisa bem diversa do concurso material de direitos, isto é, do concurso de posições jurídicas todas tendentes a um mesmo direito, ou seja mesma posição assumida por pessoa certa diante de objeto certo. Tal posição não se coloca, como a norma, no plano abstrato, e sim no plano concreto.

A causa do Direito repousa no fato concreto e não em fato abstrato, eis que norma é apenas um modelo imposto pela autoridade em vista de estabelecer, para as soluções jurídicas futuras, uma diretriz de desenvolvimento que obedece à política própria de cada povo. É o fato jurídico concreto, e não norma, que gera de imediato os efeitos jurídicos, sem haver idealmente qualquer solução de continuidade entre a ocorrência de tal fato e o efeito de direito que lhe próprio.

Dada essa imediatidate, por assim dizer, impossível que o mesmo efeito jurídico se estabeleça por mais uma ocorrência de fato jurídico. Muitas vezes, confunde-se, a propósito, com o concurso de normas, um fato que, não obstante ter uma determinada eficácia merece enquadramento teórico

diverso, dentro da abstração da norma. Nesse caso, menos que um concurso de direitos, transparece o enquadramento teórico duplice, que concerne mais à ciência do Direito, que à unidade do efeito jurídico, em si mesmo considerado.

Pode acontecer, no entanto, como lembra Karl Engish, que "do direito positivo se extraia um regra por força da qual, uma vez dada uma situação prevista numa hipótese legal, a situação prevista noutra hipótese já não deva ter relevância". (Karl Engish, Introdução ao Pensamento Jurídico, 3^a Edição, Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1972, pág. 53)

É o que acontece no caso da consulta.

Realmente, com o advento do fato da aquisição da coisa móvel (maquinismos porventura provenientes do leilão judicial em tela) torna-se displicando cogitar-se da aquisição historicamente anterior desses bens móveis através do contrato e da respectiva tradição, assim como da aquisição posterior desses mesmos bens através da usucapião. Vejamos.

II - A HIPÓTESE EMERGENTE DA CONSULTA: O TÍTULO DA AQUISIÇÃO DERIVADA CONSUBSTANCIADO PELO CONTRATO DE COMPRA-E-VENDA E TRADIÇÃO DOS MAQUINISMOS.

Este título, eu o admito como historicamente válido, isto é, válido para o tempo em que ele ocorreu. Realmente, o contrato exibido na consulta firma de plano um compra-e-venda de coisas móveis (maquinismos), adquiridas de terceiro, no caso a empresa Zanini S/A, que os adquiriu de outros em cadeia sucessória, sendo que o último deles os teria arrematado em leilão público.

O fundamento do despacho que visou e manteve a busca e apreensão desses mesmos maquinismos é o da nulidade de um termo de entrega, que seria nulo pelo vício da falsidade, isto é, por ter determinado a entrega ao arrematante de bens - entre os quais os maquinismos em lide - que não se teriam compreendido no auto de arrematação.

É indiscutível, porém, que o juízo trabalhista que expediu mandado de busca e apreensão não tinha competência para fazê-lo, e isso porque, em primeiro lugar, essa providência judicial foi tornada quando o processo de execução já estava encerrado e arquivado, e eram vencidos todos os prazos processuais de decadência para a interposição de qualquer reclamação ou recurso contra os atos processuais da execução; e, em segundo lugar, por

ter havido, concomitantemente à execução trabalhista, a abertura da falência da empresa executada - falência esta que, como juízo universal, teria de ser o único realmente competente *ex ratione materia*, para conhecer da execução trabalhista.

Ao meu ver procede sem qualquer laivo de dúvida o doulo parecer do ilustre advogado da consiliente, Dr. Jairo Aquino, quando salienta essa incompetência aqui aludida, apolado, aliás, na autoridade máxima de acórdão do Superior Tribunal do Trabalho. O juízo da falência tem de ser necessariamente uno para a habilitação de todos os critérios, sua classificação, e para a produção do rateio da massa entre os credores, guardadas as respectivas preferências.

Essa unidade do juízo falimentar é consecutório fatal do co-interesse e da co-legitimização de todos os credores na participação dos atos de habilitação dos créditos, e na determinação da quota de rateio de cada um. É na presença de todos que tudo se há de dar, porque o que se dá a um, na partilha, interessa a todos os demais partilhantes, eis que entre eles não pode haver nenhuma vantagem, senão as legais, *par condicio creditorum*.

Mas também o primeiro aspecto acima acentuado - o de ter o juiz reaberto um processo de execução encerrado pelo termo de arrematação e entrega dos bens, quando já não seria mais possível, pelo decurso do tempo, o uso de qualquer reclamação ou recurso contra quaisquer atos do processo - esse fato também é denotante da falta absoluta de qualquer competência, ou mesmo de poder jurisdicional, para a prática do ato que ora verberamos.

A arrematação e a entrega do bem arrematado, bem como o decurso do prazo para reclamar contra esses atos, marcam o fim processo executório, e o fim da missão oficial do juiz nesse mesmo processo.

Dir-se-á que o termo de entrega é nulo por conter falsidade. Ora, nós sabemos que o vício da falsidade enseja processo *Incidente*, chamado de incidente de Falsidade, perfeitamente caracterizado no processo civil. Mas esse incidente só é incidente enquanto ainda em vigência o curso do processo principal. Não há incidência em processo extinto.

A via para impugnação sob pretexto de falsidade, teria de ser ação nova (Ação Declaratória do Fato da Falsidade), para a qual teriam de ser citados todos os legitimados para essa ação, isto é, todas as pessoas que teriam direito nascido do ato impugnado pelo vício da falsidade.

AI, sim, surgiria uma competência para o tratamento do vício: a do juiz dessa nova ação.

Sem essa ação, o despacho do juiz torna-se um absurdo, ato fora de vila e termo, como se dizia antigamente. Não há maior defeito que o defeito de poder, e assim o ato não tem apoio de qualquer espécie para destruir o prestígio de quem, de boa-fé, tem título de compra-e-venda com tradição e pagamento do preço.

Entendo, pois, que foi válido o título de aquisição derivado do contrato de compra-e-venda, eis que não foi ele alcançado por um despacho anódino de um juiz sem competência, dado fora de todo âmbito jurídico-processual.

Entendo, porém, que esse título tem, no caso, um simples valor histórico, eis que não é mais por ele que se regula o direito da empresa consiliente sobre os maquinismos em apreço.

O suporte fático, ou *causa* em sentido romano, do direito de propriedade da consiliente é hoje, e a partir da junção desses maquinismos ao prédio Fazenda Passatempo, o único que preside a hipótese ocorrente.

A acessão supõe, no fato simples dessa junção de móvel a imóvel, o desaparecimento da coisa como categoria móvel e a sua real transformação em coisa imóvel, que é a categoria mesma da coisa a que accede.

Note-se que o fenômeno da transformação da coisa de móvel a imóvel, na acessão, se dá quer a juntada tenha sido feita, como no caso, pelo próprio dono da coisa, com seus bens próprios, quer a coisa não lhe pertença e sim a terceiro, que nesse caso perde desenganadamente o direito de reavê-los em espécie, eis que a lei não lhe facilita, em qualquer hipótese, a separação.

Tanto na hipótese de, quando feita a acessão pelo dono, os móveis serem seus, como na hipótese de não o serem, a situação é a mesma. Se não eram seus, ficaram sendo a partir da junção, obrigado ele à reparação pecuniária se agiu de boa-fé. Se agiu de má fé, se falsificou ou agiu criminosamente, a junção acessórias do móvel ao imóvel jamais se desfaz, apenas nesse caso o proprietário, além do valor do bem que aderiu à sua propriedade, paga ao ex-dono do mesmo bem a integral reparação de perdas e danos. O direito que tem o ex-dono da coisa acedida transforma-se de um direito real, que por ventura fosse certo, em um direito pessoal correspondente ao "id quod interest".

Esta exposição é sufragada de maneira irretorquível pelo art. 43, II, do Código Civil, in verbis:

*Art. 43. São bens imóveis:

I - (omissis)

II - Tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano.

III - (omissis)

III - A ACESSÃO NA DOUTRINA BRASILEIRA

A razão que preside a aquisição de coisa móvel por incorporação ao imóvel é milenarmente estabelecida pelo direito, desde a Lei das XII Tábuas, sem quebra de continuidade até hoje. O móvel que adere ao imóvel constitui-lhe acessório, e segue o mesmo destino, seja que ele consista em plantações, seja em construções, como no caso uma destilaria de álcool.

É ela uma razão de fundamental economia pública. Porque se entende ser socialmente mais útil do que a semente ou a muda, ou do que os mecanismos isolados, a plantação ou a própria fábrica, como unidades de produção.

A "implantatio" ou a "inedificatio", nas XII Tábuas tornaram-se institutos que marcavam inanidade do direito de propriedade dos móveis (sementes, mudas ou materiais), e o Estado se negava perante o proprietário a realizar a separação, diante do maior valor evidente da "implantatio" ou "inedificatio". Se caso, essa plus-valia econômica é de uma evidência notória, pois não se destrói uma fábrica montada e produzindo álcool anidro ou hidratado, que dá emprego permanente a centena de empregados, e que é parte do programa nacional do álcool, que interessa a toda a nação, por simples barretada a um direito de crédito de uns poucos trabalhadores, na Justiça do Trabalho.

Pontes no seu Tratado tem a propósito ensinamento decisivo:

"Se a coisa móvel se tornou parte integrante do imóvel, a parcialização surte todos os seus efeitos, ainda que a coisa móvel seja de mais

valor (*superficies solo cedit*). O proprietário da coisa imóvel obtém a propriedade da nova parte integrante. Os direitos reais limitados existentes sobre a coisa imóvel, v.g. a hipoteca, estendem-se àquela parte. A propriedade dos bens móveis e demais direitos que sobre elas incidem extinguem-se." (Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, Borsol, Rio de Janeiro, 1962, vol. XI, pág. 178.)

E também o grande civilista desaparecido, Orlando Gomes, cuja morte é sempre por mim sentida, ensinou:

"A razão de ordem jurídica (para justificar a aquisição por ação) é que, pela união das coisas, que as torna inseparáveis, forma-se em verdade uma coisa nova, sendo natural que sua propriedade seja atribuída ao dono da coisa anterior, que for mais importante". (Orlando Gomes, Direitos Reais, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1978, pág. 144)

E, adiante, com a mesma clareza, ensina o mesmo mestre da Bahia:

"Possível não é afastar a idéia de que o proprietário da coisa principal adquire a propriedade da coisa acessória, que pertencia a outrem. Para esse há perda. Se o que perde é pelo outro "adquirido", por quanto passa a ser dono do que o outro perdeu, a aquisição há de ser entendida como um modo de aquisição do domínio. (idem, pág. 145).

IV - CONCLUSÃO

Do exposto, conclui-se, em síntese, o seguinte:

- Se prevalecesse, para os maquinismos reivindicados pelo juiz trabalhista da 3ª JCJ de Manaus, o regime jurídico de coisa móvel - regime em que se situa aquele mesmo juiz trabalhista, através de seu mandado de busca e apreensão - então seria certa, em primeiro lugar, a subsistência do título de proprietário desses maquinismos em favor da empresa consultente, já pelo contrato de compra-e-venda, seguido de tradição operada desde 1985 (notas fiscais anexas à consulta), título esse que não é obstado pela decisão do juiz trabalhista, nula e juridicamente inexistente, por ter sido proferida por juiz incompetente *ex ratione materia*, e já pelo título da usucapião, tanto ordinária, quanto extraordinária, ante o decurso de tempo de mais de 5 anos, em que ditos maquinismos se mantiveram na posse da consultente com justo título e boa-fé.

Quanto à usucapião, também, a hipótese é clara, eis que a consulente detém consigo ditos maquinismos em posse, a título de própria, de boa-fé e com justo título (o contrato de aquisição); e essa detenção se prolongou, note-se, por mais de 5 anos, sem ser contestada por quem quer que fosse. O Título é justo quando, por si seja capaz de transferir a propriedade da coisa, deixando de operá-la por ser a posse do possuído anterior uma posse a non domino, e, no caso, o contrato preenche essa condição de justo título.

E, quanto à boa-fé, que aliás se presume, ela resulta indiscutível do fato de ter a consulente adquirido os maquinismos a uma firma autorizada como um dos fabricantes mais tradicionais do Brasil no fornecimento dessas máquinas. Acresce ainda sob esse aspecto o fato da própria decisão judiciária admitir, como de boa-fé a posse desse fabricante, enquanto esse manteve as máquinas em seu poder.

Acontece porém que:

b) intercorre na espécie o fenômeno jurídico da acessão desses maquinismos como coisas móveis ao imóvel da consulente, Fazenda Passatempo, acessão essa que, como já vimos, elimina decisivamente, para os maquinismos acedidos, a natureza de coisa móvel, para transformá-los em imóveis acessórios ao bem a que acederam. Desaparecem, então, desde esse momento, todo regime jurídico aplicável aos móveis, ante a perda do caráter de coisa móvel dos maquinismos, e também a perda, para o seu possível proprietário, salvo o próprio proprietário do imóvel, do título de propriedade desses bens. Com isso, não adianta indagar da propriedade anterior, por ventura diversa, pertencente a outro que não o dono do imóvel, nem se o dono dos maquinismos ou o proprietário estariam de boa ou de má-fé. A perda da propriedade móvel é uma imposição jurídica fatal. Se outro que não o dono do imóvel tenha sido o verdadeiro proprietário, extingue-se o seu direito de propriedade sobre a coisa, independente da boa ou má-fé com que teria agido ele ou outrem qualquer.

A boa ou má-fé não interfere no efeito substancial da perda do móvel acrescido em favor do dono do imóvel. Interferem, sim, numa possível indenização, a título de direito pessoal. O dono de boa-fé deve apenas a reparação do quantum das máquinas tais como elas eram ao tempo em que por ele foram possuídas. Se de má-fé, responde perante o mesmo ex-proprietário dos imóveis pela integral reparação dos danos.

Sob esse aspecto, de reparação pecuniária, a título de direito

pessoal, seja do preço, seja da composição dos danos, vale salientar a Cláusula Primeira do contrato exibido pelos consulentes, com o seguinte teor:

*1.2.1. - Assegura a VENDEDORA que sobre tais bens não existem gravames de qualquer natureza, estando absolutamente livres, nada obstante a sua transferência do Estado do Amazonas para o Estado do Mato Grosso do Sul".

Zanini S/A, que recebeu o preço integral das máquinas reivindicadas pelo juiz trabalhista é quem deve assegurar à empresa consulente a inteira isenção de quaisquer pagamentos a título de preço, em face da cláusula supra-transcrita.

Aliás, o preço pago a Zanini S/A representa o valor dos citados maquinismos após sua renovação, fato que demonstra que o juiz trabalhista, suposto reivindicante, não faz jus ao surplus desse recondicionamento técnico das máquinas velhas e arcaicas, pena de porfiar por um imoral enriquecimento sem causa.

À Zanini S/A, caberiam as exceções desse beneficiamento, com as quais poderia reter as máquinas, se em seu poder, nos termos dos art. 873 c/c o 516 do Código Civil.

Quanto à consulente, a posição é mais líquida e bem diversa. O pagamento integral do preço, feito de boa-fé ao credor Zanini S/A, do qual recebeu integral quitação, é pagamento feito de boa-fé a credor putativo, nos termos do art. 935 do Código Civil brasileiro. In verbis:

*Art. 935. O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provando-se depois que não era credor".

Como salientamos em nossa Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional (Saraiva, São Paulo, 1985, pág. 184, nº 5.6.) prevalece para o devedor que paga a dívida a pessoa diversa daquela que seria o verdadeiro dono, quando essa pessoa é tida e havida como verdadeiro credor, credor putativo, o princípio da legitimação aparente, pela qual esse pagamento libera da obrigação de repeti-lo a quem quer que seja que depois se mostre como verdadeiro credor. Tal pagamento é liberatório da obrigação e nada mais tem a consulente a pagar pelas máquinas em questão, ou por indenização de qualquer natureza a quem quer que seja.

Não pode haver dúvida sobre a putatividade em questão. Realmente ninguém poderia imaginar que um renomado fabricante de máquinas não fosse o proprietário das máquinas que ele próprio fabricou. Essa putatividade do credor gera, para quem paga o preço, a liberação completa de sua obragação.

V - RESPOSTA AOS QUESITOS

Respondemos ao primeiro quesito, com o seguinte teor:

"PRIMEIRO QUESITO: Qual o direito que assiste à empresa consultente sobre todo o material adquirido de Zanini S/A - Equi-Pesados, inclusive sobre a enigmática parte das máquinas provenientes do leilão judicial, em ordem de ensejar à consultente defesa cabal e imediata?

O direito atual que assiste à empresa consultente sobre os maquinismos em tela é direito líquido e certo e irrefutável de propriedade de coisa imóvel, por efeito do fato jurídico da acessão, que se operou desses mesmos maquinismos à sua propriedade imóvel, denominada Fazenda Passatempo.

Esse fato se deu desde muitos anos, isto é, desde o tempo em que ditos maquinismos foram incorporados no conjunto da destilaria montada naquelas terras. A bem falar, a lei antecipa esse efeito ao momento em que ditas máquinas chegaram ao mesmo imóvel, por considerar imóveis por destinação ou antecipação, nos termos do art. 43, III do Código Civil Brasileiro. Já agora incorporados os maquinismos são definitivamente coisa imóvel.

Trata-se de direito de propriedade que não pode ser alcançado pela impugnativa de terceiros que se digam donos anteriores desses mesmos mecanismos, ou seja, os tempo anterior àquela incorporação acessória. Pois, é princípio fundamental do Código Civil que todo direito real sobre coisas móveis, desse estilo, cessa e se extingue em face da mesma acessão aqui examinada.

Esse direito que repousa no fato notório, de conhecimento público e geral, da construção da destilaria e da integração das máquinas como partícipes da mesma, tem por si, pela liquidez da prova de seu fato gerador a condição de ensejar à consultente defesa cabal e imediata.

Ao segundo quesito,

"SEGUNDO QUESITO: caso se configure tal direito da consultente sobre o material que adquiriu de Zanini S/A, que meios deverá a consultente usar para resguardar integralmente esse direito?

A defesa desse direito, que ora está à mercê de um ato judicial irrito e nulo, e sobretudo inócuo diante da acessão para o fim a que se propõe, é a nosso ver o mandado de segurança requerido ao tribunal competente.

Não se reivindica imóveis através de um ato processual de busca e apreensão.

O mandado de segurança é a salvaguarda a que deve recorrer a empresa consultente, e mesmo pode já agora, como ação preventiva contra a eminência de uma coação emanada de despacho judicial, desrido de qualquer poder.

É O MEU PARECER,

S.M.J.

Prof. TORQUATO DA SILVA CASTRO

SOCIEDADE POR QUOTAS
Responsabilidade tributária do gestor

Marucia Coelho de Mattos Miranda Corrêa

Omissso o Decreto nº 3.708/1919 a cessão de cotas, como qualquer cessão de direitos só poderá ser feita por instrumento público ou particular devidamente registrado na Junta Comercial, sob pena de não ser oponível a terceiros. Os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de Direito Privado são responsáveis tributários por substituição ex vi do artigo 135, Inciso III do CTN, pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatutos.

I - Histórico

A doutra Procuradoria da República em Pernambuco, através do Ofício de nº 612/PR/PE/SEC/1.3, datado de 12 de março do ano em curso, solicita-nos o envio de elementos necessários à impugnação de Embargos ao processo executório opostos por João Bosco Gonçalves Barros, sócio gerente, na Execução Fiscal nº 132/77, Juiz 2, movida pela Fazenda Nacional contra Alfaiataria da Moda Ltda. e que se processa na 1ª Vara Federal, Seção Judiciária do Estado de Pernambuco.

2. Argüi, em resumo o Embargante que se retirou da sociedade, cedendo e transferindo as suas quotas ao Sr. Everardo Moraes e Silva, fazendo juntar aos embargos cópia de alteração contratual da sociedade Alfaiataria da Moda Ltda.

Alega ainda o Embargante a prescrição da ação para cobrança do crédito tributário.

As sustentações de defesa apresentadas pelo Embargante são meramente procrastinatórias e sem fundamento legal pelas razões que abaixo exporemos.

II - Preliminarmente

3. Em sua peça inicial o Embargante deixou de indicar o valor da causa contrariando frontalmente o inciso V do artigo nº 282 do Código de Processo Civil.

(*) In Processo PFN/PE nº 0.430-059.571/75.

4. A 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos tem decidido:

«Os embargos do devedor constituem Ação incidental de conhecimento ou «litígio incidente, novo processo, não de execução, mas de conhecimento». Não constituem, portanto, contestação, mas ação. (...)» (In Boletim de Jurisprudência ADCOAS, 81014, ANO-XIII, de 1981, nº 50, pág. 789).

5. Além do posicionamento jurisprudencial a doutrina, igualmente, esboça o mesmo entendimento, no sentido de que os Embargos à execução constituem ação de conhecimento.

6. Comentando o art. 16 da Lei nº 6.830/80 o professor Luiz Celso de Barros assim preleciona:

*«Os embargos à Execução, que constituem verdadeira ação de conhecimento, devendo, portanto, atender aos requisitos genéricos do artigo 282, do Código de Processo Civil, além de outros requisitos peculiares a defesa (*lato sensu*) inclusive o valor da causa, sujeito à distribuição por dependência, tem por objetivo primordial elidir a certeza e liquidez da Certidão de Inscrição da Dívida Ativa, além de outras matérias ligadas à obrigação.» (In «A Nova Execução Fiscal», Editora Jovoli, ed. 1ª, de 1981, pág. 210 (grifamos)).*

7. «Como ação, devem os embargos preencher as condições genéricas do legítimo exercício de qualquer demanda (ligitimidade das partes, interesse processual, etc) para que o Juiz possa apreciar-lhes o mérito» estas as convictas palavras de Milton Flaks (in «Comentários à Lei da Execução Fiscal», Editora Forense, 1981, pág. 223), (grifamos).

8. Em assim sendo, por não haver sido dado cumprimento ao inciso V do art. 282 do Código de Processo Civil é de serem os Embargos julgados extintos, ex vi dos artigos 267, I, 295, VI e 329 do mesmo diploma legal, e condenado o Embargante nas cominações legais.

III - No Mérito

Alteração Contratual não Registrada não tem validade contra Terceiros

9. O Embargante fez juntar à sua peça vestibular para provar que não mais fazia parte da sociedade ora executada uma primeira alteração

contratual daquela firma, em que o mesmo cede suas cotas ao Sr. Everardo Moraes e Silva. Acontece que, dita alteração não foi levada a registro na Junta Comercial, dela, portanto, não tomado conhecimento, do que foi certificado pela própria Junta, como se vê do documento anexo a este.

10 - O Código Civil preceitua em seus artigos 135 e 1.067, *verbis*:

«Art. 135. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na disposição e administração livre de seus bens, sendo subscrito por duas testemunhas, prova as obrigações convencionais de qualquer valor. Mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam a respeito de terceiro (art. 1.067), antes de transcrita no registro público.

Parágrafo único. A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal.

«Art. 1.067. Não vale, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se se não celebrar mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do art. 135 (art. 1.068).

«Parágrafo único.....(grifamos).»

11. Ao exigir o direito pátrio o registro do feito por instrumento particular ou de cessão para que os mesmos produzissem efeitos contra terceiros, tornou-o essencial à própria constituição do ato ou da cessão e não apenas um mero efeito publicitário. A transcrição do instrumento é exigida *ad substantiam* e não apenas *ad probatum*.

12. O inigualável Clóvis Beviláqua em seu «Código Civil dos Estados Unidos do Brasil» faz as seguintes assertivas:

«Os efeitos da cessão dependem, também do registro. O artigo 1.067 declara que a cessão não tem valor, em relação a terceiros se não celebrada por instrumento público ou por instrumento particular com as solenidades do art. 135. Essas solenidades são o escrito, a assinatura e o registro.

«(...) A cessão de crédito, porém, é um ato que deve constar de escrito público ou particular (art. 1.067), para valer em relação a terceiros. Esta forma não pode ser substituída, nem a prova instrumental suprida por outra.

“(...) A data do instrumento particular é a que nele se achar exarada, mas para a validade a respeito de terceiros, o que importa é a data do registro. Foi com este efeito do registro que se preocupou o art. 135.” (Grifamos, in ob. cit. pág. 320).

13. Indispensável, para esclarecimento definitivo da matéria enfocada, as palavras do exímio Prof. Caio Mário da Silva Pereira:

«Mas, se revestir a forma particular, terá de ser escrita e assinada ou somente assinada por quem esteja na disposição livre de seus bens, e transcrita no registro público, para valer contra terceiros. Em torno da última exigência, reina constante controvérsia na doutrina, com deplorável repercussão jurisprudencial, havendo opiniões e restos no sentido de que tem mero efeito publicitário a transcrição no registro público, enquanto que outros lhe atribuem o caráter de requisito de validade. A distinção não é meramente acadêmica, mas de sensível projeção prática, pois que se o registro tivesse efeito de simples publicidade, sua omissão seria suprível por qualquer outra prova de conhecimento da cessão por parte de terceiros. Caso contrário, e revestindo caráter de condição de eficácia, será insuprível. Diante dos termos da lei, e com apoio na invocação doutrinária alienígena, onde vige semelhante regra, não pode haver dúvida que o registro é requisito essencial à própria existência da cessão, pois que não vale ela em relação a terceiros, a não ser que revista a forma pública, ou no caso de ser vazada em instrumento particular, se não se sujeitar às imposições formais, entre as quais precisamente o registro.

“(...) Ora, quando a lei estabelece o requisito formal como da substância do ato, cominando a pena de inelegibilidade para o caso de sua inobservância, não terá valor nenhum o ato que a ele desatenda. À luz de tais princípios, sempre sustentamos que a transcrição do instrumento de cessão é exigida *ad substantiam*, e não apenas *ad probatum*, o que quer dizer que, preferida a formalidade do registro, não vale a cessão, isto é, não é oponível a terceiros, como por exemplo ao credor do cedente, e mantivemos o princípio no Anteprojeto de Código de Obrigações, art. 163.” (Grifamos, in «Instituições de Direito Civil», vol. II, Editora Forense, págs. 310/311).

14. Dispõem, por sua vez, categoricamente, os artigos 10 e 301 do

Código Comercial Brasileiro, *in verbis*:

«Art. 10. Todos os comerciantes são obrigados:

2. A fazer registrar no Registro do Comércio todos os documentos, cujo registro for expressamente exigido por este Código, dentro de quinze dias úteis da data dos mesmos documentos (art. 31), se maior ou menor prazo se não achar marcado neste Código;

.....
.....
«Art. 301 O teor do contrato deve ser lançado no Registro do Comércio do Tribunal do distrito em que se houver de estabelecer a casa comercial da sociedade (art. 10, nº II) e se desta tiver outras casas de comércio em diversos distritos, em todos eles terá lugar o registro.

«(...) Enquanto o instrumento do contrato não for registrado, não terá validade entre os sócios nem contra terceiros, mas dará ação a estes contra todos os sócios solidariamente (art. 304).» (Grifamos).

15. “A finalidade do registro do Comércio, como é óbvio, é a de levar ao conhecimento do público em geral e sobretudo daqueles que tiverem relações de negócios com o comerciante todo e qualquer fato que lhes possa interessar, relativo à sua vida profissional e financeira.

Além de benéfica para o crédito do comerciante, tal publicidade obrigatória, resguarda os interesses dos que com ele contratam e nesta publicidade, como salientou Munzinger, se encontra atualmente a guarda da moralidade comercial.

Assegurar essa publicidade constitui a função principal do registro do comércio.» Estas as palavras elucidativas do comercialista João Eunápio Borges. (In «Curso de Direito Comercial Terrestre», Forense editora, pág. 11).

16. Do emérito comercialista, igualmente, a excelente elucidação:

«O Decreto nº 3.708 é completamente ómiso em relação à forma de transferência das cotas. Como a lei alemã exige, para a cessão, documento em forma judiciária ou notarial

(in gerichtlicher oder notarieller Form), e a lei portuguesa, documento autêntico, entende-se geralmente entre nós que a cessão de cotas só pode ser feita, igualmente, como qualquer cessão de direitos, por instrumento público e particular devidamente arquivado na Junta Comercial.

«No instrumento intervirão o cedente e o cessionário e, nos casos em que o contrato exigir, para a transferência, o consentimento da sociedade ou dos sócios, também estes ou o representante daquela.» (Grifamos, *in op. cit.* pág. 342).

17. Concorde, da mesma forma, com o arquivo necessário do instrumento de cessão no Registro de Comércio, Egberto Lacerda Teixeira ao asseverar:

«Admitida a livre cessibilidade das cotas nas sociedades constituídas de grande número de sócios e dotadas de organização administrativa semelhante às anônimas, a cessão independe do prévio assentimento dos demais associados. Pensamos que a cessão ou transferência de cotas não determinará, obrigatoriamente, a modificação do contrato social. Basta que a cessão se realize, com a observância dos preceitos estatutários e que o instrumento de cessão seja depositado na sede da sociedade e arquivado no Registro de Comércio para os devidos efeitos perante terceiros. (...)» (*In «Curso de Direito Comercial» apud Rubens Requião, Vol. 1º, Edição Saraiva, 1979, pág. 341*), (grifamos).

18. Exibe em Juízo o Embargante um instrumento particular no qual o mesmo cede e transfere um crédito, ou seja, as suas vinte quotas a um terceiro, mediante o consentimento dos demais sócios, (v. Cláusula Quarta). Só que, este instrumento não reveste as formalidades do art. 135, como exige o art. 1.067, do mesmo Código Civil. Assim a alteração apresentada como prova do desligamento do Embargante não vale em relação a terceiros, o que vale dizer, é como nunca tivesse sido feita, não tem validade e portanto, o Embargante para o Fisco, terceiro que é estremo de dúvidas, é sócio representante da sociedade, tal qual está firmado no contrato particular de Constituição de Sociedade Comercial, Cláusula Terceira, pelo próprio Embargante pactuada:

«Terceira - A Sociedade será gerida por todos os associados, ou seja, Cláudio José Pereira Gomes, Luiz Gonzaga Bandeira,

Walter Fernandes Spinelli e João Bosco Gonçalves Barros os quais, em conjunto ou separadamente, representarão a Sociedade em Juízo ou fora dele, praticando enfim, todos e quaisquer atos necessários à sua gestão normal, devendo assinar em conjunto, naqueles atos que implicarem na constituição de obrigações, sendo, todavia, necessário a assinatura da unanimidade dos quotistas, nos atos translativos de domínio de quaisquer bens da Sociedade, móveis ou imóveis.»

19. Ante o exposto, passaremos a designar o Embargante de sócio-gerente, vez que o é realmente, nos termos da Certidão em anexo.

20. Quando do início do executivo fiscal o Sr. Oficial de Justiça certificou às fls. 6-v. que: «deixou de citar Alfaiataria da Moda Ltda. por não a encontrar, havendo colhido informações de vizinhos de que a firma não é mais estabelecida naquele endereço, encontrando-se em lugar incerto e não sabido». (Grifamos).

21. Ante ao que o Exmo. Sr. Dr. Juiz às fls. 9 suspendeu a execução deferindo requerimento, neste sentido, do ilustre Procurador da República, até ulterior pronunciamento do requerente ou do executado.

22. Informados da suspensão do executivo fiscal, esta Procuradoria diligenciou junto à Junta Comercial do Estado de Pernambuco e enviou à Procuradoria da República o documento de fls. 11 (autos principais) no qual consta o nome dos quatro sócios cotistas da firma ora executada, todos eles respondendo pela sociedade.

23. O art. 350 do Código Comercial preceitua, *in verbis*:

«Art. 350. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais.» (Grifamos).

24. Aliás o art. 596 e seu § 1º do Código de Processo Civil reiteram a regra do art. 350 do Código Comercial ao dispor:

«Art. 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade.

“§ 1º Cumpre ao sócio, que alegar o benefício deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito.

«§ 2º(Grifamos).»

Da responsabilidade fiscal dos diretores, gerentes ou representantes da Pessoas Jurídicas de Direito Privado

25. Com efeito, dispõe o artigo 135 do Código Tributário Nacional:

«Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigação tributária resultante de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de Pessoas Jurídicas de Direito Privado. (Grifamos).»

26. O insigne Aliomar Baleeiro comenta:

«No art. 135, há outra hipótese de vinculação do terceiro, que representa o contribuinte ou lhe serve de instrumento jurídico: - a atuação com excesso do poderes ou a infração de cláusula de contratos ou estatutos.

Nesses casos, além das categorias de pessoas arrroladas no art. 134, que passam a ser plenamente os responsáveis pelos créditos tributários - e não apenas solidárias estritamente em caso de impossibilidade de cumprimento por parte do contribuinte - ficam na mesma situação os mandatários, prepostos e empregados, assim como os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de Direito Privado, em geral.

O caso, diferentemente do anterior, não é apenas de solidariedade, mas de responsabilidade por substituição. As pessoas indicadas no art. 135 passam a ser os responsáveis ao

invés de contribuinte.» (Grifamos, in «Direito Tributário Brasileiro», 8ª edição, Editora Forense, pág. 447/448).

27. E, Rubens Gomes de Souza ensina que:

«Substituição ocorre quando, em virtude de uma disposição expressa de lei, a obrigação tributária surge desde logo contra uma pessoa diferente daquela que esteja em relação econômica com o ato, fato ou negócio tributário.» (In «Compendio de Legislação Tributária», 1964, pág. 96).

28. Por sua vez, o Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919 que regula a constituição de sociedades por quotas de responsabilidade limitada preceitua em seu art. 10 de modo claro e irrefutável:

«Art. 10. Os sócios-gerente ou que derem nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei. (Grifamos).»

29. Por ser sócio-gerente o Embargante responde para com terceiros solidária e ilimitadamente pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei. Assim, se a sociedade não recolheu tributo devido em tempo hábil, mas inversamente cessou as suas atividades sem dissolução e liquidação regulares, e o Embargante permitiu que tal acontecesse pagará o mesmo como responsável tributário, por substituição, ex vi do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional.

IV - A Jurisprudência

30. O Excelso Pretório em recentíssimas manifestações das 1ª e 2ª Turmas, consagram que:

«Sociedade por quotas de responsabilidade limitada - Execução Fiscal - Figuras do vendedor e do responsável tributário.

A execução fiscal pode incidir contra o devedor ou contra o responsável tributário, não sendo necessário que conste o nome deste na certidão da Dívida Ativa.

Não se aplica à sociedade por quotas de responsabilidade limitada o art. 134 do Código Tributário Nacional; incide sobre ela o art. 135, itens I e III, do mencionado diploma legal, se o crédito tributário resulta de ato emanado de diretor, gerente ou outro sócio, praticado com excesso de poder ou infração da lei, do contrato social ou do estatuto.

Constitui Infração da lei e do contrato, com a consequente responsabilidade fiscal do sócio-gerente, o desaparecimento da sociedade sem sua prévia dissolução legal e sem o pagamento das dívidas tributárias.

Recurso extraordinário conhecido e provido para julgarem-se improcedentes os embargos subsistente a penhora em bem do sócio-gerente.» (Grifamos, RE nº 96.607-RJ, Primeira Turma, in Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 103, março/83, pág. 1274).

«Execução Fiscal - Ligitimação Passiva.

As pessoas referidas no inciso III do artigo 135 do CTN são sujeitos passivos da obrigação tributária, na qualidade de responsável por substituição, e, assim sendo, se lhes aplica o disposto no artigo 568, V, do Código de Processo Civil, não obstante seus nomes não constarem no título extrajudicial.

Recurso extraordinário conhecido e provido.» (Grifamos), (RE nº 96.099-RJ, Segunda Turma, in Revista Trimestral de Jurisprudência, Vol. 105, junho/83, pág. 334).

«Execução Fiscal - Legislação Passiva.

- «As pessoas referidas no inciso II do artigo 135 do CTN são sujeitos passivos da obrigação tributária na qualidade de responsáveis por substituição, e, assim sendo, aplica-se-lhes o disposto no artigo 568, V, do Código de Processo Civil, apesar de seus nomes não constarem no título extrajudicial.

Assim, podem ser citadas - ter seus bens penhorados - independentemente de processo judicial prévio para a verificação da ocorrência inequívoca das circunstâncias de fato aludidas no art. 135, caput do CTN, matéria essa que, no entanto,

poderá ser discutida, amplamente em embargos de executado (art. 745, parte final do CPC):

«Recurso extraordinário conhecido e provido.» (Grifamos), (Recurso Extraordinário nº 99.551-RJ, «Segunda Turma» in Revista Trimestral de Jurisprudência Vol. 106, novembro/1983, pág. 878).

31. O Tribunal Federal de Recursos quanto à matéria ora analisada tem decidido de modo categórico:

«Execução Fiscal - Dívida da Sociedade - Responsabilidade do sócio.

Responde o sócio pela dívida fiscal se, deixando a sociedade de funcionar, sem distrato regular, os seus dois únicos sócios constituem nova sociedade, já na pendência dos embargos de terceiro oferecidos, tendo por objeto a mesma atividade e o mesmo local da devedora.» (TFR, AC. Unânime da 1ª Turma, public. em 16-2-78), (in ADCOAS, Ano X, nº 47, 1978, pág. 750, 60, 676).

«Execução Fiscal - Penhora de Bens de Sócio - Cabimento.

Se a sociedade não possui bens no lugar da execução, ou são eles sonegados ao Oficial de Justiça, pode a penhora, na execução fiscal, recair sobre bens particulares do sócio.» (TFR, Ac. Unânime da 4ª Turma, public. no DJ de 5-12-79 - Ap. Cível nº 44.252-SP). (in ADCOAS, 73.758, Ano XII, nº 45, pág. 719, grifamos).

«EMENTA. Execução. Dívida da Sociedade. Benefício de Ordem. CPC. art. 596.

Sócio, responsável substituto por dívida fiscal. Indicação insuficiente de bens da sociedade. Caso em que se nega o benefício de ordem, eis que não atendido o requisito do § 1º do artigo 596 do CPC.

Apelação improvida.» (AC 79.356 - Rel. Min. Pedro da Rocha Acioli - 5ª Turma, 26-11-82. Unânime), (in Boletim do

Tribunal Federal de Recursos, Ano IV, nº 48, 2.313/83). (Grifamos).

«Tributário - Sócios Cotistas - Responsabilidade de Lei - Estatuto Social - Penhora.

Ementa - Responsabilidade dos sócios cotistas de sociedade irregularmente dissolvida. Infração de lei, contrato ou estatuto social. Penhora sobre os bens pessoais dos sócios para garantia dos créditos fiscais.

Se a sociedade por quotas encerrou-se irregularmente, sem destinação adequada de seus bens, respondem os sócios com seu patrimônio pessoal pelos tributos devidos, estando configurada a infração da lei e do estatuto social. (CTN, art. 135, inciso III).

II - Os sócios cotistas que, não tendo recolhido os tributos devidos, permitiram a dissolução irregular da sociedade, são sujeitos passivos das obrigações tributárias, responsáveis por substituição, podendo ser citados e ter seus bens penhorados na mesma execução fiscal ajuizada contra a firma que representam, assegurando-se-lhes defesa em embargos do devedor, nos termos da Lei nº 6.830/80.

Procedentes do TFR, e do STF.

III - Agravo provido, para que se prossiga na execução. (Ag. 43.089 - Rel. Min. Geraldo Sobral, 5ª Turma - 9-3-83. (Unânime) in Boletim do Tribunal Federal de Recursos, Ano IV, nº 52, 30-7-83, pág. 25). (Grifamos).

A Ação para cobrança do Crédito

Tributário prescreve em cinco anos

32. Não é de ter acolhida, igualmente, a afirmativa do Embargante de que esteja prescrita a cobrança do crédito tributário. Esta alegação, como as demais são procrastinatórias, sem qualquer fundamento jurídico.

33. Os artigos 201 e 174 do Código Tributário Nacional têm aplicação à espécie porque:

«Art. 201. Constitui Dívida Ativa Tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.

«Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.» (Grifamos).

34. Nos exatos termos dos dispositivos supra, tendo sido inscrita a dívida definitivamente em 16 de novembro de 1976, através da Certidão da Dívida Ativa de nº 740 - IPI/76, conforme documento de fls. 3 da Execução Fiscal nº 157/77, poderia o Fisco ter ajuizado a Execução até outubro de 1981, mas a execução foi ajuizada em 24 de fevereiro de 1977.

35. E com essa orientação também se manifesta o Tribunal Federal de Recursos, como se lê no acordão seguinte:

«Prescrição - Termo a quo - Inscrição da Dívida.

Tributário - Execução Fiscal - Prescrição. Contado o prazo de cinco anos a partir do dia da inscrição como Dívida Ativa, visto representar o derradeiro ato formal ligado à constituição definitiva do débito - CTN, art. 174, e porque, no período, não se praticou nenhum ato capaz de interromper o curso da prescrição, que recebe confirmação. (AC. 60.708-SP. TFR, 2º T - Rel. Min. Moacir Catunda, in DJ de 5-12-79, pág. 9135).

No mesmo sentido, confira-se, *data venia*, os seguintes acórdãos:

AC nº 53.512-MG - DJ de 26-8-82, pág. 8.130;

AC nº 66.787-SP - DJ de 5-8-82, pág. 7.305;

AC nº 74.718-SP - DJ de 28-9-82, pág. 9.625;

AC nº 73.523-BA - DJ de 30-9-82, pág. 9.760.

Considere ainda que, fortalecendo a tese da não prescrição da ação para a cobrança do crédito tributário, o Executivo Fiscal ora promovido, foi suspenso pelo Exmo. Sr. Dr. Juiz da causa em data de 12-4-79, interrompendo assim a pretensa prescrição.

36. O Tribunal Federal de Recursos em recente manifestação da 5ª

Turma, no AC nº 67.212, relatada pelo Ministro Geraldo Sobral, consagrou que:

«Em execução fiscal, não sendo localizado o devedor ou quaisquer bens penhoráveis, cabe ao juiz suspender o curso do processo, pelo prazo de um (1) ano, sem fluência da prescrição, após o que, será ordenado o arquivamento dos autos, sem baixa na distribuição, até que sejam encontrados o devedor ou os bens, prosseguindo-se no feito.» (Grifamos, in «Boletim do Tribunal Federal de Recursos», ano IV, nº 053, pág. 13).

37. Tal como consta no acórdão foi feito: suspenso a execução fiscal, sem fluência da prescrição, prosseguindo-se no feito, vez que foram encontrados bens penhoráveis, sem que houvesse necessidade do arquivamento dos autos.

V - Conclusão

Ex Positis,

38. Tratando-se na hipótese de matéria exclusivamente de direito devem os Embargos ser julgados antecipadamente *ex vi* do art. 330, item I do Código de Processo Civil e por serem manifestamente protelatórios e desprovidos de qualquer sustentação legal devem ser rejeitados nos termos dos artigos 135, inciso III e 174 do Código Tributário Nacional, artigos 135 e 1.067 do Código Civil e artigos 301 e 338 do Código Comercial, devendo o Embargante ser condenado nas custas e demais cominações legais, prosperando a Execução Fiscal movida pela Fazenda Nacional contra Alfaiataria da Moda Ltda, nos exatos termos em que foi postulada.

Estas, em suma, os subsídios que ora nos parecem oportunos, e que, encaminhamos à doutra Procuradoria da República, com as homenagens de estilo.

À consideração do Dr. Procurador-Chefe.

Procuradoria da Fazenda Nacional em Pernambuco, 25 de abril de 1984 - *Marucia Coelho de Mattos Miranda Corrêa*, Procuradora da Fazenda Nacional.

De inteiro acordo.

No respeitante à questão da falta de arquivamento, na Junta Comercial, da alegada alteração contratual, lembre-se ainda que a exigência resulta do preceito contido no § 2º, inciso II do art. 48 do Decreto nº 57.651/66, o qual, no art. 73 também impõe o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação do documento. E não é demasia recordar que o Diploma colacionado regularmente a Lei nº 4.726, que dispõe, precisamente, sobre o registro do comércio.

À dnota Procuradoria da República.

Procuradoria da Fazenda Nacional em Pernambuco, 26 de abril de 1984 - *Antonio Galvão Cavalcanti Filho*, Procurador-Chefe.

**LEGALIDADE E LEGITIMIDADE:
UM ENFOQUE FILOSÓFICO-JURÍDICO***

Rosangela Maria Croccia Macedo

Introdução:

A exemplo de inúmeros vocábulos, legalidade e legitimidade têm significações que variam de conformidade com o contexto no qual se inserem. Equivale a dizer que tais vocábulos têm diversas acepções dependendo da perspectiva em que são visualizados e, por conseguinte, da conotação que se confere aos mesmos.

No sentido vernacular, **legalidade** significa, como se costuma dizer, "qualidade do que é legal, conformidade com a lei", e **legitimidade** "qualidade de legítimo, legalidade, retidão. Seriam, pois, sinônimos neste particular.

Já do ponto de vista da ciência política, legalidade seria o que se coaduna com a norma jurídica, com a ordem jurídica pré-estabelecida; enquanto legítimo seria o que encontra suporte na adesão dos destinatários desta mesma norma. A legitimidade trazendo insita, portanto, a noção de aceleração, de consentimento. Nesta perspectiva se permite dizer: o que é legal nem sempre é legítimo e vice-versa.

Note-se, neste particular, o que leciona

Marcelo Caetano:

"Na linguagem jurídico-política surgem os termos **legitimidade** e **legalidade** com significados próximos.

A legitimidade, porém, tem um sentido mais amplo que a legalidade. Legal é aquilo que está de acordo com as normas jurídicas positivas que, em dada sociedade, regulam o ato em questão. Mas, legítimo é não só o que é legal como aquilo que se passa de harmonia com certos princípios éticos, religiosos ou políticos aceitos pela comunidade.

*Monografia apresentada no Curso de Pós-Graduação (mestrado) em Direito da UFPE, em 1986, referente à disciplina Filosofia do Direito, à qual foi atribuída nota 10 (dez), pela Profa. M^a Bernadete Neves Pedrosa.

Assim, praticar uma ilegalidade pode ser legítimo caso a lei infringida seja considerada injusta ou iníqua pela opinião dominante na coletividade. Esta opinião firma-se em crenças ou convicções, radicadas na fé religiosa, na tradição, na razão ou em interesses generalizados(1)". (Grifos do autor).

Por outro lado, numa visão juspositivista, não cabe distinguir tais conceitos haja vista que têm a mesma acepção e, portanto, tudo que é legal necessariamente é legítimo; o ilegal necessariamente o é ilegítimo. Daí, por exemplo, um ato questionado Xn é legal/legítimo se existe uma norma em um dado ordenamento jurídico que o qualifique com tal (legal). Julga-se, pois, o ato questionado de legal ou ilegal conforme a norma jurídica positiva e vigente que o apanha assim o considera, não cabendo porquirir de legitimidade do mesmo, já que, em sendo legal, legítimo é.

No decorrer dos tempos, contudo, a questão em torno da legalidade/legitimidade é posta ora em termos de consonância, ora de divergência, como bem expressa o insigne Carl Schmitt através de um resumo da história das relações entre legalidade e legitimidade.

Observe-se:

"Na esfera da Igreja romana não havia diferença entre a legalidade e a legitimidade. No *Codex juris canonici* aparece muito a miúdo a palavra *legitimus*; em contrapartida, *legalis* só se encontra em quatro passagens ... e sempre com relação ao Direito secular (civil).....

Na esfera da mesma Igreja não há lugar para a diferenciação entre a legalidade e a legitimidade Graças à orientação divina, a hierarquia legal é sempre também a hierarquia legítima.

A divergência começa com o chamado princípio da legitimidade da restauração monárquica de 1814-1815.

(1) CAETANO, MARCELO Direito constitucional, p:293

(2) SCHMITT, C. - Legalidad y Legitimidad, p.XXIV - XXIX

"En la esfera de la Iglesia romana no se hace diferencia entre la legalidad y la legitimidad. En el *Codex juris canonici* aparece muy a menudo la palabra *legitimus*; en cambio, *legalis* solo se encuentra en cuatro pasajes ... y siempre con relación ao Derecho secular (civil).

En la esfera de la Iglesia misma no hay lugar para la diferenciación entre la legalidad y la legitimidad..... Gracias a la dirección divina, la jerarquía legal es siempre también la jerarquía legítima.

La divergencia comienza con el llamado principio de legitimidad de la restauración monárquica de 1814-1815.

A divergência entre legalidade e legitimidade teve sua origem na França monárquica da época da Restauração. Ali se estabeleceu um antagonismo surpreendente entre a legitimidade histórica de uma dinastia restaurada e a legalidade do Código napoleônico, que continuava vigente.

Para o progresso revolucionário, a legalidade era uma expressão de racionalidade e uma forma historicamente mais elevada que a legitimidade.

Nesta crise, o movimento revolucionário comunista penetra com todo seu vigor e com plena consciência filosófico-histórica desde o Manifesto Comunista de 1847-1848. Segundo este, a do Estado classista burguês é a inimiga do proletariado. Lenine e Trotsky iniciaram em 1917 uma aplicação lógica e transcendental deste critério. A questão da legalidade ou a ilegalidade se converte em um mero momento nas medidas estratégicas e táticas da guerra civil comunista.

Hitler se serviu da legalidade como sua arma mais poderosa.

Hoje já não se usa dizer legal, empregando-se em seu lugar com mais freqüência a expressão legítimo Winckelmann sustenta a teoria de Max Weber das três formas de manifestação da legitimidade - carismática, tradicional e racional - e opina que esta teoria conserva também sua validade no Estado social industrial ..." (2). (Grifos do autor).

(2) SCHMITT, C. - Legalidad y Legitimidad, p.XXIV - XXIX (Continuação)

La divergencia entre legalidad y legitimidad tuvo su origen en la Francia monárquica de la época de la Restauración. Allí se estableció un antagonismo sorprendente entre la legitimidad histórica de una dinastía restaurada y la legalidad del *Code napoleónico*, que seguía vigente.

Para el progreso revolucionario, la legalidad era una expresión de racionalidad y una forma históricamente más elevada que la legalidad.

En esta crisis, el movimiento revolucionario comunista penetra con todo su vigor y con plena conciencia filosófico-histórica desde el Manifiesto comunista de 1847-1848. Según este, la ley del Estado classista burgués es el enemigo del proletariado. Lenin y Trotsky hicieron en 1917 una aplicación lógica y transcendental de este criterio. La cuestión de la legalidad o la ilegalidad se convierte en un mero momento en las medidas estratégicas y tácticas de la guerra civil comunista.

Hitler se ha servido de la legalidad como su arma más poderosa.

Hoy ya no gusta decir legal, empleándose en su lugar con más frecuencia la expresión legítimo ... Winckelmann sostiene la teoría de Max Weber de las tres formas de manifestación e la legalidad - carismática, tradicional y racional -, y opina que esta teoría conserva también su validez en el Estado social industrial ...".

Ora, como se verifica, há uma tendência, através dos tempos, de vincular os conceitos de legalidade e/ou legitimidade a uma realidade histórica, seja na busca para justificar o momento histórico, seja na ânsia de adaptá-los aos interesses dos detentores do poder político.

Porém aqui se pretende visualizar a questão de maneira neutral, crítico-sistematicamente, como se impõe agir no campo filosófico-jurídico, isto é, sob a perspectiva da Filosofia do Direito que, segundo se costuma dizer, corresponde ao estudo crítico-sistematico dos pressupostos lógicos, axiológicos e históricos do Direito.

Assim, como conceituar a legalidade e/ou legitimidade? Há consciência de conceitos? Ou, ao contrário, são noções divergentes? Em havendo distinção, quais são os critérios, parâmetros diferenciadores? Em sendo distintos, há possibilidade de algum ponto de intersecção? Enfim, quais são os fundamentos da legalidade e/ou legitimidade?

Em linha gerais, são estas e outras questões que se busca analisar, na medida do possível, satisfatoriamente, neste estudo, acerca da legalidade e legitimidade num enfoque filosófico-jurídico.

Legalidade e Legitimidade: Noções

Na tentativa de esclarecer o que vem a ser legalidade e/ou legitimidade no sentido jusfilosófico, vários estudiosos fornecem noções sobre os termos.

Da legalidade

Segundo Lacambra, por exemplo:

"Legalidad significa, no sentido más amplio y general, existencia de leyes e sometimiento a las mismas de los actos de quienes les están sometidos" (3).

E ainda:

"... a legalidade é una forma manifestativa do Direito ..." (4).

(3) LACAMBRA, L.L.Y. - *Filosofía del Derecho*, p.618, no original:

"Legalidad significa, en el sentido más amplio y general, existencia de leyes y sometimiento a las mismas de los actos de quienes les están sometidos".

(4) LACAMBRA, L.L.Y. - *Idem*, p.618-619, no original:

"... legalidad es una forma manifestativa del Derecho...".

Destarte, observa-se que a primeira noção é ampla e genérica, como o próprio autor assevera. Sendo assim, percebe-se de logo, que não é específica da Filosofia do Direito. O vocábulo "leis", como está empregado, no sentido genérico de normas éticas, parece englobar como tais (normas éticas) não só as jurídicas, mas também as religiosas, morais e sociais de uma maneira geral, quando se sabe que as leis não são sequer todas as normas jurídicas. As leis são normas jurídicas e não as normas jurídicas.

Por outro lado, a segunda consideração, não obstante se referir ao Direito, ainda não satisfaz ou, pelo menos, não satisfaz sob a perspectiva desta abordagem, porque não define a legalidade em si mesma, já que a encara como sendo uma "forma" do Direito se exteriorizar, manifestar-se. Em outras palavras, porque o referido conceito não apreende a essência do que vem a ser legalidade.

Neste particular, acentua ainda Lacambra:

"Sem embargo, esta consideração formal não capta todos os matizes inerentes à noção de legalidade que maneja o jurista moderno" (5).

E justifica:

"Pois essa noção contém uma "carga histórica" constituída pelas concretas exigências e postulados vinculados a uma determinada situação histórica e que se expressam na fórmula do Estado de Direito, nascido historicamente como Estado liberal-burguês". (6).

Com efeito, tal conceituação não se adequa à perspectiva da Filosofia do Direito, sequer é neutral. Peca por ser produto de um quadro histórico e, consequentemente, vincular-se ao mesmo, não podendo se reproduzir em nenhum outro, porquanto cada período histórico tem suas peculiaridades.

Da mesma maneira, também, não satisfaz, sob o enfoque filosófico-jurídico, a conceituação de Carl Schmitt, para quem a legalidade é:

(5) LACAMBRA, L.L.Y. - Ob. cit., p.612, no original:

"Sin embargo, esta consideración formal no capta todos los matizes inerentes a la noción de legalidad que maneja el jurista moderno."

(6) LACAMBRA, L.L.Y. - ob. cit., p.619, no original:

"Pues esa noción contiene una "carga histórica" constituida por las concretas exigencias y postulados vinculados a una determinada situación histórica y que se expresan en la fórmula del Estado de Derecho, nacido históricamente como Estado liberal-burgués".

"... a justificação específica do poder coercitivo do Estado ..." (7).

Como se observa, nesta concepção, também, a legalidade é encarada com forte teor de impregnação histórica, só que desta feita para justificar o poder estatal da época.

Aliás, acrescenta Schmitt:

"Com respeito ao conceito de legalidade, há que se ter em conta que, histórica e conceitualmente, está estreitamente relacionado com o Estado legislativo parlamentário e com a classe de normativismo que é específica do mesmo. Este conceito aceita a situação criada pelo absolutismo dos princípios ..." (8).

Na visão de Schmitt, pois, a legalidade é um conceito moldado historicamente. Contudo, não parece que assim implique em se dizer que esteja relacionado "estreitamente" com a fase histórica mencionada por ele, eis que a mesma tão-somente determinou um conteúdo - histórico - para a legalidade. O conteúdo histórico da legalidade vigente, à época referida por Schmitt, é que se relaciona com o momento histórico ao qual o mesmo se reporta, não o conceito de legalidade que depende da perspectiva de visualização.

A consideração de Schmitt ainda não é geral; é contenutística e parece que o mesmo tem consciência disto quando diz:

"... as palavras "legal" e "legalidade" podem significar de per se tudo o que corresponde de alguma maneira à palavra *lex*, e esta palavra *lex* tem um conteúdo completamente diferente na distintas épocas, nos distintos países e nas distintas forma de organização." (9).

(7) SCHMITT, C. - ob. cit., p.5-6, no original:

"...la justificación específica del poder coercitivo del Estado ...".

(8) SCHMITT, C. - ob. cit., p.16, no original:

"Respecto al concepto de legalidad, hay que tener en cuenta que, histórica e conceptualmente, está estrechamente relacionado con el Estado legislativo parlamentario y con la clase de normativismo que es específica del mismo. Este concepto acepta la situación creada por el absolutismo de los principios ...".

(9) SCHMITT, C. - ob. cit., p.164, no original:

"... las palabras "legal" y "legalidad" pueden significar de por sí todo lo que corresponda de algún modo a la palabra *lex*, y esta palabra *lex* tiene un con contenido completamente diferente en las distintas épocas, en los distintos países y en las distintas formas de organización".

Com efeito, não se nega que o conteúdo das leis seja variável. A lei - como toda norma jurídica - comporta qualquer conteúdo. Mas, sabe-se, em contrapartida, que enquanto estrutura lógico-formal permanece invariável. Ora, não será que o mesmo ocorre com a legalidade?

Ademais, parece que fazer corresponder a legalidade à lei é restringi-la, porquanto a lei é uma norma jurídica e não a norma jurídica, como já enfatizado. Acresce ainda que a legalidade sob a perspectiva desta abordagem não se identifica com norma jurídica.

Desta maneira, como se pode constatar, os autores mencionados - à semelhança de outros - não distinguem a legalidade, a nível de Filosofia do Direito - enquanto conceito e como tal permanecendo invariável independentemente de espaço-tempo -, do conteúdo de legalidade - variável de conformidade com inúmeros fatores, entre os quais, ressalta-se, o histórico. Tal variação de conteúdo histórico explica-se, por sua vez, porque o homem é um ser que caminha sempre em busca da perfectibilidade.

Daí, devido a não percepção da diversidade de enfoque ou a não delimitação das perspectivas e, ainda ante forte vinculação histórica (ora com o Direito, ora com o Estado) - que faz predominar as noções históricas -, os autores enveredam pelo caminho das considerações contenutísticas que, evidentemente, não se atêm à legalidade em si mesma, não transcendem sequer ao momento que as forjaram; não sendo, pois, específicas da Filosofia do Direito.

Da legitimidade

A semelhança das noções de legalidade, as sobre legitimidade também sofreram impregnação histórica.

Neste sentido, observa-se Lacambra quando diz que a legitimidade:

"...também é um conceito que possui sua "carga histórica", devida a sua origem na oposição a uma determinada legalidade. Este duplo sentido de legalidade e da legitimidade aparece muito bem expresso pelo tratadista de Direito Político HENRIQUE GIL ROBLES, com estas palavras: "A legitimidade de qualquer instituição é sua conformidade com a lei em toda a extensão da palavra e, portanto, com a lei divina, natural e positiva, e com a humana, seja consuetudinária, seja escrita. Assim, pois, legitimidade é o mesmo que legalidade;

porém às vezes se emprega esta última palavra no sentido de lei contrária a direito, ou como diríamos, sem moralidade e retidão, puro legalismo pragmático, privado do espírito de justiça, e divorciado e inimigo dela; e também pode usar-se o termo como expressão de uma lei, que embora tenha em si mesma razão e justiça, não está em conexão e harmonia, mas em oposição e contra outras leis

Isto é, a verdadeira "legalidade" estaria na "legitimidade", porém, modernamente, assinala-se, pelo contrário, a máxima legitimidade na pura legalidade, ou seja, na "obediência a preceitos jurídicos positivos e estatísticos segundo o procedimento usual e formalmente correto", como disse MAX WEBER. (10).

Note-se, portanto, que aí não se tem ainda conceito de legitimidade adequado à perspectiva jusfilosófica. As considerações às quais se reporta Lacambra são de cunho contenutístico. A de Robles, de direito político, como está dito, ora identificando legitimidade com legalidade, ora admitindo divergência entre ambos os termos. Por fim, a conceituação de Max Weber é eminentemente sociológica.

Veja-se então se satisfaz a posição de outro estudioso, qual seja a de Luhmann. Para ele, a legitimidade está relacionada de certa maneira com o modus procedural, senão especificamente de estatuição de preceitos jurídicos, mas de "tomada de decisões", decisões estas que podem comportar as jurídicas no sentido expressado pelo autor, segundo se interpreta. (11).

(10) LACAMBRA, L.L.Y. - ob. cit., p.621-622, no original:

"... también es un concepto que posee su "carga histórica", debida a su origen en la o posición a una determinada legalidad. Este doble sentido de la legitimidad y de la legalidad aparece muy bien expresado por el tratadista de Derecho político ENRIQUE GIL ROBLES, con estas palabras: "La legitimidad de cualquier institución es su conformidad con lo ley en toda la extensión de la palabra y, por lo tanto, con la ley divina, natural y positiva, y con la humana, ya consuetudinaria, ya escrita. Así, pues, lo mismo da decir legitimidad que legalidad; pero a veces se emplea esta última palabra en el sentido de ley contraria a derecho, o como si dijéramos, sin moralidad y rectitud, puro legalismo pragmático, privado del espíritu de justicia, y divorciado y enemigo de ella; y también puede usarse el término como expresivo de una ley, que aunque tenga en si misma razón y justicia, no está en conexión y armonía, sino en oposición y pugna con otras leyes.....

Es decir, la verdadeira "legalidad" estaria en "legitimidad", pero modernamente, si cifra, por el contrario, la máxima legitimidad en la pura legalidad, sea, en la "obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos", como dice MAX WEBER."

(11) LUHMANN, N. - Legitimização pelo Procedimento, p.30.

Consoante Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Luhmann quer dizer que:

"(o) ...problema da legitimidade se põe no terreno puramente fático. Uma estrutura jurídica é ... legítima na medida em que é capaz de produzir uma prontidão generalizada para aceitação de suas decisões, ainda interminada quanto ao seu conteúdo concreto, dentro de certa margem de tolerância.....

.....mostrando que a legitimidade ...está..... no próprio processo que vai do ponto inicial do procedimento de tomada de decisão até a própria decisão tomada. É, assim, o procedimento mesmo que confere legitimidade e não uma de suas partes componentes" (12).

Dai Luhmann definir a legitimidade:

"... como uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância" (13). (Grifos no original).

Ora, tal visão também merece crítica, haja vista que não se pode dizer que seja filosófico-jurídica. É sociológica e, portanto, faz alusão a um conteúdo para a legitimidade.

Por outro lado, a legitimidade não parece ser uma questão meramente fática.

Acresce que decisões da maioria podem parecer ilegítimas para as minorias, da mesma maneira que decisões de minorias também podem ser ilegítimas para a maioria.

Demais disto, está a maioria/minoria previamente determinada? Ou, só se define a maioria/minoria a posteriori da tomada das decisões? O conceito de maioria/minoria não se vincula apenas a um modelo democrático? Não cabe indagar também a origem da aludida "disposição generalizada" de aceitação de decisões?

Assim, como se observa, definir a legitimidade, em função do modus procedural de tomada de decisões, também não se adequa à perspectiva jusfilosófica. É, sem dúvida, uma visão de cunho sociológico,

(12) LUHMANN, N. - ob. cit., p.3-4.

(13) LUHMANN, N. - ob. cit. , p.30.

enquanto a referência à maioria é de conteúdo apenas ideologicamente democrático. Portanto, um padrão de legitimidade, mas não o único.

Em que termos, então, firma-se um conceito jusfilosófico de legalidade e/ou legitimidade? Tem ou não o mesmo sentido?

Segundo Schmitt:

"A legitimidade e a legalidade se reduzem ambas ... a um conceito comum de legitimidade, enquanto que a legalidade é justamente o contrário da legitimidade. Por isso considero correta a formulação sobre a legalidade e legitimidade que faz Otto Kirchheimer ... segundo a qual ... hoje em dia "os limites da legalidade acabam onde começa a legitimidade". Desde logo, o uso da linguagem é agora tão amplo que considera o legal como algo "sómente formal", e o legítimo como o contrário". (14).

Será mesmo que a "legalidade acaba onde começa a legitimidade"? A legalidade é tão-somente um dado "formal" e a legitimidade, informal? Veja-se, pois, o conceito jusfilosófico de legalidade e/ou legitimidade.

Legalidade e Legitimidade: Conceitos.

Quando se afirma que um ato qualquer Xn é, por exemplo, legal e/ou legítimo, de logo, surge a necessidade de se fixar um universo operacional, um sistema como referencial. Indaga-se, de imediato, qual o parâmetro utilizado para se aferir a legalidade e/ou legitimidade do ato questionado.

Ora, daí cabe retirar a seguinte conclusão: a legalidade e/ou legitimidade (pois ainda não resta fixado aqui se tem ou não o mesmo sentido) de um ato em questão não pode ser afirmada em termos absolutos.

Neste sentido, diz-se que a legalidade e/ou legitimidade são conceitos relativos.

(14) SCHMITT, C. - ob.cit., p.14-15, no original:

"La legitimidad y la legalidad se reducen ambas ... a un concepto común de legitimidad, mientras que la legalidad es justamente lo contrario de la legitimidad. Por eso considero correcta la formulación que sobre la legalidad y la legitimidad hace Otto Kirchheimer ... según la cual ... hoy en dia "los límites de la legalidad acaban manifiestamente donde empieza la "legitimidad". Desde luego, el uso del lenguaje es ahora tan amplio que considera lo legal como algo "sómente formal", y lo legítimo como lo contrario".

Por outro lado, quando se supõe um referencial é porque há termo-referente e termo-referido. Logo, está-se diante de uma relação, de um nexo, de um vínculo.

Note-se a lição de Schreier:

"Descubrimos desta maneira uma oposição entre os conceitos relativos e absolutos. Enquanto os últimos são definíveis por subsunção, para a completa determinação dos primeiros é necessário recorrer a outros conceitos com eles relacionados. O enlace entre os conceitos relativos é a relação, e representa, por sua vez, um nexo puramente conceitual.

A relação mesma encontra sua determinação na indicação dos conceitos relativos que a ela pertencem.

Descobrimos assim uma segunda oposição: conceitos de coisas (absolutos) e conceitos relacionalis.

É muito fácil falsificar o vínculo existente entre a relação e os conceitos relativos. Não é que a relação se sobreponha como ponto de referência aos conceitos relativos previamente existentes ..., o que ocorre é que a relação e os conceitos relativos aparecem concomitantemente; possuem, desde o ponto de vista lógico, o mesmo sentido ..." (15).

Observe-se também o que ensina o mestre

(15) SCHREIER, F. - Conceptos y formas fundamentales del derecho, p.90-91, no original:

"Descubrimos de este modo una oposición entre los conceptos relativos y absolutos. Mientras los últimos son definibles por subsunción, para la completa determinación de los primeros es necesario recorrer a otros conceptos con ellos enlazados. El enlace entre los conceptos relativos es la relación, y representa, por donde, un nexo puramente conceptual.

La relación misma encuentra su determinación en la indicación de los conceptos relativos que a ella pertenecen.

Descubrimos así una segunda oposición: conceptos de cosas (absolutos) y conceptos relacionalis.

Es muy fácil falsificar el vínculo existente entre la relación y los conceptos relativos. No es que la relación se superponga como punto de referencia a los conceptos relativos previamente existentes ..., o que ocurre es que la relación y los conceptos relativos aparecen concomitantemente; poseen, desde el punto de vista lógico, el mismo rango..."

Lourival Vilanova:

"A relação é uma estrutura com termos e um operador que faz a função de relacionar-se" (16). (Grifos do autor).

Assim, a legalidade e/ou legitimidade são conceitos relacionais, nexos puramente conceituais.

Neste particular, a legalidade e legitimidade têm o mesmo sentido, posto que, como estrutura, ambas são conceitos relacionais.

Mas relação de qual nível, de qual natureza? É o que também cabe perquirir.

Legalidade como relação

Para tanto, *ab initio*, tome-se por exemplo, como universo, o ordenamento jurídico brasileiro, no qual, como amostras, normas jurídicas constantes do Código Civil:

"Art. 1132. Os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam."

"Art. 145. É nulo o ato jurídico:

IV - Quando for preterida alguma solenidade que a lei considere como essencial para a sua validade;

V - Quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito".

Configuram-se agora duas hipóteses, a saber:

- Conduta A: Venda por ascendentes a alguns descendentes com o consentimento expresso dos demais.

- Conduta B: Venda feita pelos ascendentes a um descendente sem o consentimento expresso aos demais.

(16) VILANOVA, L. - Causalidade e relação no direito, p.82.

Pergunta-se: Acerca de ambas as hipóteses, interessa saber, num exame da legalidade das condutas mencionadas, os motivos, por exemplo, que levaram os ascendentes à realização de uma venda a descendentes, ora com o consentimento expresso dos demais, ora sem o referido consentimento?

Evidentemente, a resposta é que não interessa perquirir tais motivos, por quanto não se está ante de uma questão puramente fática, já que as condutas referidas são consideradas relevantes para o Direito à medida que são por ele valoradas (seja positiva, seja negativamente).

Sem dúvida, cabe, indagar se as condutas *in casu* são legais ou ilegais.

Veja-se, então, inicialmente, o exame da estrita legalidade, isto é, sob o âmbito do Direito Positivo, para depois se transpor a questão para a linguagem jusfilosófica.

Quanto à conduta A: Para se responder se tal conduta é legal ou ilegal, há de se verificar se a mesma é obrigatória (positiva ou negativamente = proibida), permitida (explícita ou implicitamente) ou tolerada - categorias deônticas presentes em qualquer sistema jurídico independentemente de conteúdo. Após a subsunção da conduta A à norma respectiva, constata-se que não há proibição da conduta referida. Logo, a mesma é legal, ante o ordenamento jurídico brasileiro, porque está de acordo com o critério de legalidade que o mesmo ordenamento jurídico estabelece. Verifica-se, pois, sintonia, adequação entre a conduta e o que a norma estabelece.

Quanto à conduta B: Pelo mesmo raciocínio, conclui-se que a conduta B é proibida. Logo, é ilegal porque não está em sintonia com os critérios da legalidade vigente no ordenamento jurídico positivo brasileiro. A conduta B realiza a proibição. Assim, é ilegal, desvaliosa (valorada negativamente pelo sistema), indesejável à luz do referido ordenamento jurídico positivo.

Ora, na visão jusfilosófica, o que se observa ao se efetuar as indagações quanto à legalidade dos atos questionados e as suas respectivas respostas (conduta A = legal, conduta B = ilegal), indubitavelmente, é o estabelecimento de um confronto relacional entre dois pólos (ou termos), quais sejam: a conduta questionada (termo ou pôlo referido) - que pode ser uma conduta qualquer - e a norma jurídica positiva (termo ou pôlo referente) - que consagra uma categoria deôntica seja qual for o sistema jurídico.

Assim, na linguagem da Filosofia do Direito, a legalidade é uma relação entre ato qualquer questionado e a norma de direito positivo.

Mas, relação de qual natureza? Fática? De causalidade? Puramente formal? Ou jurídica?

Com efeito, não se vislumbra uma relação meramente fática, por quanto o referente é uma categoria deôntica positivada através de uma norma jurídica expressa.

Neste sentido, aliás, ensina o mestre Vilanova:

"Puras relações de fato existem entre os fatos naturais (físicos, biológicos)." (17).

Como se sabe, a norma jurídica que positiva um modal deôntico não é um fato natural, físico; é mental.

Logo, como se percebe, a relação de legalidade não é meramente fática.

Também de simples causalidade não se trata. Não é um questão puramente de causa e efeito.

Note-se a lição de Schreier:

"A causalidade nada tem que ver com o direito; as normas jurídicas não são fatos reais; e só os fatos podem produzir efeitos e ser, por sua vez, causas". (18).

Ora, se "a causalidade nada tem que ver com direito", e, sabendo-se que um dos termos da relação de legalidade é norma jurídica que positiva uma categoria deôntica, logo se conclui que tal relação também não pode ser de causalidade.

Puramente formal também não é, porque pode ter como um dos termos da relação os fatos sociais. O termo-referido de uma relação de legalidade é um ato ou conduta, relação jurídica em sentido estrito, etc.

(17) VILANOVA, L. - ob. cit., p.76.

(18) SCHREIER, F. - ob. cit., p.71, no original:

"La causalidad nada tiene que ver con el derecho, las normas jurídicas no son hechos reales; y sólo los hechos pueden producir efectos y ser, a su vez, causas".

Resta concluir, pois, que se trata de relação jurídica no sentido amplo. Relação jurídica porque um dos termos é norma de direito positivo consagradora de um modal deôntico, ou seja, categoria deôntica positivada através de uma norma jurídica expressa. Diz-se ampla a relação jurídica, posto que não se faz referência a sujeitos determinados, a termos concretos.

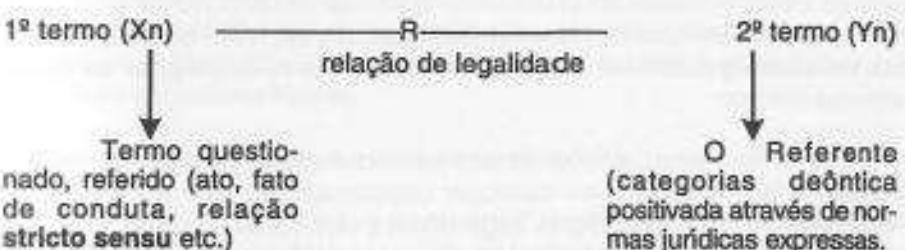
Diz ainda Schreier:

"Examinemos agora em que forma é possível incluir a relação jurídica nas classificações correntes. Fala-se de relações simétricas, não simétricas e assimétricas. As simétricas são reversíveis. O fato de que entre A e B existe a relação R, indica que a mesma relação existe entre B e A. Exemplo: A=B, logo, B=A. As não simétricas não admitem esta inversão; as assimétricas a proíbe. Se entre A e B existe a relação R, entre B e A pode existir a mesma relação. Exemplo: A maior que B. A relação jurídica é, indubitavelmente, assimétrica". (19).

Ora, sendo a legalidade uma relação jurídica mesmo em sentido amplo - dela se pode dizer que seja assimétrica.

Assim, na linguagem da Lógica Jurídica, assevera-se: Se entre Xn y Yn existe a relação de legalidade (R), logo, entre Yn e Xn não pode haver a mesma relação (R).

Em síntese, a relação de legalidade no sentido jusfilosófico configura-se da seguinte maneira:



(19) SCHREIER, F. - ob. cit., p.114, no original:

"Examinemos ahora en qué forma es posible incluir la relación jurídica en las clasificaciones corrientes de la relación. Se habla de relaciones simétricas, no simétricas y assimétricas. Las simétricas son reversibles. El hecho de que entre A y B exista la relación R, indica que la misma relación existe entre B y A. Ejemplo: A=B, luego B=A. Las no simétricas no admiten esta inversión; las assimétricas las prohíben. Si entre A y B existe la relación R, entre B y A no puede existir la misma relación. Ejemplo: A mayor que B. La relación jurídica es, indubitablemente, assimétrica."

Em outras palavras, pode-se afirmar que:

- A legalidade cabe ser conceituada como relação entre um ato (fato de conduta, relação em sentido estrito etc.) qualquer e norma de direito positivo que consagra um modal deôntico, não o inverso; relação jurídica em sentido amplo, como enfatizado, pois, conceito invariável independentemente de espaço-tempo;

- relação que se configura, como se vê, na adequação, sintonia com determinado padrão de normas positivas vigentes (equivale a dizer: a legalidade pode ser definida como o padrão de normas jurídicas vigentes em um dado ordenamento jurídico);

- como as normas jurídicas comportam qualquer conteúdo, a legalidade como padrão dessas normas também comporta qualquer conteúdo;

- mas, porque é padrão de normas jurídicas vigentes, enquanto tal, dispensa referência a qualquer qualificadora. Não tem sentido, pois, falar-se de legalidade democrática, autocrática, etc. Toda legalidade é legal, é legalidade;

- desta maneira, deduz-se também que os critérios de aferilidade da legalidade são intra-sistemáticos. Os critérios intra-sistemáticos são, pois, suficientes e bastam para explicá-la, sendo informados, por sua vez, pelas categorias deônticas, formais, inseridas nas normas jurídicas expressas e vigentes em um dado sistema jurídico;

- outrossim, cabe inferir também que não se pode visualizar um ato em um sistema jurídico e identificá-lo como legal ou ilegal à luz de outro sistema jurídico;

- a seu turno, dentro de um mesmo sistema jurídico, quanto ao exame da legalidade, um ato qualquer questionado só pode ser tido como legal ou ilegal. Em sendo legal, ilegal não é e vice-versa. Trata-se, pois, de um juízo excludente reciprocamente, já que algo não pode ser simultaneamente legal e ilegal logicamente;

-em contrapartida, sabe-se que um ato questionado pode ser legal hoje e não sê-lo amanhã, ou, ao contrário, da ilegalidade passar à legalidade.

Mas isto não infirma a tese esboçada (da excludência reciproca),

porquanto a questão é diversa: trata-se de que a legalidade vigente pode ser substituída por outra devido a uma ruptura na ordem estabelecida, o que ocorre quando se deixa de aderir aos fundamentos da mesma legalidade.

Em sendo assim, que padrões informam a legalidade vigente? Qual o fundamento da legalidade que vige?

Segundo Lacambra:

"... a legalidade implica um elemento "material" que, no Ocidente, é o respeito à dignidade do indivíduo e nos regimes socialistas é o favorecer à instauração do sistema de democracia socialista". (20).

Seriam estes os fundamentos da legalidade?

Ora, como se pode perceber, o respeito à dignidade do indivíduo, por exemplo, é um dado valorativo ideal essencialmente democrático. Será que para fundamentar a legalidade vigente em um sistema ideologicamente democrático tal valor terá que ser incorporado às normas jurídicas positivas constantes do ordenamento jurídico correspondente? Ou, o fundamento da legalidade não precisa ser positivado? Pode-se dizer que o fundamento da legalidade é também o padrão de normas vigentes, independentemente do conteúdo das mesmas normas, dos valores nelas positivados, posto que se sabe que não cabe distinguir a legalidade em democrática, autocrática, etc.? Ou, o fundamento da legalidade vigente repousa sobre algo que se considera como legítimo?

Parece, todavia, que daí (problemática da fundamentação da legalidade) se descamba automaticamente para o questionamento em torno da legitimidade, partindo do pressuposto de que a visão da legitimidade é que se pauta em valores ideais.

Adentra-se, pois, no tema da legitimidade.

Legitimidade como relação

Suponha-se a seguinte hipótese: alguém mata alguém (conduta questionada).

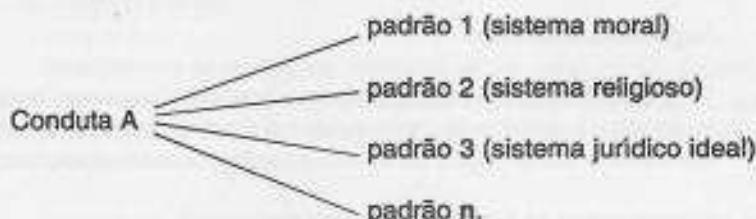
(20) LACAMBRA, L. L. Y., - ob.cit., p.622, no original:

"... la legalidad implica un elemento "material" que, en el Occidente, es el respeto a la dignidad del individuo y en los regímenes socialistas es el favorecer la instauración del sistema de democracia socialista.

Como discernir se a referida conduta é legítima ou ilegítima?

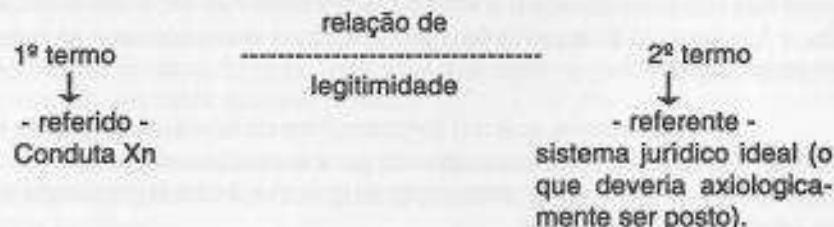
Afigura-se, de logo, como necessária, a fixação do padrão ante o qual se examina a legitimidade da conduta em apreço.

Assim, imagine-se:



Ora, tomando-se como padrão o sistema moral, resulta dali que a conduta A (questionada) é desvalorosa, ilegítima. Da mesma maneira, é ilegítima ante o sistema religioso. Também é ilegítima com referência ao sistema jurídico ideal. É ilegítima coincidentemente nesses padrões porque todos consideram a vida como um valor positivo e que deve ser preservada.

Neste particular, nota-se que ocorreu o seguinte confronto relacional (agora restringindo ao sistema jurídico ideal):



Com efeito, trata-se também de uma relação. Mas de que tipo?

Pode-se afirmar que seja uma relação abstrata e essencialmente axiológica. Faz-se entre um termo questionado (Xn) - ato qualquer - e as normas ideais, evidentemente, com referência às normas de direito positivo - não no que prescrevem, mas no que devem prescrever.

Logo, como se vê, a análise da legitimidade transcende ao âmbito do direito positivo; sua criteriologia é, pois, extra-sistêmática. Neste sentido, a legitimidade é uma noção mais ampla que a legalidade. Mas, quais os funda-

mentos da legitimidade? São os valores ideais? É a religião? Ou, a moral?

Segundo Luhmann:

"... o conceito de legitimidade perde o seu fundamento moral com a positivação do direito, que se impôs completamente no século XIX. Primeiro foi equiparado à posse do poder efetivo, depois foi usado de novo para dominar a problemática dum princípio de legalidade puramente positivo". (21).

Sob a perspectiva escolhida aqui, entretanto, cabe enfatizar que o fundamento de legitimidade repousa em um núcleo valorativo ideal.

Como no plano ideal a escala de valores é infinita, não obstante haver valores comuns, por exemplo, à moral, religião etc., pode-se afirmar que a legitimidade se contém em padrões diversos e cada padrão oferecendo seus critérios, por sua vez, escolhidos em função desses valores ideais ou de um núcleo valorativo básico. Daí, os fundamentos diversificados de legitimidade e, por consequência, os diversos tipos de legitimidade.

Entretanto, todos os padrões de legitimidade são eqüidistantes, nivelam-se.

Assim, tomando o sistema jurídico ideal, considera-se como exemplo o padrão de legitimidade democrática.

Neste aspecto, note-se o que ensina a profa. Bernadette Pedrosa:

"É bastante difundida a idéia que resume a existência da legitimidade democrática do simples fato de as normas superiores do ordenamento jurídico da sociedade política terem sido criadas por um órgão diretamente formado pela vontade coletiva. Essa é apenas a primeira etapa do processo mediante o qual é realizada a pretendida legitimidade.

A segunda etapa consiste em tornar efetivo o princípio da liberdade política, formulado pela precisão kelseniana em termos definitivos: "É politicamente livre quem, estando embora submetido, submete-se somente à sua própria vontade e não à alheia" (Essência e Valor da Democracia). Elaborada a Constituição, a incorporação desse

(21) LUHMANN, N. - ob. cit. p.29

princípio se traduz, normativamente, no direito de o povo eleger os titulares dos órgãos do Governo, em pleito livre e direto. Essa etapa do processo é da maior relutância, se se considerar que toda e qualquer forma de legitimidade está referida a princípios, e no caso da legitimidade democrática, o princípio da liberdade política é o ponto de referência.

A terceira e última etapa ... diz respeito ao modo como se dividem e harmonizam os chamados Poderes do Estado. Pode-se dizer, sem receio de provocar incompreensões, que esse é o ponto nuclear das democracias contemporâneas. Todo o processo de legitimidade pode resultar comprometido, no momento em que sejam relegados a plano secundário os controles efetivos ao exercício do poder político a fim de que seja assegurada a liberdade" (22).

Em resumo, como se pode notar, a liberdade é o valor núcleo consagrado pelo padrão de legitimidade democrática. Aí, a relação de legitimidade se estabelece entre o ato questionado e as normas ideais consagradoras do valor primeiro da democracia, qual seja, a liberdade, e tendo em vista o critério do padrão dessa legitimidade: vontade da maioria. Na visão democrática, pois, a legitimidade estaria melhor definida pelo critério da maioria.

Um ato questionado é, portanto, sob a perspectiva democrática legítimo, se realizado de acordo com os critérios que integram o padrão dessa legitimidade. A relação também é de compatibilidade, só que se faz entre o ato questionado e as normas ideais. Contudo, visando-se avaliar se as normas de direito positivo incorporam ou não os valores contidos nas normas ideais.

Já no tocante à legitimidade de padrão autocrático, por exemplo, o valor e o critério são outros. Mas, a relação no caso se estabelece tendo em vista o valor núcleo desse padrão, bem como o critério respectivo, e assim por diante.

Em outras palavras, pode-se dizer que a cada ideologia corresponde um tipo diverso de legitimidade que lhe é peculiar.

Dai se afirmar também que os padrões de legitimidade são diversos, por quanto diversas são as ideologias, podendo coincidir quando o mesmo critério pertença a mais de uma padrão, em tese, mas não necessariamente.

(22) PEDROSA, B. - Estado de direito e segurança nacional, p.90-91.

Por conseguinte, o que é legítimo relativamente a um padrão, em princípio, é ilegítimo em relação a outro e vice-versa.

Legalidade e Legitimidade: Inter-relação

Quando há coincidência dos valores constantes nas normas ideais com os positivados através de normas jurídicas expressas, diz-se que a legitimidade se identifica com a legalidade ou, em outras palavras, ocorre uma legitimidade legalizada ou, ainda, legitimação da legalidade, conforme seja.

Mas, coincidindo ou não os valores no plano ideal com os já positivados, não obstante o conceito de legalidade e legitimidade como relação, cabe dizer, noutro sentido, que se inter-relacionam: a legalidade pode ser conceituada em função da legitimidade.

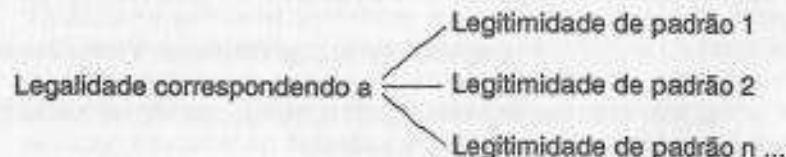
Neste particular, define-se a legalidade como "a formalização de conteúdos significativos de padrões de legitimidade" (23).

A legalidade é encarada como um dado formal, enquanto a legitimidade, informal, já que pode ser definida como "a ideologia do Direito" (24).

Dai se conclui também que a legalidade repousa em um determinado tipo de legitimidade que lhe serve de fundamento. Sempre há um padrão de legitimidade fundamentando a legalidade vigente. Implica em se dizer que há um mínimo de legitimidade na legalidade vigente.

A legalidade não finda quando tem inicio a legitimidade, não obstante a relação de legitimidade se encontrar num nível superior de abstração.

Assim, tem-se:



(23) PEDROSA, B. - Anotações de aula ministradas no curso de Mestrado em Direito, da UFPE, em 08-10-85.

(24) PEDROSA, B. - Idem, no dia 15-10-85.

Ora, cabe perguntar então: Em se mudando o fundamento de legitimidade, o que ocorre com a legalidade?

Eis, pois, uma questão que enseja resposta diversa, consoante o enfoque dado seja, de uma maneira geral, positivista ou jusnaturalista.

Legalidade X Legitimidade: Visão Juspositiva

Sob o enfoque juspositivista, de uma maneira geral, não faz sentido a indagação, porquanto nesta perspectiva não se admite a dualidade jurídica, ou seja, tudo que é legal necessariamente é legítimo.

Nesta concepção, não se admite legitimidade fora da legalidade e, por outro lado, toda legalidade é legítima. A legalidade engloba, pois, a legitimidade. Isto porque não se concebe outra ordem senão a positivada.

Assim também cabe dizer que é legal, legítimo, justo o que está normativamente posto. Não se visualiza uma ordem de valores não positivados, despreza-se a referência a normas ideais.

A justiça não é questionada, como se pode deduzir, enquanto um valor ideal, identificando-se com a legalidade vigente, posto que, sob este enfoque, o justo é o legalmente posto.

Desta maneira, o juízo da legalidade é descritivo (dever ser normativo).

A legitimidade reduz-se à legalidade, pois, nesta perspectiva.

Ora, mas se sabe que as normas de direito positivo consagram, indubitavelmente, valores ideais que incorporam. Logo, não se pode negar que de certa maneira isto não seja um apelo axiológico. Implica em dizer que se deve considerar a questão noutra perspectiva: uma jusnaturalista.

Legalidade X Legitimidade: Visão Jusnatural.

Numa visão jusnaturalista, pelo contrário, admite-se a existência de duas ordens distintas: a positiva e a ideal.

Neste sentido, observa-se Kelsen:

"A chamada doutrina do direito natural é uma doutrina idealista-

dualista do direito. Ela distingue, ao lado do direito real, isto é, do direito positivo, posto pelos homens e, portanto, mutável, um direito ideal, natural, imutável, que identifica com a justiça. É, portanto, uma doutrina jurídica idealista, mas não "a" doutrina jurídica idealista. Distingue-se das outras doutrinas jurídicas idealistas-dualistas pelo fato de como o seu nome indica - considerar a "natureza" como a fonte da qual promanam as normas do direito ideal, do direito justo" (25).

De qualquer maneira, nota-se que o questionamento em torno da legalidade e legitimidade toma outra feição. Faz-se apelo a valores ideais, merecidamente.

Assim, diz-se que tudo que é legítimo, é legal é justo. O justo é o que está de acordo com a natureza das coisas; é o melhor realizável.

Trata-se de uma atitude crítica sobre um dado positivo. Faz-se um juízo axiológico sobre a relação de direito positivo.

Entretanto, o ponto crucial é o problema da justiça. Nota-se uma busca em se fazer coincidir a ordem jurídica positiva com a ordem ideal.

A tal respeito, diz Bobbio:

"O problema da justiça é o problema da correspondência da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico." (26).

Isto implica, indubitablemente, em se questionar os fundamentos (valorativos) da legitimidade.

Note-se que há razão para esta tese; pois, como diz a profa. Bernardette Pedrosa:

"Quando se pretende questionar a justiça de uma ordem dada, o pensamento, partindo do pressuposto da existência da faculdade (direitos) e deveres, orienta-se no sentido de uma avaliação dos fundamentos de legitimidade (política) dos ordenantes, para, em seguida, submeter ao exame crítico as proibições e obrigações em

(25) KELSEN, H. - A justiça e o direito natural, p.94.

(26) BOBBIO, N. - Teoria della norma giurídica, p.35, no original:

"Il problema della giustizia è il problema della corrispondenza o meno della norma ai valori ultimi o finali che ispirano un determinato ordinamento giurídico."

face das permissões. Trata-se, portanto, em qualquer hipótese, de proceder a uma medida, base para a formulação de uma estimativa do "quantum" de justiça.

No entanto, nenhuma mensuração é possível sem a referência expressa ou implícita a determinados valores, que funcionam como critérios de aferição dos dados mensuráveis. Assim, afirmar a coincidência entre o conteúdo dessa ordem e os valores inseridos em uma ordem ideal ou padrão. Como essa coincidência jamais pode ser absoluta (nem mesmo na medição física, conforme o demonstra KARL POPPER, In *A Lógica da Pesquisa Científica*, Ed. Cultrix, São Paulo, 1975, págs. 134 e segs.), a ordem estatal positiva e a ordem ideal não se confundem, podendo, no máximo, ser colocadas em estreita proximidade (27). (Grifos da autora).

Realmente, não se fundem as ordens positiva e ideal, daí nesta perspectiva fazer sentido se indagar da mudança da legalidade quando se alteram os fundamentos de legitimidade, já que a ordem positiva incorpora valores ideais. Cabe responder que em se mudando o fundamento de legitimidade não necessariamente se altera a legalidade, mas se deve buscar uma legalidade nova, mesmo porque a legalidade tende a se amoldar ao novo fundamento.

Desta maneira, a legalidade se insere numa ordem jusnaturalista, reduzindo-se à legitimidade, daí se ouvir falar também em legitimação da legalidade de uma ordem.

Talvez por esta razão ensina Lacambra:

"O respeito à dignidade do indivíduo implica a inserção da legalidade numa ordem jusnaturalista, realizado na Constituição, porém reconhecida por esta como transcendental

A legalidade necessita, pois, legitimar-se, impondo a primazia da norma geral da lei sobre ocomplexo sistema de disposição e medidas que usurpam sua tradicional e essencial função de ser a definidora da liberdade e o direito de cada um

Pelo que antecede se comprehende que a idéia de legalidade está vinculada de modo essencial a de seguridade e que esta se converte no princípio imediato de legitimação da legalidade. De maneira alguma, sem embargo, em seu princípio único. A legitimidade radical de um ordenamento jurídico está na justiça que encarna todo Direito realizado, sem mais, um valor ou uma

(27) PEDROSA, B. - ob. cit., p.9.

função de segurança, porque o como tal cristaliza um sistema de legalidade." (28). (Grifos no original).

Conclusões:

À vista do exposto, resta concluir, em síntese:

- Mister se faz delimitar o contexto no qual se inserem a legalidade e/ou legitimidade. Tais termos têm significações variáveis, conforme a conotação dada;
- historicamente, os termos ora tiveram o mesmo sentido, ora foram entendidos como distintos;
- sob a perspectiva jurídico-positiva, não tem sentido distinguí-los;
- no sentido jusfilosófico afiguram-se como componentes da experiência jurídica, podendo ser visualizados como conceitos relacionais, nexos puramente conceituais e, como tais, permanecendo invariáveis, independente de espaço-tempo;
- assim, como formas, enquanto estruturas, nexos, relações, a legalidade e a legitimidade coincidem. A variância ocorre nos polos destas relações;
- a legalidade exprime a relação (jurídica ampla assimétrica) entre o termo questionado, um ato qualquer (fato de conduta, relação em sentido estrito etc.) e a norma de direito positivo que contempla uma categoria deontica;
- enquanto na legitimidade (relação abstrata e axiológica) o nexo se estabelece entre um ato qualquer e as normas ideais, isto é,

(28) LACAMBRA, L. L. Y. - ob.cit., p.622-624, no original:

"El respeto a la dignidad del individuo implica la inserción de la legalidad en un orden yusnaturalista, realizando en la Constitución, pero reconocido por ésta como transcendental.....

La legalidad necesita, pues, legitimarse, imponiendo la primacía de la norma general de la ley sobre el ... complejo sistema de disposiciones y medidas que usurpan su tradicional y esencial función de ser la definidora de la libertad y el derecho de cada uno

Por lo que antecede se comprende que la idea de legalidad va vinculada de modo esencial a la seguridad y que ésta se convierte en el principio inmediato de legitimación de la legalidad. En modo alguno, sin embargo, en su principio único. La legitimidad radical de un ordenamiento jurídico está en la justicia que encarna..... todo Derecho realiza, sin más, un valor o una función de seguridad, porque y en cuanto que cristaliza en un sistema de legalidad".

- natureza do ato + valor consagrado pela norma de direito positivo;
- a legalidade está informada por critérios intra-sistemáticos, padrões de normas jurídicas vigentes; a legitimidade encontra sua criteriologia extra-sistematicamente, ambas tendo, contudo, como referencial o direito positivo, por definição;
 - a legalidade encontra seu fundamento em um determinado padrão de legitimidade. Implica em dizer que há padrões diversos de legitimidade que, são nivelados, entretanto, repousando em critérios escolhidos em função de valores ideais, ressaltando-se um valor-núcleo;
 - desta maneira, a legalidade pode ser definida como um dado formal, como "a formalização de conteúdos significativos de padrões de legitimidade", não cabendo perquirir se é democrática, etc., dispensando, pois, referência a qualquer qualificação; ordem posta (que é);
 - enquanto a legitimidade define-se como "a ideologia do Direito", um padrão cujos critérios são escolhidos em função de dados axiológicos, exigindo, pois, referência a uma qualificadora; ordem que deve ser posta;
 - tanto a legalidade como a legitimidade são termos relativos: primeiro, no sentido de que necessário se faz um referencial e segundo, porque algo só é legal em um dado sistema jurídico; algo só é legítimo um função de um padrão de legitimidade, em princípio;
 - são julgados reciprocamente excludentes, uma vez que algo não pode ser legal e ilegal ao mesmo tempo, nem legítimo e ilegítimo simultaneamente;
 - segundo um enfoque juspositivista, a legitimidade reduz-se à legalidade. Sob uma perspectiva jusnaturalista, a legalidade é reduzida à legitimidade;
 - logo, a distinção depende do ponto de vista;
 - de qualquer maneira, verifica-se que não há legalidade destituída de legitimidade; não há legalidade sem um mínimo de legitimidade

(aí está o ponto de intersecção entre a legalidade e a legitimidade e no sentido, também, de quando há coincidência dos valores ideais com os já positivados).

Eis, portanto sinteticamente, as principais conclusões acerca do estudo filosófico-jurídico da legalidade e legitimidade.

Bibliografia

1. BOBBIO, N. - *Teoria della norma giuridica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1958.
2. CAETANO, M. - *Direito Constitucional*. 1^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, vol.1.
3. KELSEN, H. - *A Justiça e o direito natural*. Trad. por João Baptista Machado. 2^a. ed. Coimbra: Armênio Amado, Editor, Sucessor, 1979.
4. LACAMBRA, L. L. Y. - *Filosofia del derecho*. 3^a. ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1972.
5. LUHMANN, N. - *Legitimização pelo procedimento*. Trad. por Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Ed. Univ. de Brasília, 1980.
6. PEDROSA, B. - *Estado de direito e segurança nacional*. (Tese apresentada à VII Conferência Nacional da OAB/PE, Recife, 1978.
7. - PEDROSA, B. - *Legitimidade democrática e equilíbrio de poderes*. Revista da OAB/PE, Recife, n. 27/28. 1983-1984.
8. ROMANO, S. - *Lo stato moderno e la sua crisi*. Saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969.
9. SCHMITT, C. - *Legalidad y legitimidad*. Trad. por José Diaz Garcia. Madrid (España): Aguilar S.A. de Ediciones, 1971.
10. SCHREIER, F. - *Conceptos y formas fundamentales del derecho*. Trad. por Eduardo García Maynez. México: Editora Nacional, 1975.
11. VILANOVA, L. - *Causalidade e relação no direito*. Recife: Cia. Editora de Pernambuco, 1985.

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares: 1.1. Negociação da companhia com suas próprias ações. 2. Aquisição das próprias ações pela companhia para permanência em tesouraria ou cancelamento, desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social, ou por doação: 2.1. Aquisição das próprias ações nas participações reciprocas (capital cruzado): 2.1.1. Capital cruzado na legislação anterior; 2.1.1.1. Capital cruzado na legislação atual; 2.1.1.2. Coligada e controlada; 2.1.1.3. Eliminação do efeito das participações reciprocas. 2.1.2. Aquisição de ações para permanência em tesouraria por compra ou por doação; 2.1.2.1. Aquisição por compra; 2.1.2.2. Aquisição por doação. 2.1.3. Alienação das ações em tesouraria: 2.1.3.1.1. Tributação da compra de ações pela própria sociedade que as emitiu; 2.1.3.1.2. Possibilidade de a operação ser considerada distribuição disfarçada de lucros. 2.2. Aquisição das próprias ações da companhia para cancelamento, desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal e sem diminuição do capital social: 2.2.1. Inferências fiscais relacionadas com o cancelamento de ações sem ofensa à integridade do capital social; 2.2.2. O cancelamento, sem redução do capital social, das ações em tesouraria provenientes de reembolso feito a acionista dissidente de deliberação da assembleia geral; 2.2.3. Aquisição das próprias ações por doação; 2.2.4. A compra quando, resolvida a redução do capital mediante restituição em dinheiro, de parte do valor das ações, o preço destas em Bolsa for inferior ou igual à importância que deve ser restituída; 2.2.5. Acionista remissor; 2.2.6. Ações da incorporada substituídas por ações em tesouraria da incorporadora. 3. Aquisição das próprias ações por permuta nas companhias beneficiárias do FINOR: 3.1. A nova sistemática de incentivos fiscais com base no FINOR; 3.2. Aquisição, em pregoão, das próprias ações da empresa, cujo projeto é beneficiado com recursos do FINOR; 3.3. Aquisição das ações da empresa beneficiária optante para desdobramento em nome dos acionistas, mediante permuta por Certificado de Investimento (CI), nas operações de reinvestimento no próprio projeto aprovado pela SUDENE; 3.3.1. Capitalização em dobro do reinvestimento previsto no art. 11 da Portaria nº 83 da SUDENE. 4. A sociedade anônima unipessoal. 5. Aquisição e cancelamento de quotas: 5.1. Aquisição de quotas não liberadas: 5.1.1. A quota do sócio excluído será integralizada pelo novo sócio quotista que ingressar na sociedade; 5.1.2. A quota do sócio excluído será adquirida por um dos sócios remanescentes. 5.2. Aquisição e cancelamento de quotas com fundos disponíveis: 5.2.1. Aquisição de quotas não liberadas com fundos disponíveis da sociedade, verificada a exclusão de algum sócio remissor; 5.2.2. Aquisição e cancelamento de quotas liberadas com fundos disponíveis: 5.2.2.1. Alienação de quotas liberadas; 5.2.2.2. Cancelamento de quotas liberadas. 6. O reembolso de quotas. 7. A dissolução da sociedade por quotas sem o encerramento das atividades sociais: o princípio da continuidade da empresa.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES:

1.1. Negociação da companhia com suas próprias ações.

O art. 15 do DL n. 2.627¹ permitiu que a companhia negociasse com as pró-

prias ações, nas operações de resgate, reembolso e amortização.

Fora dessas hipóteses, a proibição era muito rígida, sendo vedada a compra de ações pela sociedade para mantê-las em

1. DL n. 627, de setembro de 1940.

* Publicado na "Revista Forense", v. 206,

tesouraria.

A compra de ações para manutenção em tesouraria, em situações não compreendidas no dispositivo legal, constitui (e ainda constitui) figura delituosa prevista no art. 177, § 1º, ns. IV e V, do C. Pen. de 1940.²

a L. n. 4.728³ - Lei do Mercado de Capitais - estabeleceu, no entanto, que sociedades anônimas de capital autorizado poderiam adquirir as próprias ações mediante a aplicação de lucros acumulados ou capital excedente, sem redução do capital subscrito, ou por doação.

De acordo com as disposições da L. n. 4.728, o capital em circulação da sociedade deveria corresponder ao capital subscrito menos as ações adquiridas e emitidas.

As ações em tesouraria não teriam direito de voto enquanto não fossem novamente colocadas no mercado.

O Prof. MODESTO CARVALHOSA observa que foi a partir da Lei do Mercado de Capitais que se introduziu, no Brasil, a

2 O diretor ou gerente que compra ou vende, por conta da sociedade, ações por elas emitidas fora dos casos previstos na lei, comete crime de estelionato, segundo o legislador penal de 1940. Também incorre na pena prevista no art. 177 o diretor ou gerente que, como garante de crédito social, aceita em pechô ou em couço ações da própria sociedade.

3 L. n. 4.728 de 14 de julho de 1965.

4 O art. 47 da L. n. 4.728 consagra a expressão "aquisição por doação". O Prof. HÉLIO MARIANO, no IX Encontro de Advogados de Peñamento, realizado em Garanhuns, de 14 a 17 de novembro de 1979, participou de Mesa Redonda sobre Sociedades Anônimas, relatando o tema "Aquisição de Ações pela Sociedade." O inigualável advogado permaneceu crítico, por devedores e limitativa do escopo prático perseguido pelo legislador, a expressão "doação" inserida no final da alínea b do § 1º do art. 30 da L. n. 6.404. Segundo o magistrado do Prof. HÉLIO MARIANO a regra proibitiva de aquisição das próprias ações não alcança os negócios processuais das quais seja sujeito ou parte a própria sociedade emitente das ações como, por exemplo, nas hipóteses verificadas quando a sociedade, em razão da execução judicial que promove, arremata ou adjudica ações representativas de seu capital social, bem como não alcança o negócio mortis causa (testamento), mediante o qual a sociedade se torna herdeira ou legatária de ações também representativas de seu capital. Dentro de mesma ordem de idéias, e desenvolvendo uma interpretação extensiva da norma, o Prof. HÉLIO MARIANO prelecionou, com acerto, que a regra proibitiva da aquisição das próprias ações pela sociedade não alcança, também, o negócio jurídico de usufruto (ato gratuito) que se institui por ato inter vivos ou mortis causa, em favor da sociedade, e título universal ou a título particular, sobre ações representativas do seu capital social.

5 Redação do § 1º do art. 47 da L. n. 4.728.

6 Redação do § 2º do art. 47 da L. n. 4.728.

possibilidade de as companhias negociarem com suas próprias ações, embora tal permissão ficasse restrita ao âmbito das sociedades de capital autorizado.

A proibição de negociação da companhia com suas próprias ações foi mantida na L. n. 6.404.

Contudo, a legislação atual eleciono art. 30, as hipóteses em que a negociação é admitida.

A regra geral é a de que a companhia não pode negociar com as próprias ações.

As exceções ao preceito proibitivo são as situações enumeradas exaustivamente pelo legislador no art. 30 da L. n. 6.404.

A lei admite, pois, a negociação da companhia com suas próprias ações. Porem, em princípio, exige que a negociação se faça sem prejuízo do capital social.

A proibição decorre da regra da imutabilidade do capital social. Todavia, cumpre de logo observar, que a negociação da companhia com suas próprias ações, feita com observância das rigorosas regras que excepcionalmente a permitem, poderá ensejar ou não a diminuição do capital social.

Isto é: dentro das situações elencadas pela L. n. 6.404, a companhia que, em princípio, só poderá negociar com as próprias ações sem ofensa à integridade do capital social, poderá também realizar certas operações admitidas, com ou sem ofensa ao capital social, como segue:

a) Operações admitidas sem ofensa à integridade do capital social:

- Operações de aquisição, para permanência em tesouraria ou cancelamento, desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social, ou por doação (art. 30, § 1º, alínea b, da L. n. 6.404).

- Alienação das ações adquiridas nos termos da alínea b do § 1º do art. 30 da L. n. 6.404, e mantidas em tesouraria (art. 30,

7 MODESTO CARVALHOSA, "Comentários à Lei de Sociedades Anônimas", Saraiva, São Paulo, 2ª ed., 12 vol., 1977, p. 145.

8 Na sociedade anônima de capital autorizado não há necessidade de reforma do estatuto para que se promova o aumento do capital social até o limite estatutariamente previsto. Distingue-se da sociedade anônima de capital fixo apenas contratualmente. Na sociedade anônima de capital comum o aumento de pende da deliberação da assembleia e acarreta modificação estatutária.

9 L. n. 6.404, de 15.19

§ 1º, alínea c, da L. n. 6.404).

- Amortização de ações prevista no art. 30, § 1º, alínea a, da L. n. 6.404.

A amortização de ações consiste na distribuição, aos acionistas, a título de antecipação, de quantias que lhes poderiam tocar, em caso de liquidação da companhia. A amortização só é admitida sem redução do capital social.

b) Operações admitidas com ofensa à integridade do capital social:

- A assembleia geral poderá deliberar a redução do capital social se houver perda, até o montante dos prejuízos acumulados (art. 173 da L. n. 6.404).

- A assembleia também pode deliberar a redução do capital se julgá-lo excessivo à escala operacional necessária à consecução do objetivo social (art. 173 da L. n. 6.404).

c) Operações admitidas com ofensa ou não à integridade do capital social:

- A operação de resgate de ações poderá ser efetuada com redução ou não do capital social.

O resgate consiste no pagamento do valor das ações para retirá-las definitivamente de circulação.

Mantido o mesmo capital, será atribuído, quando for o caso, novo valor nominal às ações remanescentes (art. 30, § 1º, alínea a da L. n. 6.404).

Cumpre observar, que o art. 19 da L. n. 6.404 admite a possibilidade de o estatuto da companhia criar ações preferenciais resgatáveis, ou seja, com prazo determinado para o pagamento de seu valor, com o fim de retirá-las definitivamente de circulação.

Seria o caso de ações preferenciais negociadas com cláusula de recompra. A aquisição dessas ações - depois do prazo fixado para resgate - pode ser feita com recursos oriundos de reservas ou de saldo de lucros, visando o cancelamento sem ou com diminuição do capital social, que permanecerá ou não integral.

- A operação de reembolso de ações também poderá ser efetuada com ou sem ofensa à integridade do capital social (art. 45 da L. n. 6.404).

O reembolso é a operação pela qual a companhia paga aos acionistas dissidentes da deliberação da assembleia geral, o valor de suas ações.

Quando o valor do reembolso for

pago à conta de lucros ou reservas, exceto a legal, a operação se concretizará sem redução de capital e, nesse caso, as ações reembolsadas ficarão em tesouraria.

Quando o valor do reembolso for pago à conta do capital social, este considerar-se-á reduzido no montante correspondente se, no prazo de cento e vinte (120) dias, a contar da publicação da ata da assembleia, não forem substituídos os acionistas cujas ações tenham sido reembolsadas.

2. AQUISIÇÃO DAS PRÓPRIAS AÇÕES PELA COMPANHIA PARA PERMANÊNCIA EM TESOURARIA OU CANCELAMENTO, DESDE QUE ATÉ O VALOR DO SALDO DE LUCROS OU RESERVAS, EXCETO A LEGAL, E, SEM DIMINUIÇÃO DO CAPITAL SOCIAL, OU POR DOAÇÃO:

A L. n. 6.404 estendeu a todas as companhias a faculdade, anteriormente restrita às companhias de capital autorizado, de adquirirem suas próprias ações, sem prejuízo do capital social, fixando as respectivas condições no art. 30.

É assim possível manter as ações adquiridas em tesouraria, por prazo indeterminado, para posterior cancelamento ou alienação.

O montante correspondente aos lucros ou reservas aplicados na aquisição das próprias ações deverá permanecer bloqueado, enquanto as ações adquiridas estiverem em poder da empresa.

As ações em tesouraria deverão ser destacadas no balanço como dedução da conta do patrimônio líquido que registrar a origem dos recursos aplicados na sua aquisição (art. 182, § 5º, da L. n. 6.404).

No decorrer do exercício, a companhia poderá ter a conta ações em tesouraria à parte de qualquer reserva; na data do balanço, porém, sua apresentação contábil será feita como dedução da conta que lhe deu origem, como segue:

Patrimônio líquido	
Capital social	
(100.000 ações do valor de Cr\$ 1,00 cada uma, subscritas e integradas)	100.000,00

Reservas de capital	50.000,00
Reservas de lucros	15.000,00
Reserva legal	10.000,00
Lucros acumulados ..	Menos: 5.000 ações em tesouraria ao custo.
(5.000,00)	5.000,00

Patrimônio líquido 170.000,00

Para fins de apresentação do balanço patrimonial, o montante das ações em tesouraria será demonstrado deduzido das contas de reserva ou de lucros utilizados para a aquisição.

A companhia pode escolher uma reserva, se for suficiente, ou mais de uma - exceto a reserva legal -, ou saldo de lucros, se necessário.

É possível, pois, manter ações adquiridas da própria empresa em tesouraria por prazo indeterminado, para posterior cancelamento ou alienação.

Enquanto mantidas em tesouraria as ações terão suspensos os direitos a elas inherentes, tanto os pessoais como os patrimoniais; isto é, não terão direito a voto nem participarão nos lucros distribuídos.

A lei não foi expressa quanto às bonificações. Todavia, as ações mantidas em tesouraria não foram afastadas dos efeitos decorrentes dos aumentos de capital. Assim, bonificar ações em tesouraria é um procedimento que atende às disposições da L. n. 6.404.

No que se refere à aquisição das próprias ações pelas companhias abertas, já é hoje pacífico o entendimento de que as disposições contidas no § 2º do art. 30 da L. n. 6.404 não são auto-executáveis, eis que o aludido § 2º estabelece que tais aquisições obedecerão às normas a serem expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) às companhias abertas.

Desse modo, as companhias abertas só poderão realizar aquisições de suas próprias ações na conformidade das normas baixadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

A inobservância desse preceito sujeitará os infratores às penalidades do art. 11 da L. n. 6.385.

A aquisição das próprias ações pela companhia aberta obedecerá, sob pena de nulidade, às normas expedidas pela Comis-

10 L. n. 6.385, de 7 de dezembro de 1975.

são de Valores Mobiliários (CVM).

As operações de resgate, reembolso ou amortização de ações (alínea a, § 1º, do art. 30 da L. n. 6.404), que não se confundem com as operações de aquisição para permanência em tesouraria ou cancelamento (alíneas b e d, subordinadas a prévia autorização da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), no caso das companhias abertas,

Com efeito: a regra contida no § 2º do art. 30 da L. n. 6.404, não alcança as operações de resgate, reembolso ou amortização previstas em lei.

O disposto no § 2º do art. 30 da L. n. 6.404, aplica-se à aquisição de ações da companhia aberta por suas coligadas e controladas.

A aquisição de ações da companhia aberta por suas coligadas e controladas depende, sob pena de nulidade, de autorização prévia da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que deverá examinar cada caso em particular (art. 244, § 3º da L. n. 6.404).

2.1. Aquisição das próprias ações nas participações recíprocas (capital cruzado):

O DL n. 2.627 não estabelece nenhuma restrição expressa às operações realizadas entre sociedades coligadas.

O art. 136, § 2º, por exemplo, admite implicitamente a participação de sociedades controladoras ou coligadas, ao determinar que a sociedade fizesse constar do balanço, sob rubricas distintas, o valor da participação ou das ações, e as importâncias dos créditos concedidos às referidas sociedades.

Também a doutrina e a jurisprudência reconheciam a coligação, o controle e a existência da sociedade holding que, sem explorar diretamente nenhuma atividade comercial, tinha o seu patrimônio investido em ações ou cotas de outras apiedades, sujeitas, assim, ao seu controle.

2.1.1. Capital cruzado na legislação anterior:

TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE

11 TÍTULO ASCARELLI "Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado", Saráiva, São Paulo, 2ª ed., 1969, p. 407.

DE, examinando o DL n. 2.627, concluiu que em determinadas circunstâncias a sociedade podia adquirir ações de sua emissão.

O prof. PHILOMENO J. DA COSTA, em monografia que apresentou para concurso da cátedra de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP, intitulada "Operações da Anônima com as Ações do seu Capital", concluiu no sentido de ser admisível tal aquisição, sem qualquer restrição. Isto, na legislação vigente sob a égide do DL n. 2.627.

Para o citado Prof. PHILOMENO J. DA COSTA, somente de lege ferenda é que deveria "perfeiçoar-se o sistema do direito positivo brasileiro protetor do capital da companhia, com a instituição da proibição da aquisição por ela de ações da sociedade controladora ou de outra por esta controlada e as aquisições de ações entre duas ou mais sociedades".¹²

A legislação anterior à L. n. 6.404 reconhecia expressamente a validade da participação recíproca entre sociedades coligadas ou controladas.

O princípio geral vigente era no sentido da lícitude de toda operação não proibida pela lei.

Assim, a participação recíproca de sociedades só implicaria responsabilidade da diretoria quando utilizada para fins fraudulentos, servindo de artifício para burlar ou elidir os interesses fiscais ou trabalhistas ou os direitos de credores ou acionistas.¹³

2.1.1.1. Capital cruzado na legislação em vigor

As participações recíprocas existem porque são desejadas pelos acionistas majoritários da sociedade que fez o investimento em companhia que integra, também como acionista, a estrutura do capital inicial da investidora, criando-se assim a reciprocidade (capital fechado).

12 VALVERDE, "Sociedade por Ações", FONSE, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1963, p. 151.

13 PHILOMENO J. DA COSTA, ob. cit., apud ARNOLDO WALD, "Estudos e Pareceres de Direito Comercial", RT, São Paulo, 1972, p. 6, vol. I.

14 Ob. cit., idem, ibid., p. 7.

15 LUIZ EDUARDO LOPES DA SILVA e NEWTON DE LUCA, "Comentários à Lei das Sociedades por Ações", Ed. Resenha Universitária, São Paulo, 1975.

A L. n. 6.404, em seu art. 244, proibia a participação recíproca entre a companhia e suas coligadas e controladas. Admitiu-a, apenas, em certas condições, responsabilizando solidariamente os administradores da sociedade quando se constatar a violação do dispositivo legal.

Nas disposições transitórias da L. n. 6.404, o legislador deu às sociedades um prazo de cinco (5) anos para eliminação das participações recíprocas existentes em 15 de fevereiro de 1977, data da entrada em vigor da L. n. 6.404.

Admitindo a participação recíproca nos mesmos casos em que a companhia é autorizada a negociar suas próprias ações (art. 30, § 1º, alínea b), manteve o legislador a proteção dos credores consubstancial na manutenção da integridade do capital social.

O mencionado dispositivo contempla duas situações em que a sociedade pode adquirir suas ações:

a) a aquisição, para permanência em tesouraria ou cancelamento, desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, sem diminuição do capital social;

b) recebimento de ações em doação.

Em ambas as hipóteses os valores destinados à conta capital devem permanecer intocados, integros, quando da aquisição das ações da controladora.

Para melhor visualização da matéria exposta faz-se mister o conhecimento do conceito estabelecido pela L. n. 6.404, sobre a divisão feita nos investimentos em função da participação acionária.

2.1.1.2. Coligada e controlada

A sociedade é coligada de outra sempre que uma tenha participação de, no mínimo, 10% do capital social da investida, mas desde que não seja uma participação a ponto de controlá-la (art. 243, § 1º, da L. n. 6.404).

A lei não faz qualquer referência a tipos de ações de que se constitui a participação podendo ser ações ordinárias com direito a voto ou mesmo preferenciais, sem ou com tal direito, ou mesmo com outras restrições.¹⁴

16 FIPECAFI, "Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações", São Paulo, 12ª ed., Atlas, 1979, p. 175.

A menção da lei é genérica, em termos de participação, abrangendo tanto as sociedades por ações como as sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

A lei também não faz menção sobre participações indiretas, concluindo-se que as empresas são coligadas somente por participações diretas.¹⁷

No que se refere à controlada, a mesma observação prevalece para as limitadas, pois também a legislação não faz menção a tipo de ações ou quotas. Há, no entanto, a clara referência quanto à totalidade dos títulos representativos do investimento (ações ou quotas), no sentido de que tenham "direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores".

Esses direitos são conferidos às ações com direito a voto, ou seja, às ações ordinárias e, em casos especiais, a certos tipos de ações preferenciais, quando disposto no estatuto da sociedade por ações.

Não há dúvida de que esses direitos são inerentes às quotas, na sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

A doutrina recomenda que se deve analisar cada caso em particular, verificando-se a classe e a espécie de ação possuída, a porcentagem do capital detido e, na última situação de empresas com muitos acionistas, analisar se ainda é possível admitir que seja permanente a situação.¹⁸

Abstraindo-se as situações particulares que podem correr, os investimentos podem ser resumidos em três (3) tipos diferentes:

- a) Controladas: Participação maior que 50% do capital votante;
- b) Coligadas: Participação maior que 10% e menor que 50% do capital votante;
- c) Outras: Participação menor que 10% do capital votante.

Fazendo estas considerações, podemos de logo concluir que a L. n. 6.404 admite a participação recíproca nos mesmos casos em que a companhia é autorizada a negociar suas próprias ações (art. 30, § 1º, alínea b), e quando ocorre entre sociedades que não são controladas nem coligadas. Isto é,

com participação menor do que 10% do capital social votante.

Pelo disposto no § 3º do art. 296 da L. n. 6.404, só deverão ser eliminadas as participações reciprocas vedadas pelo art. 244 e seus parágrafos.

Logo, as que não são vedadas pelo citado artigo poderão permanecer, reciprocamente, na investora e na investida, durante o prazo de existência das sociedades.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por meio da Instrução n. 1, estabeleceu critérios a serem adotados para avaliação dos investimentos em coligadas e controladas quando da existência de participações reciprocas.¹⁹

MANOEL RIBEIRO DA CRUZ FILHO, em excelente artigo publicado na "Revista Brasileira de Contabilidade", teceu judiciosos comentários a respeito da fórmula proposta pela CVM, apontando deficiências no método estabelecido pela Comissão.²⁰

Outros autores, a exemplo de EDUARDO GARCIA FERNANDEZ, discordam do método da Comissão, propondo outros caminhos para avaliação dos investimentos reciprocos em coligadas ou controladas.²¹

O esquema desenvolvido pela Comissão de Valores Mobiliários pode ser demonstrado do seguinte modo:

Empresa Branca	
Ativo	
Imobilizado	2.700
Participação em Empresa Azul	800
	<hr/>
	3.500
Passivo	
Capital	3.000
Reservas	500
	<hr/>
	3.500

20 Instrução n. 01, de 22 de abril de 1976.

21 Os Problemas das Participações Recíprocas nas Sociedades por Ações, "Revista Brasileira de Contabilidade", n. 29, Rio, 1979, pp. 59-61.

22 EDUARDO GARCIA FERNANDEZ, "Manual do Contador sobre Imposto de Renda - Pessoa Jurídica", São Paulo, 3ª ed., Alfa, 1981, pp. 83-99.

A aquisição, pela sociedade, de suas próprias ações, foi mantida pela L. n. 6.404. Assim, sob a ótica do novo diploma das sociedades anônimas, a sociedade de capital fixo ou comum também pode adquirir suas próprias ações com base no art. 30, § 1º, alínea b, sem que a operação implique na retirada definitiva da circulação, eis que exige a legislação que a negociação seja feita sem diminuição do capital social.

Os limites da aquisição estão perfeitamente delineados na alínea b do § 1º do art. 30.

2.1.2.1. Aquisição por compra

A companhia poderá negociar com as próprias ações até o limite do valor do saldo de lucros e reservas, exceto a legal e sem diminuição do capital social subscrito.

A sociedade só poderá adquirir as suas próprias ações, utilizando recursos dessas duas fontes, ou de uma delas, com exceção da reserva legal.

Os lucros acumulados são os lucros não distribuídos aos acionistas, mas contabilizados em fundo de reserva específico ou deixados em suspense na conta de passivo, integrando o patrimônio líquido da sociedade.

Dentre as reservas, a lei só manda excluir a legal; donde se conclui, que todas as demais poderão ser utilizadas para aquisição, inclusive as reservas de capital.

Do ponto de vista de legislação comercial, quase todas as reservas podem ser utilizadas. Sob a ótica fiscal, porém, entendemos que não, pois, v.g., o valor do imposto que deixar de ser pago em virtude de isenções e reduções (imposto de renda de pessoa jurídica e imposto sobre circulação de mercadorias), constituirá reserva de capital com destinação específica: utilização para aumento do capital social ou utilização para absorção de prejuízos.

Pela Lei do Mercado de Capitais a aquisição pode ser feita mediante a aplicação de lucros acumulados e do capital excedente.

O capital excedente - fundo especial de reserva constituído com o ágio decorrente da colocação das ações no mercado por valor superior ao nominal - é hoje classificado como reserva de capital.

As ações em tesouraria ou quotas liberadas não terão assegurados direitos de

voto e de participação nos lucros distribuídos.

Dissemos que a lei não foi expressa quanto às bonificações. Vimos, contudo, que as ações mantidas em tesouraria não devem ser afastadas dos efeitos decorrentes dos aumentos de capital (lucros acumulados e reservas), sendo a prática extensiva às quotas liberadas.

A necessidade de bonificar as ações em tesouraria deve ser analisada em conjunto com a correção monetária do capital realizado, cuja reserva, ao que entendemos, não pode ter outra destinação, senão o aumento do capital social.

Assim, não obstante admitir o inciso II do art. 200 da L. n. 6.404 a utilização das reservas de capital para resgate, reembolso ou compra de ações, essa regra não poderá prevalecer em relação à reserva oriunda da correção monetária do capital social, visto que a manipulação contábil social, visto que a manipulação contábil da reserva para outra finalidade, ocasionará uma distorção na conta que registrar as ações mantidas em tesouraria. Com efeito, pelo art. 185 da L. n. 6.404, nas demonstrações financeiras deverão ser considerados os efeitos da modificação no poder de compra da moeda nacional sobre o valor dos elementos do patrimônio e os resultados do exercício.

Significa dizer que os efeitos inflacionários devem ser reconhecidos no balanço, mandando a lei que o reconhecimento seja feito com base nos índices de desvalorização fornecidos pelas autoridades federais, alcançando o ativo permanente, o ativo diferido, os saldos das contas de depreciação, amortização, exatão, as provisões para perdas e os saldos de contas de patrimônio líquido.

As aquisições de ações em tesouraria, do ponto de vista contábil e patrimonial, representam um investimento improductivo. Ora, sendo uma imobilização entrincheirada (caixa) em investimento -, integra o ativo permanente, embora na data do balanço tais ações em tesouraria devem ser aproveitadas como dedução da reserva ou do lucro utilizado para a sua aquisição.

As ações em tesouraria, como instrumentos que devem integrar o ativo permanente, deverão ser monetariamente corrigidas.

Por outro lado, merece especial aten-

ção a circunstância de que a variação nas contas do patrimônio líquido, decorrente de correção monetária, será sempre acrescida aos respectivos saldos, com exceção da correção do capital realizado, que constituirá a reserva de capital de que trata o § 2º do art. 182 da L. n. 6.404.

O Diretor da Divisão Jurídica do Departamento Nacional do Registro do Comércio emitiu judicioso parecer onde analisa, de forma exaustiva, a impossibilidade de se destinar o produto da correção de expressão monetária do capital social para outra finalidade que não a capitalização (Parecer DNRC n. 343, de 30.08.1980, in "Boletim JUCESP", de 06.11.1980).

A nossa preocupação, aqui, é demonstrar que, na prática, as ações em tesouraria devem ser corrigidas por ocasião da correção do balanço e devem ser alcançadas pelos efeitos decorrentes dos aumentos de capital, principalmente da capitalização da reserva oriunda da correção monetária da expressão do capital social integralizado, pois o desvio da reserva para outra finalidade ocasionará uma distorção entre o valor das ações em tesouraria monetariamente corrigidas e o montante das mesmas ações inseridas na composição do capital social (cláusula referente ao capital de conformidade com a ata da Assembléia Geral Ordinária), na hipótese de não ser incorporada a reserva oriunda da correção monetária (art. 182, § 2º, da L. n. 6.404) do próprio capital integralizado.

A distorção poderá ser demonstrada como segue: imaginemos a Companhia Branca, possuidora de noventa mil ações em tesouraria, de valor nominal de Cr\$ 1,00 (um cruzeiro) cada uma. Supondo um índice de desvalorização de 50% (cinquenta por cento), o resultado da correção monetária do balanço seria o seguinte, de acordo com os números abaixo:

Ativo	
Circulante	100
Imobilizado	500 (1)
Ações em tesouraria	90 (2)
Total	<u>690</u>
Passivo	
Exigível	30

Patrimônio Líquido	
Capital	500 (3)
Reservas	160 (4)
Total	<u>690</u>

Correção Monetária do balanço

D	C
(8) 250	250 (1)
(4) 80	45 (2)
	35 (5)

- (1) Contrapartida da correção do imobilizado.
- (2) Contrapartida da correção das ações em tesouraria
- (3) Contrapartida da correção do capital social integralizado.
- (4) Contrapartida da correção monetária das reservas.
- (5) Resultado (devedor) da correção monetária do balanço.

Após a correção:

Ativo	
Circulante	100
Imobilizado	750
Ações em tesouraria	135
Total	<u>985</u>
Passivo	
Exigível	30
Patrimônio Líquido	
Capital	500
Reserva Capital	250
Reservas	240
Cor. Monet. Balanço	(35)
Total	<u>985</u>

O capital da Companhia Branca tinha a seguinte constituição: Acionista "A" = 200.000 ações; acionista "B" = 100.000 ações; acionista "C" = 110.000 ações; Ações em tesouraria = 90.000 ações.

Devido à correção monetária do balanço, as ações em tesouraria tiveram os seus valores alterados em decorrência dos efeitos inflacionários registrados, e passaram de Cr\$ 90.000,00 para Cr\$ 135.000,00.

Quando a reserva de capital oriunda da correção da expressão monetária do capital integralizado, não é capitalizada, permanece a seguinte distorção relativamente às ações em tesouraria:

- Ações em tesouraria pelo balanço Cr\$ 135.000,00
- Ações em tesouraria de acordo com a AGO (composição do capital social) Cr\$ 90.000,00
- Diferença Cr\$ 45.000,00

O verdadeiro valor do capital social resultará da capitalização da sua expressão monetária por ato da Assembléia Geral Ordinária.

Desse modo, tendo em vista a participação percentual de cada acionista no capital da Companhia Branca, a capitalização da reserva oriunda da correção monetária do capital social ensejará a distribuição dos seguintes "filhos":

- Acionista "A" - 200.000 ações = 40% do capital social.
- Acionista "B" - 100.000 ações = 20% do capital social.
- Acionista "C" - 110.000 ações = 22% do capital social.
- Ações em tesouraria - 90.000 ações = 18% do capital social.

As bonificações demonstram-se como segue:

- Total da reserva capitalizada = Cr\$ 250.000,
- Acionista "A" - 40% = Cr\$ 100.000,00
- Acionista "B" - 20% = Cr\$ 50.000,00
- Acionista "C" - 22% = Cr\$ 55.000,00
- Ações em tesouraria = 18% = Cr\$ 45.000,00
- Soma Cr\$ 250.000,00

As ações em tesouraria apresentam-se como segue:

- Pelo balanço	Cr\$ 135.000,00
- Pela AGO	
Antes da correção	Cr\$ 90.000,00
Filhos	Cr\$ 45.000,00
- Diferença	

Arrematando: as ações em tesouraria não devem ser afastadas dos efeitos decorrentes dos aumentos de capital, um procedimento que atende às disposições da L. n. 6.404. No tocante à correção monetária, as ações em tesouraria deverão ser corrigidas, por ocasião do balanço, sob pena de grave distorção não somente na quantidade das ações, mas na apuração do resultado da correção, uma vez que a não correção das ações em tesouraria representará um crédito a menor na apuração do resultado, podendo a exclusão ser questionada pelo fisco.

Quanto ao destino da reserva de correção monetária oriunda da correção da expressão monetária do capital social integralizado, entendemos que tal assunto tenha sido brilliantemente esgotado pelo parecerista do DNRC, não merecendo qualquer reparo.

2.1.2.2. Aquisição por doação

A aquisição por doação tem um limite: a sociedade anônima não poderá ter menos de dois acionistas. Verificada, por força de doação, a existência de um único acionista, a sociedade será dissolvida de pleno direito, se o mínimo de dois não for reconstituído até art. 206, I, alínea d, da L. n. 6.404.

Ressalvado o disposto no art. 251 da L. n. 6.404 (subsidiária integral), a existência da sociedade anônima unipessoal é assim possível, sem dissolução pleno jure, pelo prazo de um ano, até que a realização da assembléia geral ordinária do ano seguinte àquela em que se verificou a existência de um único acionista recomponha o mínimo exigido de dois.

A doutrina procurou distinguir a compra de ações realizada pela sociedade de capital autorizado (art. 47 da L. n. 4.728) das operações de resgate, reembolso, amortização ou compra de ações previstas no art. 15 do DL n. 2.627.

As operações de resgate, reembolso,

amortização ou compra de ações previstas no art. 15 do DL n. 2.627, se caracterizam do seguinte modo:

- a) são operações excepcionais;
- b) que necessitam de autorização estatutária ou de decisão de assembleia de acionistas;
- c) acarretando normalmente a retirada do acionista (salvo na amortização) e a redução do capital (salvo, sob certas condições, no resgate e no reembolso).²⁵

Ao contrário, a compra autorizada pela L. n. 4.728, é diferente do reembolso, do resgate, da amortização, e até da compra prevista no art. 18 do DL n. 2.627.

O mesmo princípio aplica-se à L. n. 6.404: não se confundem a aquisição de ações pela sociedade e as operações de resgate, reembolso e amortização dos arts. 44 e 45, e a operação de compra prevista pela alínea d, do § 1º, do art. 30.

Para ARNOLDO WALD:

- a) a compra não é transação excepcional;
- b) independente de decisão da assembleia geral;
- c) não implica em redução do capital social.²⁶

As ações compradas pela sociedade para permanência em tesouraria, desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, são consideradas como "fora de circulação", se bem que não occasionem a redução do capital subscrito.

As treasury shares são, pois, as ações da companhia que foram adquiridas pela própria sociedade. A operação de compra de ações pela própria companhia é como se fosse uma devolução de patrimônio líquido, motivo pelo qual a conta que as registra (devedora) deve ser apresentada como conta redutora ao patrimônio.

O § 5º do art. 182 da L. n. 6.404 determina que "as ações em tesouraria deverão ser destacadas no balanço como dedução da conta do patrimônio líquido que registrará a origem dos recursos aplicados na

sua aquisição".

Contabilmente, os lançamentos de aquisição das próprias ações para permanência em tesouraria podem ser demonstrados como segue:

Lucros Acumulados

D	C
(1) 11.000	12.000

Reserva aplicada na compra de ações

D	C
	11.000 (1)

(1) Registro contábil da reserva aplicada na compra das próprias ações da companhia.

Ações em tesouraria

D	C
(2) 11.000	

Conta de Liquidação de Ações

D	C
	11.000 (2)

(2) Registro contábil das ações em tesouraria.

Conta de Liquidação de Ações

D	C
(3) 11.000	11.000 (2)

Bancos

D	C
	11.000 (3)

(3) Encerramento da conta de liquidação de ações.

2.1.3. Alienação das ações em tesouraria:

As transações envolvendo ações em tesouraria não fazem parte das operações normais da companhia e, assim, não devem ser contabilizadas como receitas ou despesas. Os resultados nas transações com ações em tesouraria não integram a demonstração de resultado do exercício.

A compra das próprias ações são contabilizadas pelo seu custo de aquisição e a baixa pela alienação deve ser feita pelo mesmo valor de compra.

Como a conta Ações em Tesouraria é corrigida monetariamente por ocasião da correção do balanço, a baixa das ações alienadas para apuração do lucro ou prejuízo na venda, deve ser efetuada pelo custo de aquisição corrigido monetariamente. Ocorrendo lucro, deverá ser registrado a crédito de uma reserva de capital, pois sua origem tem fundamentação similar à do ágio na emissão de ações.²⁷

A contabilização da alienação com um lucro de, por exemplo, Cr\$ 5.700,00, demonstra-se como segue:

Caixa

D	C
(1) 17.000	

Ações em tesouraria

D	C
11.000 300	11.300 (1)

Reserva de Capital

D	C
	5.700 (1)

(1) Registro do lucro na venda das ações em tesouraria.

As autoridades fiscais, através do parecer Normativo n. CST-114, emitiram o entendimento segundo o qual serão classificados como resultados não operacionais, as importâncias recebidas como ágio na

emissão de ações, as subvenções para investimento, as doações recebidas pelas pessoas jurídicas, o valor da alienação de partes beneficiárias, bônus de subscrição, prêmios recebidos na emissão de debêntures e o lucro ou prejuízo na venda de ações em tesouraria, desde que não sejam registrados como reservas de capital.²⁸

Ocorrendo prejuízo, a diferença deverá ser debitada na mesma conta de reserva de capital anterior que registrou lucro nessas operações, até o limite de seu saldo, e o excesso (prejuízos apurados nas transações superiores aos lucros já registrados) deverá ser considerado a débito da própria conta de reserva que originou os recursos para aquisição das próprias ações, isto é, a conta na qual as ações em tesouraria estavam classificadas no balanço como dedução do patrimônio.²⁹

Uma alienação de ações em tesouraria com prejuízo de, por exemplo, Cr\$ 1.300,00, pode ser demonstrada contabilmente como segue:

Ações em tesouraria

D	C
11.000	11.300 (1)

Caixa

D	C
(1) 10.000	

Lucros Acumulados

D	C
(1) 1.300	

(1) Baixa das ações em tesouraria pelo corrigido monetariamente; lançamento contábil do rejuizo diretamente na conta em que as ações em tesouraria estavam classificadas no balanço como dedução.

2.1.3.1. Inferências tributárias na alienação de ações em te-

25. PHILMENO J. DA COSTA, ob. cit., p. 105. apud ARNOLDO WALD, ob. cit., p. 23. cf. também RUBENS GOMES DE SOUSA, REVISTA FORENSE, vol. 222/32.

26. ARNOLDO WALD, ob. cit., p. 24.

27. FIPECAFI, ob. cit., p. 354.

28. Parecer Normativo n. CST-114, de 28 de dezembro de 1978.

29. FIPECAFI, ob. cit., p. 364.

souraria:

Do ponto de vista do direito tributário, dois aspectos devem ser considerados:
a) a incidência do imposto de renda sobre a venda de ações do acionista à sociedade.

b) a possibilidade de a operação ser considerada distribuição disfarçada de lucros.

2.1.3.1.1. Tributação da compra de ações pela própria sociedade que as emitiu.

O antigo Departamento do Imposto de Renda mandava tributar o lucro ou ganho suferido pelo acionista vendedor nas operações em que a sociedade anônima de capital autorizado comprava as suas próprias ações.³⁰

Atualmente, o lucro suferido por pessoa física na alienação de quaisquer participações societárias (ações, quotas, quinhões de capital) está sujeito à incidência do imposto de renda na cédula "H" da declaração de rendimentos.

Considera-se rendimento líquido tributável, classificado na cédula "H" da declaração anual de rendimentos da pessoa física, a diferença entre o valor obtido na alienação e o respectivo preço de custo reajustado.

O preço de custo reajustado é o preço de compra, de subscrição ou de aquisição a qualquer título, de participações societárias, corrigido monetariamente mediante aplicação dos índices de variação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN), em função das datas do efetivo pagamento.

O coeficiente de variação é representado pela relação existente entre os valores da ORTN no mês da alienação e nos meses de cada aquisição.

O adquirente da participação societária deverá reter e recolher no ato da operação sujeita à tributação 1% (um por cento) do valor da aquisição, como antecipação do imposto devido pelo alienante na declaração de rendimentos da pessoa física.

Optando ou não pela faculdade contida no art. 3º do DL n. 1.510³¹ – art. 40 do

D. n. 85.450,³² o alienante da participação societária deverá lançar o valor do imposto retido no quadro destinado à retenção na fonte.

O adquirente que deixar de reter o imposto na fonte ficará sujeito à multa de 50% do imposto que deveria ter sido retido.

Assim, compete ao adquirente (acionário) pessoa física ou jurídica efetuar a retenção e o recolhimento do imposto no ato da operação, entregando ao alienante pessoa física a via adicional do DARF correspondente ao imposto recolhido, juntamente com a 1ª e 2ª vias do formulário "Declaração de Alienação de Participações Societárias - DAPS".

Revela notar que essa retenção de 1% do imposto de renda deverá ser efetuada sobre o valor da aquisição e, desse modo, independe de resultado apurado pelo alienante na operação.

Mesmo nas operações de que não resulta lucro, ou nas operações em que se apure um prejuízo na alienação, ou nas alienações gratuitas, haverá a incidência do imposto de renda na fonte.

Assim, por exemplo, numa cessão de quotas de capital efetuada ao custo, os cedentes estarão alienando suas participações sem lucro.

Pela legislação vigente, tais alienações estão sujeitas ao imposto de renda na fonte, como antecipação, mesmo que o alienante apure posteriormente um prejuízo na venda quando preencher o Quadro 6 do DAPS, destinado ao demonstrativo de apuração do resultado para efeito de lançamento na cédula "H" da declaração de rendimentos da pessoa física.

Com efeito: no ato da alienação da participação societária é necessário o preenchimento apenas da "Coluna 8" do DAPS.

As próprias instruções baixadas pelas autoridades fazendárias conduzem ao entendimento de que a retenção é devida mesmo na hipótese de venda com prejuízo da participação societária, pois, o fato imponível não é o resultado da operação mas, sim, o valor da alienação qualquer que seja o resultado obtido.

Na hipótese de alienação gratuita, será imputável à operação o valor real da participação alienada.

O imposto de renda retido na fonte deverá ser recolhido pelo adquirente da participação societária. Na pessoa jurídica, o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimentos será determinado com base no valor contábil (custo de aquisição corrigido monetariamente), diminuído da provisão para perdas que tiver sido computada na determinação do lucro real, e compensado na determinação do lucro real.

O ganho ou perda de capital será determinado com base no valor contábil nos casos de investimentos em participações societárias contabilizadas pelo custo corrigido, bem como nos casos de outros investimentos permanentes não destinados aos fins operacionais da empresa.

O valor do ganho ou perda de capital na alienação dos investimentos avaliados pelo valor de patrimônio líquido será determinado pelo total pelo qual o investimento foi vendido, deduzido do valor contábil líquido (valor patrimonial acrescido do ágio ou diminuído do deságio e da provisão para perdas – art. 323 do D. n. 85.450).

2.1.3.1.2. Possibilidade de a operação ser considerada distribuição disfarçada de lucros

As ações adquiridas pela própria sociedade anônima são retiradas de circulação, permanecendo em tesouraria sem direito a voto, nem a percepção de dividendos, até recolocação no mercado.

As ações podem ser adquiridas pela própria sociedade para permanência em tesouraria ou cancelamento. A legislação, por outro lado – alínea c, § 1º, art. 30, do L. n. 6.404 –, autoriza a alienação das ações mantidas em tesouraria.

O preço de venda das ações não poderá ser notoriamente superior ao de mercado, sob pena de poder ser considerada a operação como distribuição disfarçada de lucros.

A distribuição disfarçada de lucros é definida pelo art. 367 do Regulamento do Imposto de Renda, que tem a seguinte redação:

"Art. 367. Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica (DL n. 1.598/77, art. 60...) II – adquire, por valor notoriamente

superior ao de mercado, bem de pessoa ligada."

Conforme expressamente previsto no Inc. VI, do art. 67, do DL n. 1.598, em 1º de janeiro de 1978 teve início a vigência das normas sobre distribuição disfarçada de lucros, previstas nos arts. 60 a 62, ficando revogada a anterior legislação sobre a matéria.

Os arts. 60 a 62 do DL n. 1.598 criaram nova disciplina aos lucros distribuídos disfarçadamente, e foram incorporados pelo novo Regulamento do Imposto de Renda baixado pelo D. n. 85.450.

A nova disciplina leva em consideração os preceitos da lei de sociedades por ações sobre responsabilidade de administradores e de acionista controlador.

O novo regime distingue entre lucros distribuídos a pessoas físicas ligadas (art. 60) e ao acionista controlador da companhia (art. 61).

Interpretando literalmente os dispositivos acima mencionados, podemos verificar que o art. 60 do DL n. 1.598 destina-se às pessoas jurídicas em geral, e o art. 61 apenas às sociedades por ações:

– que os sujeitos da relação jurídica determinante da incidência do imposto de renda sejam os taxativamente mencionados nos dispositivos legais:

I – a) sócio, administrador ou titular; ou b) cônjuge, ou parente até o terceiro grau, inclusive afim, das pessoas que trata o inciso anterior (sócio, administrador ou titular), nos negócios entre a pessoas jurídicas e pessoa física.

II – a) acionista controlador; ou b) com afins, nos negócios entre companhias e pessoas físicas ou jurídicas.

– que o valor da alienação das ações seja notoriamente superior ao de mercado (em disparidade notória, flagrante, indiscutível).³³

Tratando-se de venda de ações feita por pessoa física a pessoa jurídica (art. 368 do D. n. 85.450), poderia eventualmente ser considerada pelo físico a existência da distribuição disfarçada de lucros, se a alienação fosse efetuada por preço notoriamente superior ao de mercado, tal como definido no art. 368, § 1º, do D. n. 85.450.

Pela interpretação literal dos arts. 60 e 61 do DL n. 1.598, verificamos que o art.

30 Processo n. 175.220/66, DJ-Fiscal, 22.3.1966, anexo 3, n. 118, p. 3; Processo n. 190.053/60, REVISTA FONENSE, 1968, p. 31 cf. ARNOLDO WALD, ob. cit., p. 22.

31 DL n. 1.510, de 27 de dezembro de 1976.

32 D. n. 85.450, de 4 de dezembro de 1980.

33 ARNOLDO WALD, ob. cit., p. 14.

estina-se às pessoas jurídicas em geral art. 61 apenas à sociedades por ações companhias.

Dante dessa interpretação literal, mos concluir que as operações ou negociações do D. n. 85.450, nas condições aliadas, não configuram distribuição disposta de lucros na forma do DL n. 1.598, entre contratados entre sociedades por ações de responsabilidade limitada.

A norma contida no art. 368 do D. n. 85.450 aplica-se a negócios entre a pessoas jurídicas em geral e a pessoas físicas; a norma art. 360 aplica-se aos negócios conduzidos tanto por pessoas físicas que sejam acionistas controladoras da companhia ou seu parente até o terceiro grau, incluindo os afins, como às pessoas jurídicas que sejam acionistas controladoras de companhias domiciliadas no exterior, que direta ou indiretamente, seja titular de direitos de que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria de votos nas deliberações para poder de eleger a maioria dos administradores.

2.2 Aquisição das próprias ações da companhia para cancelamento desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social

Não proibição do art. 30 da L. n. 85.450 se compreende a aquisição, para cancelamento, desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social.

Pode a sociedade adquirir suas próprias ações para cancelamento, sem diminuição do capital social.

A integridade do capital social é o critério sine qua non da operação.

Para que o capital não seja reduzido, as ações adquiridas sejam canceladas, a sociedade deverá utilizar o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, limitando-se a negociar com as suas próprias ações, até o montante dos lucros ou reservas existentes, podendo utilizar recursos das duas fontes ou de apenas uma de conformidade o caso.

A alienação com lucro ou prejuízo das ações adquiridas nos termos da alínea b, § 1º do art. 30 da L. n. 85.450, e mantendo tesouraria, constitui a operação

normal de recolocação das ações em circulação.

A aquisição para cancelamento sem diminuição do capital social, como o nome está a indicar, consiste na eliminação das ações pela empresa.

Prevê a L. n. 85.450, no seu art. 19, que o estatuto da companhia possa criar ações preferenciais resgatáveis ou amortizáveis, isto é, com prazo determinado para o pagamento de seu valor, com o fim de retirá-las definitivamente de circulação.

Essa operação de resgate ou amortização para retirada definitiva de circulação pode ou não resultar em redução do capital social.

A operação de resgate (ou amortização) prevista no art. 44 da L. n. 85.450, não se confunde com a operação prevista pela alínea b, § 1º, do art. 30.

A aquisição (recompra) pela companhia de suas próprias ações, para retirá-las definitivamente de circulação, far-se-á com redução ou não do capital social.

O cancelamento de que trata a alínea b, § 1º, do art. 30, da L. n. 85.450, far-se-á sempre sem oferta à integridade do capital social.

A aquisição pela companhia, de suas próprias ações para fins de cancelamento mediante utilização de recursos acumulados, visa o recolhimento das mesmas sem a diminuição do capital social.

Trata-se, em síntese, de uma operação de compra de ações, e de posterior distribuição das ações adquiridas entre os acionistas remanescentes.

Para atingir o resultado exigido pela alínea b, § 1º, do art. 30, a sociedade que optar pelo cancelamento, deverá encerrar a conta de ações adquiridas para cancelamento, juntamente com a conta que demonstrar contabilmente as reservas aplicadas na aquisição das próprias ações.

Os lançamentos simultâneos de redução e aumento de capital, feitos pelo mesmo valor, não se exteriorizam: são meros lançamentos contábeis de encerramento de contas.

O cancelamento de ações sem diminuição do capital social, a teor da alínea b, § 1º, do art. 30, da L. n. 85.450, exige que a recomposição do capital seja efetiva através da capitalização da reserva então desvinculada para esse fim precípua, única forma de se atender, contabilmente, à dis-

posição da L. n. 85.450, mantendo-se integral o capital e modificando-se, apenas, o número de ações pertencentes aos acionistas, ou aumentando o valor nominal das ações já possuídas pelos demais acionistas remanescentes.

O cancelamento previsto pela alínea b, § 1º, do art. 30, da L. n. 85.450, exige a utilização de saldo de lucros ou reservas para a manutenção da integridade do capital social.

O cancelamento sem utilização de recursos de reservas ou de saldo de lucros implica, necessariamente, na redução do capital social.

Na prática, a companhia poderá adquirir as próprias ações:

- para permanência em tesouraria e posterior alienação (com lucro ou prejuízo);- para permanência em tesouraria e posterior cancelamento;
- imediatamente para cancelamento.

A primeira hipótese foi analisada no Capítulo 2.1.3 (alienação das ações em tesouraria).

As duas outras situações podem ser demonstradas através de uma companhia que possui, v.g., um capital social de Cr\$ 60.000,00 representado por 60.000 ações ordinárias nominativas de Cr\$ 1,00 cada uma, e lucros acumulados de Cr\$ 80.000,00. As ações, todas subscritas e integralizadas, estão distribuídas pelos acionistas como segue:

$$\begin{aligned} \text{Acionista "A"} &= \text{Cr\$ 9.000,00} = 15\% \\ \text{Acionista "B"} &= \text{Cr\$ 21.000,00} = 35\% \\ \text{Acionista "C"} &= \text{Cr\$ 30.000,00} = 50\% \end{aligned}$$

A aquisição das próprias ações para permanência em tesouraria e posterior cancelamento pode ser demonstrada do seguinte modo: a companhia adquire as ações do sócio "A" pelo valor nominal, no caso, Cr\$ 1,00. Os lançamentos contábeis podem ser os seguintes:

Lucros Acumulados

D	C
(1)	9.000

Reserva aplicada na Aquisição das Ações

D	C
	9.000 (1)

(1) Registro contábil do recurso aplicado na aquisição das próprias ações.

Ações em Tesouraria

D	C
(2)	9.000

Conta de Liquidação de Ações Adquiridas

D	C
	9.000 (2)

(2) Registro contábil das ações adquiridas para permanência em tesouraria pelo seu valor de custo de aquisição, ou seja, pelo preço pago.

Bancos

D	C
50.000	3.000 (3)

Conta de Liquidação de Ações Adquiridas

D	C
(3)	9.000

(3) Registro contábil do pagamento das ações adquiridas pela sociedade, parte em dinheiro e parte em bens.

O posterior cancelamento das ações em tesouraria poderá ser efetuado de acordo com o seguinte procedimento: sendo a operação possível apenas com a utilização do saldo de lucros ou reservas disponíveis, vez que a alínea b, § 1º, do art. 30, da L. n. 6.404, vedá a diminuição do capital social, a companhia agiu pelo encerramento da conta de ações em tesouraria, juntamente com a conta que demonstrava a reserva aplicada na aquisição das próprias ações. O esquema contábil poderá ser o seguinte:

Ações em Tesouraria

D	C
9.000	9.000 (1)

Reserva Aplicada na Aquisição das Ações

D	C
(2) 9.000	9.000

Capital

D	C
(1) 9.000	60.000

(1) Registro contábil do cancelamento das ações em tesouraria.

(2) Contabilização simultânea da recompensação do capital social.

Com a aquisição das ações para permanência em tesouraria, o acionista perde a sua condição de sócio da companhia.

No cancelamento, a companhia deve então proceder à anulação das inscrições das ações nos livros da sociedade tornando sem efeito os respectivos certificados.

A utilização de saldo de lucros ou reservas pressupõe, necessariamente, a manutenção da integridade do capital social, cujo valor permanecerá inalterado.³⁴

No cancelamento de ações sem a diminuição do capital social, o número de ações se modifica pelo aumento da quanti-

dade das ações ou, então, o valor nominal é o que se altera, permanecendo o mesmo número ou quantidade de ações, com o novo valor atribuído em virtude do cancelamento.

A pessoa física ou jurídica do acionista remanescente é que terá modificada a quantidade das ações possuídas em virtude da bonificação.³⁵

A capitalização do fundo disponível (saldo de lucros ou reservas) contabilmente liberado, provocará uma distribuição de novas ações aos acionistas remanescentes.

Essa bonificação, como veremos adiante, não escarrará problemas fiscais desde que as operações de aquisição das próprias ações pela sociedade não sejam parciais, isto é, faz-se mister que a compra envolva todas as ações do sócio retirante, de modo a que se desligue definitivamente da sociedade.

No exemplo acima, com a retirada definitiva do sócio "A", a composição do capital social, que permaneceu integral, demonstra-se do modo seguinte:

– O acionista "B" tinha 21.000 ações do valor nominal de Cr\$ 1,00 cada uma, possui agora 24.706 ações do valor nominal de... Cr\$ 1,00 cada uma (mesmo valor nominal, alterou a quantidade das ações).

– O acionista "C" tinha 30.000 ações do valor nominal de Cr\$ 1,00 cada uma, possui agora 35.294 ações do valor nominal de Cr\$ 1,00 cada uma (mesmo valor nominal, alterou a quantidade das ações).

Do ponto de vista fiscal, o cancelamento das ações em tesouraria sem diminuição do capital social não tem efeito para fins de imposto de renda.

Dispõe o art. 545 do Regulamento baixado pelo D. n. 85.450:

"Art. 545 – Para os efeitos da tributação a que se referem os arts. 544 e 547, constitui distribuição de rendimentos a utilização de fundos ou lucros em redução do capital, na amortização de ações [L. n. 2.862/56, art. 28]."

As operações de amortização não se confundem com as operações de compra, pela companhia, de suas próprias ações. No dizer de CARVALHOSA, a amortização é um dividendo extraordinário, representando uma bonificação especial dada ao

acionista com base no valor da capital.³⁶

A operação de compra (alíneas b, § 1º do art. 30 da L. n. 6.404) também não se confunde com a operação de resgate. No negócio jurídico da compra, ainda que a sociedade possa objetivar o cancelamento das ações, pressupõe-se necessariamente, um acordo de vontades entre a sociedade e o acionista vendedor.³⁷

O resgate é uma venda compulsória, representa uma transmissão forçada, irrecorrível e definitiva das ações do acionista para o domínio da própria companhia, que em seguida, se extinguirá.

Independente da vontade do acionista que, no caso, é constrangido a obedecer a determinação estatutária ou a deliberação válida da assembleia geral.³⁸

Não é possível o resgate de ações não integralizadas.³⁹

Ao que entendemos, é possível a aquisição de ações não integralizadas. Assim quando um acionista não tiver integralizado todas as ações subscritas, deverá ser debitado em sua conta pelos juros de mora de suas ações e pelas despesas às quais der origem pelo não cumprimento da obrigação.

Finalmente, a operação de compra das próprias ações pela companhia não se confunde com o reembolso de ações. No reembolso, a companhia é obrigada a pagar ao acionista desidente de deliberação da assembleia geral o valor de suas ações. A companhia não pode recusar-se. A decisão do acionista retirar-se dentro das hipóteses previstas em lei, é um direito opônivel à companhia.

Neste ponto de nossa exposição, convém demonstrar a aquisição das próprias ações pela sociedade diretamente para cancelamento:

Lucros Acumulados

D	C
(1) 9.000	80.000

Reserva Aplicada na Aquisição de Ações

³⁶ CARVALHOSA, ob. cit., p. 228.
³⁷ CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO, "Sociedades por ações", São Paulo, 1972, 1º vol. apud CARVALHOSA, ob. cit., vol. I, p. 225.

³⁸ CARVALHOSA, ob. cit., vol. I, p. 225.

³⁹ Idem, idem, p. 225.

D	C
	9.000 (1)

(1) Registro contábil do recurso aplicável na aquisição de ações para cancelamento.

Conta de Ações adquiridas para Cancelamento

D	C
(2) 9.000	

Conta de Liquidação de Ações Adquiridas

D	C
	9.000 (2)

(2) Registro contábil das ações adquiridas diretamente para cancelamento.

Bancos

D	C
	9.000 (3)

Conta de liquidação de ações adquiridas

D	C
(3) 9.000	9.000 (2)

(3) Pagamento das ações adquiridas diretamente para cancelamento.

Contas de Ações Adquiridas para cancelamento

D	C
(2) 9.000	9.000 (4)

Reserva Aplicada na Aquisição de Ações

D	C
(5) 9.000	9.000 (1)

³⁴ PHILMENO J. DA COSTA, ob. cit., p. 92, e MODESTO CARVALHOSA, ob. cit., p. 224, 1º vol.

³⁵ Art. 12 da L. n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Capital	
D	C
(4) 9.000	80.000
	9.000 (5)

(4) Registro contábil do cancelamento das ações adquiridas.

(5) Registro contábil da recomposição do capital social (art. 30, § 1º, alínea b, da L. nº 6.404).

2.2.1 Inferências fiscais relacionadas com o cancelamento de ações sem ofensa à integridade do capital social

As ações adquiridas para permanência em tesouraria podem retornar à circulação, mediante alienação aos próprios sócios remanescentes ou a terceiros. Ocorrendo alienação a sócios, deve ser observado o art. 367 do D. n. 85.450, que presume distribuição desfavorecida de lucros a alienação por valor notoriamente inferior ao de mercado, de bem do seu ativo a pessoa ligada (DL n. 1.598, art. 60, II).

Por outro lado, a sociedade pode decidir cancelar as ações adquiridas, sem diminuição do capital social, consonte dispõe a alínea b, § 1º do art. 30 da L. n. 6.404.

Para alcançar esse resultado, a companhia pode optar por duas alternativas: sem diminuição do capital social, cancela as ações em tesouraria sem modificar o número de ações existentes, e com aumento do valor nominal das ações; sem diminuição do capital social, cancela as ações em tesouraria, sem modificar o valor nominal das ações, e com o aumento da quantidade pertencente aos sócios remanescentes em virtude da capitalização do saldo de lucros ou da reserva utilizada para aquisição.

Para atingir os resultados, a companhia opta pela redução gráfica do capital social para cancelar as ações em tesouraria ou adquiridas para cancelamento e, simultaneamente, capitaliza o saldo de lucros ou reservas que foram contabilmente segregados para servir de lesteiro a aquisição de ações.

A redução gráfica do capital social para fins de cancelamento de ações e a ca-

pitalização dos lucros ou reservas utilizados, são consignados na contabilidade na mesma ocasião, como parte de um lançamento contábil que como parte de um lançamento contábil que não se exterioriza, e nem apresenta repercussões de ordem fiscal.

O art. 63 do DL n. 1.598 alterou as normas que disciplinavam os casos de redução do capital social.

As normas do DL n. 1.598 foram incorporadas ao Regulamento do Imposto de renda baixado pelo D. n. 85.450.

Observa com a propriedade de sempre NILTON LATORRACA, que uma das alterações fundamentais introduzidas pelo DL n. 1.598, está na referência "a restituição de capital aos sócios", realizada "mediante redução do capital social" ou, "em virtude de liquidação".⁴⁰

No legislação anterior, a referência dizia respeito unicamente "a redução do capital".

Como preleciona, ainda, NILTON LATORRACA, "a restituição de capital passou a ser o fato essencial para a ocorrência da situação prevista na lei".⁴¹

Não é suficiente, pois, que ocorra a simples redução de capital para que se verifique a incidência do imposto de renda; é necessário que da redução de capital resulte restituição de capital a sócio ou acionista.

Da maneira como demonstramos, o cancelamento de ações conduz a uma redução gráfica, e é efetuada contabilmente para fins de cancelamento da conta de ações retidas.

A redução gráfica não é realizada para "restituir capital a acionistas ou sócios", os quais, inclusive, já tiveram suas ações compradas pela sociedade e, assim, retiraram-se, mais não pertencendo à companhia.

Poderiam as autoridades fiscais vincular a distribuição das ações adquiridas pela companhia aos seus acionistas remanescentes, a uma distribuição de rendimentos.

Tal, porém, não ocorre: vimos que, para os efeitos de tributação de rendimentos a utilização de fundos ou lucros sem re-

40 NILTON LATORRACA, "Legislação Tributária – Uma Introdução ao Planejamento Tributário", São Paulo, Adas, 5ª ed., 1979, p. 172.

41 Idem, idem, p. 172.

dução do capital social na amortização de ações (art. 545 do D. n. 85.450).

Descartada a hipótese de ocorrência de uma redução de que resulte restituição de capital a acionista ou sócio, ociosa seria o exame das disposições contidas nos arts. 376 e 377 sobre restituição de capital antes da capitalização e restituição de capital após a capitalização.

Todavia, como a restituição de capital pode gerar a exigência de imposto de renda do sócio ou acionista, convém examinar se as regras dos artigos acima enunciados aplicam-se ao caso vertente.

De acordo com o parágrafo único do art. 377 do D. n. 85.450, as disposições do art. 377 e art. 376 não se aplicam nos casos de falecimento do sócio, dissolução da sociedade, desistência prevista em lei, incorporação de reserva de capital formada com ágio na emissão de ações.

A norma do parágrafo único do art. 377 (DL n. 1.598, art. 63, § 4º) aplica-se aos casos em que o fato gerador é o capital restituído (§ 4º do art. 63 do DL n. 1.598), e aos casos em que o fato gerador é a capitalização de lucros e reservas (§ 3º, art. 63 do DL n. 1.598).

O D. n. 85.450, ao incorporar as normas do DL n. 1.598, estendeu o alcance da isenção também aos casos do § 3º do art. 63 do DL n. 1.598.

Pondera NILTON LATORRACA que o § 5º do art. 63 do DL n. 1.598 não se refere às posteriores capitalizações de lucros e reservas (hipótese do § 3º), por ser desnecessária tal referência.⁴²

Com o rigor habitual, salienta o ilustre tributarista:

"De fato, como o contribuinte do imposto que se torna devido, é o acionista ou sócio, ou seu sucessor, na qualidade de acionista ou sócio, beneficiário das ações ou quotas resultantes do aumento de capital, a hipótese do § 3º do art. 63 (capitalização de lucros e reservas) só ocorre se o beneficiário das ações ou quotas do aumento de capital for também o beneficiário da anterior restituição do capital, ou, evidentemente, aquele que os substituiu na qualidade de acionista ou sócio. Logo, no caso de redução de capital em virtude da devolução aos herdeiros da parte do sócio falecido, o beneficiário dessa restituição

desliga-se da sociedade não havendo por que se faltar em tributação dos sócios remanescentes quando dos subsequentes aumentos de capital mediante a incorporação de lucros ou reservas. Do mesmo modo, as hipóteses das alíneas c e d do § 5º do art. 63 não comportam referência ao § 3º do mesmo art. 63, porque envolvem casos de dissolução ou de retirada de acionista dissidente; em ambos os casos, não poderia o mesmo sócio, ou seu sucessor nessa qualidade, permanecer na sociedade para vir a compensar a restituição da capital com aumento decorrente de capitalização de lucros ou reservas.

Entendemos, portanto, que nos termos do § 3º do art. 63, será tributado, como rendimentos dos sócios, o aumento de capital com lucros e reservas se, nos 5 anos anteriores, a sociedade tiver restituído capital a esses sócios (ou seus sucessores na qualidade de sócio), que participarão do aumento de capital que acarretará a incidência do tributo".⁴³

Resta-nos examinar a Instrução Normativa do Secretário da Receita Federal, de n. 008, 44

Por essa instrução, a autoridade fiscal consagrou o entendimento do DL n. 1.598 sobre a redução de capital, formulando-se, porém, através de dois conceitos que denominou aumento de capital vinculado e redução de capital vinculado.

Assim, ocorre a hipótese de incidência quando, dentro de um período de cinco (cinco) anos, um aumento vinculado é seguido de uma redução vinculada, ou vice-versa.

Considera-se aumento vinculado o realizado com a utilização de lucros e reservas de lucros. Considera-se redução vinculada, qualquer redução de capital não justificada por um dos eventos exaustivamente considerados pela autoridade fiscal na Instrução Normativa do SRF n. 008.

O novo Regulamento do Imposto de Renda, baixado pelo D. n. 85.450, não modificou as disposições sobre a tributação de lucros e reservas incorporadas ao capital social da pessoa jurídica.

Na conformidade do art. 375 os aumentos de capital da pessoa jurídica mediante incorporação de lucros ou reservas não sofrerão tributação do imposto sobre a

42 Idem, idem, p. 173.

43 Instrução Normativa do Secretário da Receita Federal (SRF) n. 008, de 19 de fevereiro de 1979.

renda, podendo ser capitalizados os lucros apurados em balanço ainda que não tenham sido submetidos à tributação.

O novo Regulamento do Imposto de Renda retirou do âmbito da redução vinculada os seguintes eventos:

- a extinção da empresa individual, por falecimento do titular;

- a redução do capital para absorção de prejuízos acumulados, até o limite desse;

- a redução do capital por insuficiência de subscrição no caso em que a assembleia de acionistas reduz o aumento de capital deliberado em assembleia anterior, ao montante subscrito;

- ajuste do capital por eliminação de participações reciprocas entre companhias, suas coligadas ou controladas (§ 3º do art. 296 da L. n. 6.404).

O novo Regulamento do Imposto de Renda manteve excluída do conceito de redução vinculada a operação de reembolso de ações.

Assim, mesmo na hipótese de a companhia pagar aos acionistas dissidentes de deliberação da assembleia geral o valor de suas ações com diminuição do capital social, essa redução será justificada por se tratar de um evento elencado no parágrafo único do art. 377 do D. n. 85.450.

Não sendo vinculada a redução, o reembolso de ações com diminuição do capital social não acarretará consequências fiscais para a pessoa jurídica, nem reflexamente, para a pessoa física do sócio dissidente (ou pessoa jurídica) que se retirar da companhia.

Qualquer outra redução de capital não justificada por um dos eventos considerados pelo parágrafo único do art. 377 do D. n. 85.450 será tributada na fonte ou na declaração de rendimentos dos sócios, acionistas ou titular da pessoa jurídica.

A tabulação se verificará como segue:

a) Fato Gerador: Capitalização de Lucros ou Reservas.

Se nos cinco (5) anos anteriores à data da capitalização a companhia restituiu capital com redação vinculada (art. 376 do D. n. 85.450; § 3º, art. 63 do DL n. 1.589).

b) Fato Gerador: Restituição do Capital.

Se a restituição do capital com redução vinculada se verificar nos cinco (5) anos

subsequentes à data da incorporação de lucros ou reservas (art. 377 do D. n. 85.450; DL n. 1.589, art. 63, § 4º).

O cancelamento é uma operação com ações admitida pela alínea b, § 1º, do art. 30 da L. n. 6.404, sem diminuição do capital social.

Logo, como não implica, por força de lei, em redução do capital social, o cancelamento de ações mediante utilização do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, não terá implicações ou consequências fiscais. 45

Além do que, para os efeitos da tributação a que se referem os arts. 544 do D. n. 85.450, não constitui distribuição de rendimentos a utilização de fundos ou lucros sem redução do capital, nas operações de cancelamento, reembolso ou resgate de ações (art. 545 do D. n. 85.450).

Se o cancelamento tem como pressuposto básico a integridade do capital social não há como cogitar de qualquer forma de redução.

A diminuição contábil operada para liberar o lucro ou reserva utilizado na aquisição não pode ser tachada de "redução vinculada" só porque não se encontra elencada entre as alíneas do parágrafo único do art. 377 do D. n. 85.450.

No verdade trata-se de uma redução gráfica de capital social plenamente justificada, pois que não é realizada para "restituir capital a sócio ou ao titular", como está a exigir as normas dos arts. 376 e 377 do D. n. 85.450.

O resgate de ações é a operação que consiste no pagamento do valor das ações da sociedade para retirá-las definitivamente de circulação.

O Regulamento do Imposto de Renda em vigor dispõe, no seu art. 27, inciso V, que somente constitui rendimento tributável (Cédula B) a diferença a maior entre

45 Os aumentos de capital da pessoa jurídica mediante incorporação de lucros ou reservas não sofrem tributação do imposto sobre a renda. Podem ser capitalizados os lucros apurados em balanço, ainda que não tenham sido submetidos à tributação. A não incidência estabelecida na legislação se estende aos sóciros pessoas jurídicas ou físicas, beneficiários de ações, quotas ou quinhões resultantes do aumento do capital social, ou titular da firma ou empresa individual. Ficam reservadas, todavia, as hipóteses previstas nos §§ 3º e 4º do art. 63 do D. n. 1.589, em que o valor da distribuição poderá ser tributado na fonte ou na declaração, como rendimento dos sóciros ou do titular da pessoa jurídica.

os valores de emissão ou aquisição e os de reembolso ou resgate de ações.

No resgate sem redução do capital presume-se ter havido redução contábil de capital e incorporação de lucros e reservas por valor equivalente.

Como só se considera distribuição de rendimentos tributáveis a utilização de fundos ou lucros, sem redução do capital, na amortização de ações (§ 1º do art. 34 do RIR e art. 545), a utilização de fundos ou lucros para resgate de ações sem ofensa à

integridade do capital social também não será considerada como distribuição de rendimentos tributáveis.

A capitalização de lucros e reservas nos cinco (5) anos anteriores ou posteriores ao resgate de ações em redução do capital social não acarretará a equiparação a lucros distribuídos.

Finalmente, resta analisar a amortização. Essa operação consiste na distribuição aos acionistas, a título de antecipação e sem redução do capital social, de quantias que lhes poderiam tocar em caso de liquidação da companhia.

Embora realizada obrigatoriamente sem redução do capital social, como existe o § 2º do art. 44 da L. n. 6.404, a amortização de ações trará consequências fiscais para os sócios, pois que a utilização de fundos ou lucros na amortização de ações será considerada distribuição de rendimentos tributáveis (art. 34, § 1º e art. 545 do D. n. 85.450).

2.2.2 O cancelamento, sem redução do capital social, das ações em tesouraria provenientes de reembolso feito a acionista dissidente de deliberação da assembleia.

Pela definição do art. 45 da L. n. 6.404 o reembolso é a operação pelo qual a companhia paga aos acionistas dissidentes de deliberação da assembleia geral o valor de suas ações.

O reembolso, como pondera CARVALHO, representa uma transmissão forçada, irrecorrível e definitiva da propriedade das ações para a própria companhia que as emitiu, cabendo a esta vendê-las novamente a terceiros ou mantê-las em tesouraria, ou extinguí-las com a con-

sequente redução do capital social. 46

O direito de recesso inscreve-se entre as prerrogativas fundamentais do acionista, consoante dispõe o inciso V do art. 109 da L. n. 6.404.

No dizer de WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, trata-se de um direito irrenunciável, uma vez que é norma de ordem pública. 47

Com exceção do art. 221 da L. n. 6.404, que admite, no seu parágrafo único, a renúncia ao direito de retirada no caso de transformação em companhia, em nenhuma outra hipótese poderá haver renúncia a tal direito.

O valor do reembolso – em que pesa a existência de normas no estatuto para sua determinação – não será inferior, em qualquer caso, ao valor de patrimônio líquido das ações, de acordo com o último balanço aprovado pela assembleia geral.

O art. 298 da L. n. 6.404 admite que o acionista dissidente da deliberação da assembleia possa pedir o reembolso das ações pelo valor de patrimônio líquido a preços de mercados.

A regra do art. 298 é, de acordo com nosso entendimento, meramente facultativa.

O valor de patrimônio líquido a preços de mercado não é obrigatório no reembolso de ações. Obrigatório é o valor de patrimônio líquido contábil das ações, a teor do art. 45, § 3º da L. n. 6.404.

Pela regra contida no § 3º do art. 45 da L. n. 6.404, o valor do reembolso (patrimônio líquido contábil) ao patrimônio líquido a preços de mercado poderá ser pago à conta de lucros ou reservas, exceto a legal e, nesse caso, as ações reembolsadas ficarão em tesouraria.

A não utilização de lucros ou reservas implica no reembolso à conta do capital social.

Contudo, o capital social só se considera reduzido no montante correspondente ao valor das ações reembolsadas, se no prazo de 120 (cento e vinte) dias a contar da publicação da ata da assembleia não forem substituídos os acionistas dissidentes cujas ações tenham sido reembolsadas.

46 CARVALHO, ob. cit., p. 231.

47 WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, "Sociedades Anônimas e Mercados de Capitais", FORTALEZA, Rio, 1973, vol. I, p. 315, apud CARVALHO, ob. cit., p. 232.

A legislação do imposto de renda define como rendimento tributável, a ser classificado na Cédula B da pessoa física, a diferença a maior entre os valores de emissão ou aquisição e os de reembolso ou resgate de ações (art. 27, V, do D. n. 85.450).

Com relação à pessoa jurídica o ganho ou perda do capital na alienação ou liquidação de investimento será determinada com base no valor contábil diminuído da provisão para perdas que tiver sido computada na determinação do lucro real (art. 322 do D. n. 85.450).

Com relação aos acionistas remanescentes e a sociedade não há rendimento tributável. Na hipótese, a capitalização de lucros e reservas não tem consequências por não se tratar, a teor da alínea d do parágrafo único do art. 377 do D. n. 85.450, de caso de reunião vinculada.

Como o valor do reembolso poderá ser pago à conta de lucros ou reservas, exceto a legal, sem diminuição do capital social, as ações reembolsadas ficarão em tesouraria.

Por força do reembolso, poderão ser posteriormente alienadas a terceiros (Capítulo n. 2, I.3).

As ações reembolsadas que ficarem em tesouraria terão por limite apenas a proibição de ter a sociedade anônima menos de dois (2) acionistas por mais de um exercício social.

A primeira vista – a teor das alíneas b e c do § 1º do art. 30 da L. n. 6.404 –, somente ações adquiridas por compra ou doação podem ser alienadas ou canceladas.

Ações em tesouraria oriundas de reembolso pago à conta de lucros ou reservas, exceto a legal, não seriam suscetíveis de alienação ou cancelamento, eis que o § 3º do art. 45 da L. n. 6.404 prevê ónica e exclusivamente a permanência em tesouraria, sem qualquer outra referência.

A interpretação literal conjunta a pressa § 3º do art. 45 e das alíneas b e c do 1º do art. 30 da L. n. 6.404, conduz ao entendimento de que as ações em tesouraria originadas de reembolso pago à conta de lucros ou reservas, exceto a legal, devem permanecer nessa conta durante a prazo de duração da sociedade, uma vez que a alienação de ações reembolsadas, mantidas em tesouraria, não está prevista expressamente dentro as hipóteses em que a companhia pode negociar com as próprias

ações. A aquisição de ações realizadas pela sociedade anônima, nos moldes da alínea b do § 1º do art. 30 da L. n. 6.404, distingue-se do resgate, do reembolso e da amortização previsto na alínea a, do § 1º do art. 30 da L. n. 6.404 também se distingue da compra com redução de capital mediante restituição em dinheiro, prevista na alínea d do § 1º do art. 30.

No campo doutrinário, os autores pátrios já afastaram definitivamente a construção fiscal que pretendeu assimilar a compra de ações de tesouraria ao reembolso.

Para RUBENS GOMES DE SOUSA a reembolso é "uma operação de capital com reflexos necessários sobre o patrimônio social, determinada e rigida por lei e vinculada às relações estatutárias entre a sociedade e o acionista."

A compra de ações de tesouraria é uma transação negocial, "sem reflexos sobre o patrimônio social, salvo quanto ao lucro ou prejuízo que dela possa decorrer para a sociedade." 48 -

A compra e venda de ações em tesouraria é uma operação apenas autorizada pela lei, mas que se efetua nas condições livremente ajustadas pelas partes, sem qualquer vínculo com as relações estatutárias entre elas.

Assim, adianta com a habitual lucidez RUBENS GOMES DE SOUSA, "não há qualquer semelhança econômica ou jurídica entre o reembolso de ações e a compra e venda de ações em tesouraria." 49 -

Podemos, então, distinguir:

- a compra não é uma transação excepcional;
- a compra das próprias ações independe da decisão da assembleia;
- a compra das próprias ações não implica em redução do capital.

Por outro lado, as operações de resgate, reembolso, amortização ou compra de ações prevista nas alíneas a e d do § 1º do art. 30 da L. n. 6.404 são, ao contrário:

- operações excepcionais;
- que necessitam de autorização estatutária ou de decisão da assembleia;
- que acarretam a retirada do acionista (salvo na amortização) a redução do capital social (salvo, sob certas condições,

48 RUBENS GOMES DE SOUSA, REVISTA FORENSE, 1968, p. 39.

49 Idem, idem, p. 39.

no resgate e no reembolso).

As ações reembolsadas à conta do capital social deverão ser negociadas no prazo de cem e vinte dias a contar da publicação da ata da assembleia, sob pena de o capital ser reduzido no montante correspondente.

As ações reembolsadas mantidas em tesouraria serão negociadas através de operações excepcionais, como consequência natural do reembolso, mediante autorização estatutária ou decisão da assembleia.

As operações excepcionais de venda ou cancelamento de ações reembolsadas, mantidas em tesouraria, são perfeitamente viáveis, e não se confundem, como vimos, com as operações previstas nas alíneas b e c do § 1º do art. 30 da L. n. 6.404.

Para a doutrina, o pagamento do reembolso deve ser em moeda corrente.

Para CARVALHOSA não pode a companhia nem o acionista pleitearem que o pagamento seja feito em bens. Segundo o renomado autor o dinheiro é a única maneira de resgatar o valor do reembolso em absoluta igualdade de condições para todos os acionistas que exercerem o seu direito de retirada. 50 -

Como não há esse aspecto de igualdade de condições na compra para permanência em tesouraria ou cancelamento (alínea b, § 1º, do art. 30 da L. n. 6.404), que se efetiva nas condições livremente pactuadas pelas partes, o pagamento poderá ser feito, nessas operações, em dinheiro ou bens. 51

Usamos a expressão "nas condições livremente pactuadas pelas partes", querendo com isto significar que a compra das próprias ações pela sociedade poderá ser efetiva pelo valor de patrimônio líquido contábil, pelo valor de patrimônio líquido a preço de mercado, ou pelo valor nominal, mas nunca por valor notoriamente superior ao de mercado, sob pena de anulação enquadra-se no conceito de distribuição

50 CARVALHOSA cita, entre os autores que defendem esse entendimento: GUNHA PEIXOTO, VALVERDE e PHILOMENO J. DA COSTA (ob. cit., p. 236).

51 O reembolso, a compra de ações para permanência em tesouraria ou cancelamento, não podem ser feitos à conta de reserva específica resultante de determinação legal. Damas, como exemplo, a reserva de capital formada com incentivo fiscal do imposto de renda (sempre ou redução), esse entendimento, que foi, ao que tudo indica, plenamente defendido por LUIZ MELEGA, encontrou posteriormente muitos seguidores (cf. LUIZ MELEGA, em "Sociedades por ações - Estado n. 12", Rev. Tributária, São Paulo, 1978, p. 796).

disfazida de lucros.

O cancelamento, sem redução do capital social, das ações em tesouraria provenientes de reembolso feito a acionista dissidente de deliberação de assembleia geral, pode ser demonstrado como segue: a companhia possui um capital social de Cr\$ 60.000,00, representado por 60.000 ações ordinárias nominativas de Cr\$ 1,00 cada uma, e lucros acumulados de 80.000,00. As ações, todas subscritas e integralizadas, estão distribuídas pelos acionistas do seguinte modo:

Acionista "A"	- Cr\$ 9.000,00	=	15%
Acionista "B"	- Cr\$ 21.000,00	=	35%
Acionista "C"	- Cr\$ 30.000,00	=	50%
Soma	Cr\$ 60.000,00	=	100%

Asociada vai reembolsar, em moeda corrente, as ações pertencentes ao acionista "A" pelo valor do patrimônio líquido a preços de mercado, no caso, Cr\$ 2.33.

Os lançamentos contábeis podem ser os seguintes:

Lucros Acumulados

D	C
(1) 21.000	80.000

Reserva Aplicada no Reembolso de Ações

D	C
21.000 (1)	

Registro contábil da reserva aplicada no reembolso de ações pertencentes a acionista dissidente.

Ações em Tesouraria

D	C
(2) 21.000	

**Conta de Liquidação
de Ações Reembolsadas**

D	C
21.000	(2)

Registro contábil do reembolso de ações a ser pago à conta de lucros e reservas sem diminuição do capital social.

Bancos

D	C
50.000	21.000 (3)

**Conta de Liquidação
de Ações Reembolsadas**

D	C
(3) 21.000	21.000 (2)

(3) Registro contábil do pagamento em dinheiro, da valor do reembolso das ações.

O posterior cancelamento das ações em tesouraria pode ser demonstrado como segue:

Ações em Tesouraria

D	C
(2) 21.000	21.000 (4)

**Reserva Aplicada
no Reembolso de Ações**

D	C
(5) 21.000	21.000 (1)

Capital

D	C
(4) 21.000	21.000 (5)

(4) Registro contábil do cancelamento das ações em tesouraria.

(5) Registro contábil da recomposição simultânea do capital social.

Consoante dispõe o art. 12 da Lei nº 6.404, o número e o valor nominal das ações somente poderão ser alterados nos casos de modificação do valor do capital social ou da sua expressão monetária, de desdobramento ou agrupamento de ações ou de cancelamento de ações autorizado na lei.

No exemplo figurado, com a retirada definitiva do acionista dissidente "A", a composição do capital social, que permaneceu integral, demonstra-se da seguinte forma:

- O acionista "B" tinha 21.000 ações do valor nominal de Cr\$ 1,00 cada uma, passará a ter 24.706 ações do valor nominal de Cr\$ 1,00 cada uma.

- O acionista "C" tinha 30.000 ações do valor nominal de Cr\$ 1,00 cada uma, passará a ter 35.294 ações do valor nominal de Cr\$ 1,00 cada uma.

Na hipótese, sem modificação do valor nominal das ações, foi apenas aumentado o número das ações possuída sem ofensas à integridade do capital social.

2.2.3. Aquisição das próprias ações por doação.

A doação é um contrato previsto no art. 1.165 do C. Civ., segundo o qual, uma pessoa, por liberdade, transfere ao seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita.

A definição legal contém todos os elementos inerentes a esse instituto jurídico:

- caráter contratual;
- liberdade, que é feito essencial e específico do seu conteúdo;
- transferência de bens ou vantagens de um patrimônio a outro com o consequente enriquecimento de uma parte e o empobrecimento da outra.

Dada a natureza contratual, a doação exige o concurso de duas partes: doador e donatário. O doador intervém na relação contratual com o animus donandi, transferindo um bem de seu patrimônio para o do donatário. Este por sua vez, interverá no contrato mediante a aceitação da generosi-

dade.

No dizer de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO necessária é a aceitação do donatário, pois o contrato, não se perfaz, enquanto aquele não manifesta o intento de aceitar de aceitar a liberdade.⁵²

Do ponto de vista fiscal, sempre que o patrimônio de uma pessoa jurídica vier a se enriquecer em decorrência de uma doação, será aplicável a norma que manda inclui-la na formação da matéria tributável.

As doações estão disciplinadas no § 2º do art. 38 do DL n. 1.558, sob o prisma do donatário, isto é, daquele que se enriquece com a liberdade.⁵³

Para não serem tributadas, as doações devem atender as seguintes condições:

- deverem ser registradas como reserva de capital, que somente poderá ser utilizada para absorver prejuízos ou ser incorporada ao capital social;

- deverem ser feitas em cumprimento de obrigação de garantir a exatidão do balanço do contribuinte e utilizadas para absorver supervenientes passivas ou insuficiências ativas.

A partir do exercício financeiro de 1981 as doações serão tributadas quando não forem feitas pelo Poder Público.

Sendo a doação uma liberalidade o custo de aquisição do bem doado é aparentemente inexistente ou, então, será equivalente às despesas originais de sua posse e propriedade.

Sendo gratuita, na doação de ações, a transferência da propriedade para a própria sociedade que as emitiu o custo de aquisição será, em princípio, custo zero ou, então, o equivalente às despesas decorrentes.

No entanto, o fisco impõe nos casos de doações em espécie, a doações em espécie, a doação do preço corrente de mercado para registro da aquisição do bem doado.

Observa NILTON LATORRACA que há uma contradição entre a norma do art. 183 e a norma do art. 182 da L. n. 6.404.⁵⁴

⁵² WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, "O direito das Obrigações", Sarávia, São Paulo, 1958, vol. II, p. 133.

⁵³ Parecer Normativo n. CST-113, de 29 de dezembro de 1978, da Coordenação do Sistema de Tributação.

⁵⁴ NILTON LATORRACA "Comentários à Lei de Sociedades Anônimas", Sarávia, São Paulo, vol. 5, p. 37.

Essa contradição, se levarmos em consideração a hipótese de doação de ações, poderá ser figurada do seguinte modo: como ações doadas são adquiridas a custo zero, deveriam ser contabilizadas na donatária pelo valor simbólico de Cr\$ 1,00 ou, então, pelo valor das despesas, conforme dispõe o art. 183, I, da L. n. 6.404:

"I – Os direitos e títulos de créditos e quaisquer valores mobiliários não classificados como investimentos, pelo custo de aquisição ou pelo valor do mercado, se este for menor..."

Não obstante, manda a alínea d do § 1º do art. 182 da L. n. 6.404 que a doação seja registrada como reserva de capital. A representação contábil seria feita do seguinte modo:

**Ações em Tesouraria
ao Custo**

D	C
(1) 1.000	

Reserva de Capital

D	C
3.000 (1)	

(1) Contabilização da aquisição, por doação, de 9.000 ações ordinárias da própria sociedade, de acordo com o art. 183, I, da L. n. 6.404 (custo simbólico de Cr\$ 1.000).

A contabilização da doação calculada no método de partida dobrada, confirmado pelo art. 182, alínea d, do § 1º, conforme a interpretação do Parecer Normativo n. CST-113, exige o crédito do lançamento da doação na conta Reserva de Capital.

Como bem adverte NILTON LATORRACA, pretende a avaliação do bem a preço de mercado e efetuar uma verdadeira reavaliação em relação ao custo de aquisição.

E, nesse caso, acentua o conhecido tributarista, a reavaliação é um ato espontâneo e, como tal, deveria figurar em reserva específica.

A contabilização seria, então, demonstrada como segue:

Ações em Tesouraria

D	C
(1) 1.00	

Reserva de Capital

D	C
	1.00 (1)

Reavaliação das Ações e Preço de Mercado

D	C
(2) 11.900	

Reserva de Reavaliação

D	C
	11.900 (2)

(1) Contabilização da doação ao custo (valor simbólico).

(2) Contabilização da reavaliação ao valor de mercado (9.000 ações de Cr\$ 1,00 avaliadas a Cr\$ 12.000).

Conclui, então, NILTON LATORRACA que, nas hipóteses de doação, o art. 182 da L. n. 6.404 determina uma reavaliação que fica oculta de reserva de capital:

Ações em Tesouraria

D	C
(1) 12.000	

Reserva de Capital

D	C
	12.000 (1)

(1) Contabilização das ações doadas pelo preço de mercado.

Não obstante a contabilização das ações doadas como reserva de capital, o custo de aquisição da doação será computado na determinação do lucro real quando

a doação não feita pelo Poder Público.

- 2.2.4 A compra quando, resolvida a redução do capital mediante restituição em dinheiro, de parte do valor, das ações, o preço destas em bolsa for inferior ou igual à importância que deve ser restituída.

As operações de aquisição e alienação previstas nas alíneas b e c do § 1º do art. 30 da L. n. 6.404, independem de autorização estatutária ou de decisão da assembleia geral.

Correspondem ao art. 47 da Lei do Mercado de Capitais.

A compra autorizada pela alínea d do § 1º do art. 30, ao contrário, constitui operação excepcional, que necessita de autorização estatutária ou de decisão da assembleia. Corresponde ao art. 19 do DL n. 2.627.

Nas companhias abertas a aquisição das próprias ações obedecerão às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

As ações adquiridas nas condições previstas nas alíneas d do § 1º do art. 30 da L. n. 6.404 serão retiradas definitivamente de circulação.

A redução do capital mediante restituição em dinheiro de parte do valor das ações integra o conceito de "redução vinculada" de forma que a capitalização de lucros e reservas nos cinco (5) anos anteriores ou posteriores à compra acarretará a equiparação a lucros distribuídos, a teor dos arts. 376 e 377 do D. n. 85.450.

Do ponto de vista contábil há duas situações a considerar:

a) Compra por preço igual ao valor da restituição:

Capital

D	C
(1) 9.000	60.000

Ações Compradas

D	C
	9.000 (1)

(1) Contabilização da redução do capital conforme deliberação da assembleia geral.

Bancos

D	C
	9.000 (2)

Ações Compradas

D	C
(2) 9.000	9.000 (1)

(2) Contabilização do pagamento de 9.000 ações ordinárias conforme deliberação da assembleia geral, pelo valor de Cr\$ 1,00 cada uma, igual ao valor da restituição.

b) Compra por preço inferior ao valor de restituição:

Capital

D	C
(1) 9.000	60.000

Ações Compradas pela Sociedade

D	C
	9.000 (1)

(1) Contabilização da redução do capital conforme deliberação da assembleia geral.

Bancos

D	C
	7.000 (2)

Ações Compradas

D	C
(2) 9.000	9.000 (1)

Lucros e Perdas

D	C
	2.000 (2)

(2) Registro contábil do pagamento pela compra de Cr\$ 7.000,00, inferior ao valor de restituição, em consequência da redução do capital social e do lucro verificado na compra supra.

2.2.5. Acionista Remisso

Verificada a morte do acionista a companhia poderá, à sua escolha, promover contra o acionista remisso a cobrança judicial por processo de execução da dívida vencida ou, então a venda extrajudicial das ações em bolsa de valores, por conta e risco do acionista (art. 107, da L. n. 6.404/76).

Se a companhia não conseguir a integração das ações por qualquer desses meios, poderá declará-las caducas e fazer suas as entradas realizadas, integralizando-as com lucros ou reservas, exceto a legal.

Se a companhia pode, por lei, fazer suas as entradas realizadas, o acionista remisso perderá aquilo que pagou.

Inexistindo lucros ou reservas suficientes para a integralização das ações consideradas caducas, terá a companhia o prazo de um ano para colocar as ações caducadas, findo o qual, não tendo sido encontrado comprador, a assembleia geral deliberará sobre a redução do capital na proporção das ações caídas em comissão.

Ao que entendemos, a integralização, pela sociedade, das ações consideradas caducadas mediante a utilização de lucros ou reservas, exceto a legal, só se operará relativamente às ações caídas em comissão (não integralizadas), excluída, naturalmente, a parte já integralizada pelo acionista remisso.

Suponhamos que a sociedade ABC apresente a seguinte situação:

Ativo

Caixa	900.00
Ações a integralizar	70.000
Outras contas	100.000
Total	660.000

Passivo

Capital	500.000
Lucros acumulados	150.000
Total	<u>650.000</u>

Os lançamentos contábeis da exclusão do acionista remissário, cujas ações foram consideradas caducadas pela companhia (Cr\$ 70.000), podem ser demonstrados como segue:

Lucros Acumulados

D	C
(1) 100.000	150.000

Reserva destinada à integralização de ações caídas em comissão

D	C
100.000 (1)	

(1) Registro contábil da reserva destinada à integralização das ações caídas em comissão.

Ações em Tesouraria

D	C
(2) 100.00	

Liquidação de ações consideradas caducadas

D	C
100.000 (2)	

(2) Registro das ações cuja integralização será feita com reserva de lucros ou outras reservas, exceto a legal.

Ações a integralizar com reservas de lucros

D	C
70.000	70.000 (3)

Liquidação de ações consideradas caducadas

D	C
(3) 100.000	100.000 (2)

Lucros acumulados

D	C
(1) 100.000	150.000
	30.000

(3) Integralização, pela companhia, das ações consideradas caducadas.

Após a exclusão do acionista remissário e a integralização, pela companhia, das ações consideradas caducadas, o ativo e o passivo da sociedade ABC apresentam-se como segue:

Ativo

Caixa	430.000
Outras contas	150.000
Total	<u>580.000</u>

Passivo

Capital	500.000
Lucros acumulados	80.000
Reservas	
Integr. de ações.....	100.000
Ações em Tesouraria...[100.000]	—
Total	<u>580.000</u>

Segundo nosso entendimento, aquilo que o acionista pagou e depois perdeu para a companhia (Cr\$ 30.000) deverá ser adicionado ao lucro líquido do exercício para fins de determinação do lucro real, pois não encontramos na legislação do Imposto de Renda em vigor nenhum dispositivo que ampare a exclusão.

Ações em tesouraria oriundas da integralização com lucros ou reservas de ações da companhia caídas em comissão são suscetíveis de alienação ou cancelamento.

O cancelamento dessas ações sem redução do capital social pode, a teor da letra b do § 1º art. 30 da L. n. 6.404/76, ser efetuado como segue:

Ações em Tesouraria

D	C
100.000	100.000 (1)

Reserva destinada à integralização de ações caídas em comissão

D	C
(2) 100.000	100.000

Capital

D	C
(1) 100.000	500.000
	100.000 (2)

(1) Registro contábil do cancelamento das ações em tesouraria.

(2) Contabilização simultânea da recompensação do capital social.

2.2.8 Ações incorporadas substituídas por ações em tesouraria da incorporadora.

O incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Na incorporação uma das sociedades subsiste e absorve as demais que se dissolvem, a fim de serem incorporadas.

Não há criação de sociedade nova. O processo de incorporação ocasiona a extinção de uma ou de mais sociedades que passam a fazer parte de outra que subsiste, alargando a sua esfera de ação e acrescentando os seus próprios direitos e obrigações, que permanecem intactos, aos direitos e obrigações da sociedade ou sociedades que a ela se incorporam.

De acordo com a doutrina duas situações jurídicas distintas podem acunular-se na sociedade incorporada:

a) Incorporação com subscrição de aumento de capital da incorporadora a ser integralizado com a transmissão do patrimônio líquido da incorporada mediante emissão de ações que são entregues aos acionistas da incorporada em troca das ações que possuíam na incorporada.

A incorporadora é destinatária de

uma contribuição social em que se traduz a versão do patrimônio líquido para a realização do aumento de capital subscrito.

A hipótese se verifica sempre que há outros acionistas da sociedade incorporada além da incorporadora.

b) Incorporação de empresa controlada cuja totalidade do capital (ou parte do capital) já pertence à incorporadora. Na situação delineada não há aumento de capital, mas uma simples substituição do investimento na outra empresa pelo patrimônio líquido que ele representa.

Na primeira situação jurídica são emitidas ações como contraprestação pela transmissão do patrimônio da empresa incorporada. A incorporação é, no caso, um ato que complementa um contrato de compra e venda. A aquisição do patrimônio da empresa Incorporada já verificou antes da incorporação, quando foram adquiridas as suas ações mediante pagamento em dinheiro.

Quando a sociedade Incorporadora já possui no seu ativo a totalidade Incorporadora há possuir no seu ativo a totalidade das ações da Incorporadora, a incorporação ocorre economicamente antes da incorporação de direito. A incorporação se verifica, de direito, quando da extinção da Incorporadora e no momento da transmissão do patrimônio para a Incorporadora. Como esse patrimônio já figura no ativo da Incorporadora, representado por ações do capital da Incorporadora, verifica-se, em consequência, uma sucessão a título universal.

Quando, porém, a Incorporadora é titular de ações ou quotas da sociedade Incorporadora, verifica-se a realização de um investimento com versão da parte do patrimônio que ele representa. Na opinião da doutrina, não se pode equiparar essa transação à compra e venda, eis que esta já teria ocorrido anteriormente, quando as ações foram adquiridas. Com efeito: a aquisição das ações é ato distinto de incorporação e não conduz necessariamente à incorporação.

Nas incorporações em que a Incorporadora é a única acionista da Incorporadora é a única acionista da Incorporadora, o valor das ações nos livros da Incorporadora é substituído pelos ativos e passivos da Incorporadora.

Nos precisos termos do § 1º do art. 226 da L. n. 6.404/76, as ações ou quotas do

capital da sociedade a ser incorporada que forem de propriedade da companhia incorporadora poderão, conforme dispuser o protocolo de incorporação, ser extintas ou substituídas por ações em tesouraria da incorporadora, até o limite dos lucros acumulados e reservas, exceto a legal. O mesmo princípio aplica-se aos casos de fusão e de cisão com incorporação.

Figuremos a seguinte situação de ordem prática: a sociedade Branca S/A pretende se dissolver tendo em vista a sua incorporação pela sociedade Azul S/A. A sociedade incorporada já é sócia da sociedade a ser incorporada, com um investimento que representa 50% do capital social de investida. O capital social da sociedade Branca S/A, inteiramente realizado, é de Cr\$ 300.000,00, representado por 300.000 ações ordinárias nominativas de Cr\$ 1,00 cada uma, e está distribuído de seguinte forma entre os acionistas: I) Sociedade Azul S/A - 150.000 ações ordinárias normativas; II) Outros acionistas - 150.000 ações ordinárias normativas.

A diretoria da sociedade Branca S/A resolveu propor aos acionistas da companhia a incorporação da sociedade à sociedade Azul S/A, com a consequente extinção da empresa e encerramento de suas atividades. A incorporação será feita pelo valor do patrimônio líquido da sociedade Branca S/A. Os acionistas da incorporada receberão ações novas da companhia incorporadora, em virtude do aumento de capital integralizado com versão do patrimônio social da incorporada. As ações do capital da sociedade a ser incorporada que forem de propriedade da companhia incorporada não serão extintas.

Segue-se que, no caso, serão emitidas ações novas em relação a parte do investimento já pertencente à própria incorporadora. Ressalta-se, todavia, que as ações do capital da sociedade a ser incorporada e que já pertencem à própria companhia incorporadora serão substituídas por ações em tesouraria da incorporadora até o limite dos lucros acumulados e reservas, exceto a legal.

No hipótese figurada os acionistas das sociedades envolvidas determinaram que as ações do capital da incorporadora serão substituídas pelo valor patrimonial de Cr\$ 1.186.666 e que as ações do capital da incorporadora que consumavam do ativo

da sociedade incorporada não serão extintas, permanecendo em tesouraria, na incorporadora, até o limite de lucros ou reservas, exceto a legal.

A incorporação será feita pelo valor do patrimônio líquido da sociedade Branca S/A, a ser apurado em avaliação que atenderá ao disposto no art. 227, § 1º da L. n. 6.404/76, e ao balanço levantado para fins de incorporação, e que é o seguinte:

Ativo

Caixa	100.00
Estoques	200.00
Títulos a receber	100.00

Total 400.00

Passivos

Capital	300.00
Títulos a pagar	100.00

Total 400.00

Por seu turno, o balanço da sociedade incorporadora é o seguinte:

Ativo

Bancos	2.700.000
Investimentos na Branca	150.000
Bens imóveis	650.000

Total 3.500.000

Passivo

Capital	3.000.000
Lucros acumulados	500.000

Total 3.500.000

O processo de incorporação de sociedades com ações da incorporada substituídas por ações em tesouraria da incorporadora pode ser efetuado de acordo com o seguinte esquema contábil:

a) Na sociedade incorporada debitam-se os elementos passivos a crédito de uma conta denominada Conta de Dissolução e creditam-se os elementos ativos a débito da referida conta;

b) Na sociedade incorporadora de-

ve-se levar em conta a subscrição das ações dos sócios da sociedade e a transferência dos elementos ativos. Na subscrição de ações (ou quotas) debitam-se os sócios em conta de capital pelas ações que possuam na sociedade incorporada, a crédito da conta de capital. Na transferência dos elementos ativos e passivos deve-se debitar os elementos ativos, a crédito de uma conta especial da sociedade incorporadora, que pode ser denominada Conta de Incorporação, e creditar os elementos passivos a débito dessa mesma conta.

A importância correspondente ao capital da sociedade incorporada será dividida entre os sócios, a quem se creditará a respectiva ação em conta de capital – em vez de se creditar a conta de capital da sociedade –, e a débito da conta de incorporação.

Na sociedade incorporada, que se dissolve, o esquema pode ser demonstrado como segue:

- Pelos elementos ativos:

Caixa

D	C
100	100 (1)

Estoques

D	C
200	200 (2)

Títulos a Receber

D	C
100	100 (3)

Conta de Dissolução

D	C
(1)	100
(2)	200
(3)	100

- (1) Pelo encerramento da conta ativa.
- (2) Pelo encerramento da conta ativa.
- (3) Pelo encerramento da conta ativa.

- Pelos elementos passivos:

Capital	
D	C
(4)	300
	300
Títulos a Pagar	
D	C
(5)	100
	100
Conta de Dissolução	
D	C
(1)	100
(2)	200
(3)	100

- (4) Pelo encerramento da conta passiva.
- (5) Pelo encerramento da conta passiva.

Quanto à escrituração nos livros da sociedade incorporada, poderá ser demonstrada como segue:

a) Subscrição de ações da incorporadora pelos acionistas da sociedade incorporada:

Conta de Capital

D	C
(1)	129
(1)	129

Capital da Incorporadora

D	C
	3.000
	258 (1)

- (1) Pela subscrição de ações novas no capital social da incorporadora.

b) Transferência dos elementos ativos:

Caixa

D	C
(2)	100

Estoques

D	C
(2) 200	

Títulos a Receber

D	C
(4) 100	

Conta de Incorporação

D	C
100 (2)	
200 (3)	
100 (4)	

(2) Pela transferência do saldo da conta ativa.

(3) Pela transferência do saldo da conta ativa.

(4) Pela transferência do saldo da conta ativa.

(c) Transferência dos elementos passivos, encerramento da conta de incorporação, substituição de ações da incorporadora e apuração do ganho ou perda de capital como resultado da incorporação;

Títulos a Pagar

D	C
100 (5)	

Conta de Capital

D	C
(1) 129	258 (6)
(1) 129	

Conta de Incorporação

D	C
(6) 100	100 (2)
(6) 258	200 (3)
	100 (4)

(5) Pelo elemento passivo transferido para esta sociedade tendo em vista a incorporação.

(6) Pelos elementos passivos transferidos para esta sociedade tendo em vista a incorporação.

A substituição de ações da incorporadora por ações em tesouraria da incorporadora e a apuração do ganho ou perda da incorporação demonstram-se como segue:

Lucros Acumulados da Incorporadora

D	C
(7) 129	600

Reserva destacada para substituir o investimento por ações em tesouraria

D	C
	129 (7)

(7) Registro contábil de reserva destacada para substituição do investimento por ações em tesouraria.

Ações em tesouraria

D	C
(8) 129	

Investimento da Incorporadora

D	C
150	129 (8)

(8) Registro contábil das ações em tesouraria.

Conta de Incorporação

D	C
(5) 100	100 (2)
(6) 258	200 (3)
(9) 42	100 (4)

Investimento

D	C
150	129 (8)
	21 (10)

Ganho de Capital na Incorporação

D	C
(10) 21	42 (9)

(9) Pelo encerramento da conta de incorporação.

(10) Registro contábil do ganho ou perda do capital do capital apurado na liquidação do investimento.

Após a incorporação, o balanço da sociedade incorporadora pode ser demonstrado como segue:

Ativo

Caixa	100
Bancos	2.700
Estoque	200
Títulos a Receber	100
Bens Imóveis	650
Total	3.750

Passivo

Títulos a pagar	100
Capital	3.250
Reserva destacada	129
Ações em Tesouraria	(129)
Lucros Acumulados	371
Ganho (ou Perda) na Incorporação ..	21
Total	3.750

Quanto a incorporação é titular de ações ou quotas da sociedade incorporada o investimento se realiza com versão da parte do patrimônio líquido que elas representam.

No parte em que a versão do patrimônio líquido corresponde a ações ou quotas já detidas pela sociedade incorporadora verifica-se a realização do investimento e, portanto, um ganho ou perda de capital.

A substituição de ações, na proporção das anteriormente possuídas, ocorrida em virtude de incorporação, cisão e fusão, pela transferência de parcelas de um patrimônio para o de outra, não caracteriza alienação, para efeito da incidência do imposto de renda de que trata o DL n. 1.510/76.

3. AQUISIÇÃO DAS PRÓPRIAS AÇÕES POR PERMUTA NAS COMPANHIAS BENEFICIÁRIAS DO FINOR

31. A sistemática de incentivos fiscais com base no FINOR

As empresas cujos projetos forem reconhecidos pelo Conselho Deliberativo da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE) como de interesse para o desenvolvimento econômico do Nordeste deverão atender às condições indicadas no DL n. 1.376, para efeito de beneficiar-se da aplicação de recursos do Fundo de Investimentos do Nordeste (FINOR). 55

Dentre outras condições exigidas pela legislação, compete à empresa beneficiária:

a) promover o aumento de seu capital social para absorver os recursos a serem subscritos pelo FINOR, bem como os recursos próprios aportados em contrapartida, obedecida a proporcionalidade correspondente à faixa de prioridade em que foi classificado o projeto;

b) emitir, em favor do FINOR, as ações correspondentes a subscrição feita referido Fundo.

As companhias beneficiárias dos incentivos fiscais recehem a colaboração do FINOR mediante aporte de recursos representados pela contrapartida dos lucros gerados no exercício, capitalizados de acordo com o art. 9º da Portaria n. 83, de SUDENE. 56

As empresas cujas ações integram a carteira do FINOR deverão possuir Registro Especial Simplicado (art. 21 do Regulamento Anexo à Resolução n. 381 e Circular n. 316, do Banco Central do Brasil). 57

Mesmo as sociedades anônimas de

55. DL n. 1.376, de 12 de dezembro de 1976.

56. Portaria n. 83, de 30 de abril de 1976.

57. Resolução n. 381, de 26 de junho de 1976 e Circular n. 316, de 19 de novembro de 1976.

capital fechado e fixo (ou comum) estão sujeitas, senão ao controle ostensivo da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), pelo menos à sua disciplina e às normas fiscalizadoras impostas pela L. n. 8.386.⁵⁸

As ações de empresas cujos projetos tenham sido beneficiados com recursos do FINOR, de acordo com o mecanismo regulamentado pelo Conselho Monetário Nacional, mesmo sendo de capital fixo (ou comum) e fechado, serão negociadas em pregão nas bolsas de Valores.

Nada impede que essas empresas com projetos pelo FINOR mediante indicação em sua declaração de rendimentos, optem pela aplicação de até 25% do imposto de renda devido no Fundo de Investimento do Nordeste.

As parcelas do imposto de renda, incluindo as opções para incentivos fiscais, são recolhidas através de documentos de arrecadação nos bancos autorizados a receber recolhimentos federais.

Esses bancos repassam todo o montante arrecadado para o Banco do Brasil, de acordo com previsão percentual fixada, anualmente, pelo Ministério da Fazenda, e transfere para o BNB, de total recebido, a parcela correspondente ao FINOR.

Os recursos recebidos pelo Banco do Nordeste do Brasil são, então, aplicados em projetos considerados pela SUDENE de interesse para o desenvolvimento da região, sob a forma de subscrição de ações, participação societária ou, excepcionalmente, aquisição de debêntures conversíveis ou não em ações, mediante autorização do Poder Executivo.

Anteriormente, a Secretaria da Receita Federal, com base nas opções exercidas e efetivos recolhimentos, expedida, para cada exercício, certificados de aplicação relativos às parcelas de incentivos recolhidos dentro do exercício, e denominados CAIFS.

Os Certificados de Aplicações em Incentivos Fiscais (CAIFS) não são atualmente emitidos.

A partir de 1980 os próprios bancos operadores processam a entrega do Certificado de Investimento (CI) independentemente de apresentação do CAIF, baseados, apenas, em fitas magnéticas que lhes serão fornecidas pela Secretaria da Receita Fed-

ral.

O Certificado de Investimento (CI) é um documento nominativo e endossável, criado pela nova sistemática de Incentivos Fiscais, através do qual o investidor comprova a propriedade de quotas dos diversos Fundos de Investimentos Regionais e Setoriais.

De posse do Certificado de Investimento do FINOR (CI) a empresa poderá utilizá-lo de três formas distintas:

a) adquirir, em pregão, ações de empresas cujos projetos tenham sido beneficiados com recursos do FINOR, de acordo com o mecanismo regulamentado pelo Conselho Monetário Nacional;

b) vender, em Bolsa, a outros investidores, transferindo seus direitos sobre o mesmo, mediante endoso;

c) dar em caução a órgãos públicos federais de administração direta e indireta.

A essas três formas acrescentaríamos mais uma: aplicação, em seus próprios projetos, a títulos de reinvestimento, dos recursos que tenha a empresa deduzido do imposto de renda com opção para o FINOR e equivalentes aos valores dos respectivos certificados de aplicação, obedecidos os limites de incentivos fiscais que lhes tenham sido deferidos pela SUDENE, e os montantes anuais de aplicação, constantes do calendário de Inversões e Mobilizações de Recursos.

Os certificados de aplicação são posteriormente permutados no prazo de um (1) ano, a partir de sua emissão, por ações da empresa beneficiária optante, subscritas pelo FINOR.

Os títulos aquisitados serão desdobrados em nome dos acionistas da empresa beneficiária e distribuídos, a título de bonificação, na proporção das ações possuídas na data de permuta, permanecendo intransferíveis pelo prazo de quatro (4) anos.

3.2 Aquisição, em pregão, das próprias ações da empresa, cujo projeto é beneficiado com recursos do FINOR.

A legislação tributária vigente facilita às pessoas jurídicas o direito de optar, através da Declaração de Rendimentos, pela aplicação em incentivos fiscais de parte do imposto de renda devido.

a base do cálculo da opção para apli-

cação em incentivos fiscais é o imposto de renda deduzido das parcelas de isenção ou redução do imposto e da parcela de redução por reinvestimento (art. 23 da L. n. 5.808).⁵⁹

Os recursos do imposto de renda arrecadados, com, com exceção das parcelas correspondentes à opção para investimento na EMBRAER, são administrados por Fundos de Investimentos, instituídos pelo DL n. 1.376: Fundo de Investimento do Nordeste (FINOR), Fundo de Investimento Setorial (FISE).

O DL n. 1.752 alterou a redação do art. 15 do DL n. 1.376, extinguindo o Certificado de Aplicações em Incentivos Fiscais (CAIF).⁶⁰

A partir de 1980, a Secretaria da Receita Federal, com base nas opções exercidas encaminhará, em cada exercício, aos Fundos de Investimentos e à EMBRAER, registros de processamento eletrônico de dados que constituirão ordens de emissão de certificados de investimentos e ações novas da EMBRAER, em favor das pessoas jurídicas optantes.

As pessoas jurídicas optantes deverão procurar até o dia 30 de setembro do segundo ano subsequente ao exercício financeiro a que corresponder a opção, junto aos Fundos de Investimentos, os Certificados de Investimentos, sob pena de o valor correspondente ser revertido em favor dos Fundos de Investimentos.

De posse do Certificado de Investimento do FINOR, a pessoa jurídica optante poderá adquirir, em pregão, as suas próprias ações que são negociadas em Bolsa, por ser a companhia beneficiária de recursos do FINOR com projeto devidamente aprovado pela SUDENE.

A pessoa jurídica também poderá adquirir, de terceiros, os Certificados de Investimentos, e utilizá-los para aquisição de suas próprias ações.

A conversão dos Certificados de Investimento (quotas do FINOR) por ações, da própria ou de outra empresa, caracteriza uma permuta de valores mobiliários.

Em reforço desse entendimento, invocamos o próprio DL n. 1.376, que determina, em seu art. 18, § 1º, que:

"§ 1º - Na hipótese prevista neste

artigo, os bancos operadores anteciparão, em negociação direta a permuta (grifamos) dos títulos pelos certificados de aplicação, pelos respectivos valores nominais."

Não tendo havido qualquer pagamento em dinheiro fica caracterizada a aquisição das próprias ações de permuta do certificado de investimento.

A aquisição das próprias ações, com recursos de incentivos fiscais, poderá ser demonstrada como segue: a empresa beneficiária dos incentivos fiscais do FINOR apresentou um lucro real de Cr\$ 200.000 provisionou 35% para pagamento do imposto de renda:

Resultado do Exercício

D	C
(1) 70.000	

Provisão para Imposto de Renda

D	C
	70.000 (1)

(1) Constituição da provisão para Imposto de renda.

Bancos

D	C
	70.000 (1)

Provisão para Imposto de Renda

D	C
(2) 70.000	70.000 (2)

(2) Registro contábil do pagamento do imposto devido, incluída a parcela de 25% do FINOR.

Ativo Circulante-Aplicação em Incentivos Fiscais do FINOR

D	C
(3) 17.500	

58 L. n. 5.808, de 11 de outubro de 1968.

59 L. n. 1.752, de 31 de dezembro de 1979.

**Reserva de Capital
Orlunda de Incentivos Fiscais**

D	C
17.500 (3)	

(3) Registro contábil da aplicação do FINOR.

**Ativo Circulante-Aplicação
do Incentivos Fiscais do FINOR**

D	C
(3) 17.500	17.500 (4)

**Ativo Circulante-Aquisição
das Próprias Ações mediante
permute do CI**

D	C
(4) 17.500	

(4) Contabilização da permuta do CI pelas próprias ações da companhia com projeto aprovado pelo FINOR.

As operações com as próprias ações, vimos, estão previstas no art. 30 da L. n. 6.404. A legislação define que, no caso de companhia aberta, deverá ser observada a disposição que a Comissão de Valores Mobiliários baixar a respeito do assunto.

Nas sociedades fechadas, essas operações independem de decisão da assembleia geral ou da ingerência da CVM.

Se a empresa recebe suas próprias ações em troca do Certificado de Investimento (CI), está realizando uma aquisição mediante permuta.

Como bem observa o festejado WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, as coisas permutadas não precisam ser de idêntico valor; a troca continua sendo troca, mesmo havendo torna ou recomposição em dinheiro.⁶¹

Não há disposição específica na legislação do imposto de renda sobre o caso da troca ou permuta de bens.

Se a empresa que permuta o bem registra a substituição sem alterar o custo de aquisição pelo qual o bem dado em tro-

ca constava do seu ativo, atribuindo esse mesmo valor ao bem recebido na permuta, não haverá qualquer diferença de ativo a registrar: o custo de aquisição do bem recebido na permuta continua a ser o custo de aquisição do bem dado em troca, sendo irrelevante saber se bem recebido em permuta tem efetivamente um valor de mercado diferente.

Se, no entanto, a empresa recebe em troca bem de valor maior e o reconhece por esse valor maior modificando o valor do ativo correspondente ao bem dado, em troca, essa aumento passará a representar um ganho sujeito à tributação.

Se, por outro lado, a empresa receber em troca bem de valor inferior e o reconhecer por esse menor modificando o valor do ativo correspondente ao bem dado em troca, essa diminuição passará a representar uma perda.

Perda, a nosso ver dedutível para fins de imposto de renda pois, só não terá dedutível na determinação do lucro real, a perda apurada na alienação ou baixa de investimento adquirido mediante dedução do imposto de renda devido pela pessoa jurídica (art. 318 do D. n. 85.450 - art. 6º do DL n. 1.648).⁶²

em se tratando, porém, de permuta de Certificados de Investimento (CI) por quotas do FINOR para aquisição de ações própria empresa, negociadas em Bolsa através de pregão, não haverá ganho ou perda na troca, vez que a permuta se dará pelo mesmo valor do CI correspondente, como segue: a companhia possui um CI de Cr\$ 17.500, representativo de 17.500 quotas do FINOR cotadas, no dia da permuta, ao valor de Cr\$ 1.00 (patrimonial).

A companhia permuta as 17.500 quotas do FINOR por ações da sua própria empresa pelo valor cotado da ação correspondente a Cr\$ 2,70. O registro contábil da permuta pode ser demonstrado como segue:

**Ativo circulante-Aquisição
das Próprias Ações mediante
Permute do CI**

D	C
(1) 17.500	

62 DL n. 1.648, de 18 de dezembro de 1978.

**Ativo Circulante – aplicação
em Incentivos
Fiscais do FINOR**

D	C
17.500	17.500 (1)

(1) Registro contábil da permuta de 17.500 quotas do FINOR cotadas a Cr\$ 1.00 cada uma, por 6.481 ações da própria empresa, cotadas pelo valor de Cr\$ 2,70.

As ações adquiridas através de permuta devem ser contabilizadas pelo seu valor de troca.

No exemplo dado a empresa comprou apenas 6.481 das 17.500 ações que estavam na Bolsa para negociação através do pregão.⁶³

3.3. Aquisição das ações da empresa beneficiária optante para desdobramento em nome dos acionistas, mediante permuta por Certificado de Investimento (CI), nas operações de reinvestimento pela SUDENE:

As empresas beneficiárias poderão aplicar em seus próprios projetos, a título de reinvestimento, os recursos que tenham deduzido do imposto de renda com opção para o FINOR, e equivalentes aos valores dos respectivos certificados de investimentos, obedecidos os limites de incentivos fiscais que lhe tenham sido deferidos pela SUDENE.

Atualmente, os próprios bancos operadores do FINOR processarão a entrega do Certificado de Investimento (CI) baseados em fita magnética que lhes será fornecida pela Secretaria da Receita Federal.

63 A conversão das quotas do FINOR por ações caracteriza permuta de valores mobiliários. Se a operação realizada não for com as próprias ações, mas resultar no recebimento de ações de uma empresa controlada ou coligada e na consequente obrigação anual de avaliar o investimento adquirido por permuta de acordo com o sistema de equivalência patrimonial, o ágio ou deságio verificado na permuta deverá ser registrado na escrita comercial, na data da aquisição do investimento. A diferença, para mais ou para menos, entre o valor de aquisição e o valor patrimonial, deverá ser refletida no balanço, como conta aumentadora ou redutora do investimento.

Assim, ao receber a opção da empresa pelo reinvestimento, o FINOR subscreve e integraliza, no ato, ações da empresa beneficiária-optante, que emite um título múltiplo em favor do FINOR.

Posteriormente, o Certificado de Investimento (CI) será permitido por ações da própria empresa beneficiária-optante, subscritas e integralizadas pelo FINOR.

O título múltiplo, adquirido por permuta do CI, será então desdobrado em ações da empresa beneficiária, e distribuído sob a forma de ações e a título de bonificação, na proporção das ações possuídas na data da permuta, permanecendo intransfériveis pelo prazo de quatro (4) anos, conforme disposto no art. 11, § 2º, da Portaria n. 83, da SUDENE.

O desdobramento é um processo autorizado pelo art. 12 da L. n. 6.404.

A empresa beneficiária que registrar contabilmente a opção para o reinvestimento do certificado de aplicação no próprio projeto, em conta de ativo, deverá eliminar posteriormente a representação gráfica dessa parcela de imposto de renda correspondente à sua opção pelo FINOR.

Na verdade, opção para reinvestimento no próprio projeto da empresa beneficiária do FINOR. Com base no art. 18 do DL n. 1.376 e art. 11 da Portaria n. 83, da SUDENE, não representa um investimento da companhia: ao subscrever e integralizar, no ato, o aumento de capital com recursos do imposto de renda devido (25%), o Banco do Nordeste do Brasil transfere para a empresa beneficiária-optante os recursos do tributo que lhe forem repassados pelo Banco do Brasil.

Os recursos aplicados pelo BNB no projeto, sob a forma de subscrição de ações emitidas, em nome do FINOR, não representam um investimento da empresa beneficiária-optante.

Logo, a contabilização, para fins de controle, do processo de reinvestimento na própria empresa, deverá ser transitória e eliminada assim que a empresa proceda ao desdobramento das ações, permitindo o CI pelo título múltiplo emitido em nome do FINOR.

O registro contábil dessa opção de investimento pode ser feito como segue:

Resultado do Exercício

D	C
(1) 70.000	

Provisão para Imposto de Renda

D	C
70.000 (1)	

(1) Registro contábil da provisão para Imposto de renda.

Bancos

D	C
70.000 (2)	

Provisão para Imposto de Renda

D	C
(2) 70.000	70.000 (1)

(2) Contabilização do pagamento do Imposto de renda (inclusive incentivos fiscais).

Bancos

D	C
(3) 17.500	70.000 (2)

Capital

D	C
17.500 (3)	

(3) Subscrição e integralização, no ato, pelo BNB, de ações da companhia emitidas em nome do FINOR, em montante equivalente aos recursos do incentivo fiscal (25% do imposto de renda devido).

A contabilização transitória do investimento pode ser assim demonstrada:

Aplicação do FINOR
Art. 18 da Port. n. 83

D	C
(4) 17.500	

Reinvestimento
Art. 18 do DL n. 1.376

D	C
17.500 (4)	

(4) Registro contábil do reinvestimento na própria empresa.

A eliminação da conta transitória, por ocasião da permuta do CI pelo título múltiplo do FINOR, com desdobramento em nome dos acionistas da empresa, pode ser efetuada como segue:

Aplicação do FINOR
Art. 18 da Port. n. 83

D	C
(4) 17.500	17.500 (5)

Reinvestimento - Art. 18
do DL n. 1.376

D	C
(5) 17.500	17.500 (4)

(5) Registro contábil de eliminação da conta transitória que mostrava a aplicação do incentivo fiscal em reinvestimento no projeto da empresa.

3.3.3 Capitalização em dobro do reinvestimento previsto no art. 11 da Portaria n. 83, da SUDENE.

As empresas beneficiárias que aplicam em seus próprios projetos, a título de reinvestimento, recursos deduzidos do Imposto de renda, com opção para o FINOR, devem eliminar o registro contábil do benefício fiscal, caso tenham adotado a prática de demonstrá-lo em conta transitória de ativo, quando por ocasião da liberação do recurso do imposto de renda pelo BNB, sob

a forma de subscrição de ações da empresa.

é recomendável que a eliminação da conta transitória seja efetuada assim que a empresa permute o Certificado de Investimento (CI) pelo título múltiplo emitido em nome do Fundo de Investimentos do Nordeste.

A eliminação da conta transitória, nessa ocasião, evitará que a empresa capitalize, inadvertidamente, um reinvestimento que tecnicamente inexiste, pois a representação gráfica da aplicação não constitui reserva suscetível de utilização para o aumento de capital, embora demonstrada no patrimônio líquido.

A capitalização indevida acarretará distribuição de dividendos em ações sem que haja a reserva correspondente, o que se nos afigura um procedimento contrário ao art. 201 da L. n. 6.404.

4. A SOCIEDADE ANÔNIMA UNIPESSOAL

A sociedade anônima pode adquirir suas próprias ações, sem que isso implique na retirada definitiva da circulação, eis que não haverá redução do capital social subscrito.

Quando aos limites da aquisição, a doutrina aponta dois:

a) a sociedade anônima não poderá ter menos de dois acionistas durante mais de um exercício social, a teor da alínea d, I, do art. 206 da L. n. 6.404, que reza:

"Art. 206 – Dissolve-se a companhia:
I – de pleno direito:

d) pela existência de um único acionista, verificada em assembleia geral ordinária, se o mínimo de dois não for restituído até à do ano seguinte, ressalvado o disposto no art. 251".

b) a compra tem por limite o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, podendo a companhia utilizar recursos dessas duas fontes, ou apenas uma delas, caso seja suficiente para a compra das suas próprias ações.

Na hipótese de reembolso de ações o valor do reembolso poderá ser pago à conta de lucros ou reservas, exceto a legal; nesse caso, as ações reembolsadas ficarão em tesouraria e a operação não acarretará

redução do capital social.

Se por outro lado, as ações forem reembolsadas à conta do capital social, este considerar-se-á reduzido no montante correspondente quando, no prazo de cento e vinte (120) dias a contar da publicação da ata da assembleia, não forem substituídos os acionistas cujas ações tenham sido reembolsadas à referida conta.

Queremos com isso ressaltar que, de acordo com a legislação vigente, é possível a existência de uma sociedade anônima com apenas um único acionista, nos seguintes prazos e circunstâncias:

a) durante um (1) ano, contado da assembleia geral ordinária que constatar a existência de um único acionista, até a realização da assembleia do ano seguinte, nas hipóteses de aquisição para permanência em tesouraria ou cancelamento, ou por doação;

b) durante quatro (4) meses, contados da data da publicação da ata da assembleia que autorizar o reembolso à conta do capital social.

Numa sociedade anônima de dois acionistas, a companhia não se dissolverá pleno jure, quando constatada a existência de um único acionista pela assembleia geral ordinária, nos casos de dissidência com reembolso de ações, ou nas hipóteses de aquisição de ações.

A sociedade anônima unipessoal não somente aquela subsidiária integral constituida uma sociedade brasileira (art. 251 da L. n. 6.404/76).

A sociedade anônima unipessoal também existe no direito brasileiro, como vimos, tendo como origem uma operação de aquisição de ações e uma operação de reembolso de ações.

A chamada sociedade anônima unipessoal, constituída de um único acionista da sociedade brasileira (companhia subsidiária integral), exclui, de logo, a pessoa natural.

A sociedade anônima unipessoal que se originar de uma operação de aquisição de ações, ou de uma operação de reembolso de ações, poderá subsistir com um único acionista, a teor do art. 206, I, alínea d, da L. n. 6.404/76, até a Assembleia Geral Ordinária do ano seguinte àquela em que se comprovar a existência de um único acionista, pessoa natural ou jurídica.

A sociedade anônima unipessoal

admitida pela alínea d, inciso I, do art. 206 da L. n. 6.404/76, tem existência precária e subsiste com a pessoa física ou natural.

A sociedade anônima unipessoal, constituída mediante escritura como subsidiária integral, ou convertida em subsidiária integral mediante aquisição de todas as ações ou através de processo de incorporação de sociedades (arts. 251 e 252 da L. n. 6.404/76), tem existência por prazo indeterminado, e de logo exclui a possibilidade de ter como acionista uma pessoa física ou natural.

5. AQUISIÇÃO E CANCELAMENTO DE QUOTAS

O D. n. 3.708 estabelece no seu art. 7º que, em qualquer caso do art. 289 do C. Com., poderão os outros sócios preferir a exclusão do sócio remissário. 64 e 65

O art. 7º do D. n. 3.708 cuida, portanto, da aquisição de quotas não liberadas, com exclusão do sócio remissário. A disposição contida no art. 7º não se confunde, pois, com os dispositivos previstos no art. 8º e no art. 15 do mesmo decreto, que disciplinam, respectivamente, as operações de aquisição de quotas liberadas, de quotas não liberadas com fundos disponíveis, e o reembolso de quotas nas hipóteses de dissidência oposta pelo sócio que divergir da alteração do contrato.

5.1 Aquisição de quotas não liberadas

O sócios devem entrar para o fundo social com as quotas e contingentes a que se obrigarem, nos prazos e pela forma que se estipular no contrato. O que deixar de fazer responderá à sociedade ou companhia pelo dano emergente da mora, se o contingente não consistir em dinheiro; consistindo em dinheiro pagará por indenização.

Nunca é outro caso, porém, poderão os outros sócios preferir a indenização pela mora, a rescisão da sociedade à respeito do sócio remissário. 66

Quanto um sócio não tiver integralizado a sua quota de capital poderá ser excluído, de conformidade com o art. 7º do

D. n. 3.708.

Na exclusão do sócio remissário poderão se apresentar as seguintes situações:

a) a quota do sócio excluído será integralizada pelo ingresso de novo quotista;

b) a quota do sócio excluído será adquirida por um dos sócios remanescentes

5.1.1 A quota do sócio excluído será integralizada pelo novo sócio quotista que ingressar na sociedade.

Numa sociedade por quotas de responsabilidade limitada ABC o sócio "A" subscreveu Cr\$ 100.000 de um capital social de.....

Cr\$ 500.000, realizando apenas Cr\$ 30.000.

Faltando integralizar Cr\$ 70.000, os demais sócios deliberaram que, pela falta de pagamento, o sócio remissário fosse excluído da sociedade na conformidade do art. 7º do D. n. 3.708, admitindo-se em substituição, um novo sócio quotista "G".

A exclusão de "A", pelo art. 7º do D. n. 3.708, será efetuada mediante pagamento das entradas realizadas, deduzidos os juros legais e demais prestações estabelecidas no contrato social, e as despesas.

Consoante o art. 289 do C. Com., os sócios terão de optar pela indenização da mora ou, se preferirem, a rescisão da sociedade a respeito do sócio remissário.

De onde, se conclui que o sócio que ingressar na sociedade, mediante aquisição do sócio excluído, não estará obrigado a pagar à sociedade os juros e as despesas que se fizerem, mas tão-somente a parte não integralizada.

Em qualquer caso, porém, o sócio excluído deverá ser debitado em sua conta de quotas primitivas pelos juros da mora de sua quota e pelas despesas que der origem a sua exclusão com a modificação do seu contrato social.

É o que reza o art. 7º do D. n. 3.708 e, segundo entendemos, é a disposição que deverá incidir sobre qualquer, é a disposição que deverá incidir sobre qualquer das situações delineadas pelo art. 289 do C. Com.

Assim os sócios, com amparo no mencionado art. 7º, poderão preferir a ex-

clusão do quotista remissário, pagando-lhe as entradas por ele realizadas e, cumulativamente, deduzindo dessas entradas, o valor dos juros da mora, e as despesas incorridas com o processo de sua exclusão.

67

Os lançamentos contábeis da saída do sócio remissário podem ser demonstrados como segue:

Caixa

D	C
(1) 430.000	

Capital

D	C
500.000 (1)	

Quotas de Capital a Integralizar

D	C
(1) 70.000	

(1) Registro contábil do capital a integralizar devido por "A".

As despesas de alteração contratual e dos juros de mora podem ser contabilizadas do seguinte modo:

Conta de Quotas Primitivas

D	C
(2) 5.000	

D	C
Despesas de Alteração e Recuperar	100.000 (4)

D	C
2.000 (2)	

67 Em sentido análogo, o art. 107 da L. n. 6.404 dispõe que, do produto da venda das ações do acionista remissário, serão deduzidas as despesas com a operação e, se previsto no contrato, os juros, correção monetária e multa, ficando o saldo à disposição do acionista, na sede da sociedade. Na sociedade limitada o art. 1º autoriza a dedução, independentemente da disposição contratual.

Juros de Mora

D	C
3.000 (2)	

(2) Contabilização das empresas a recuperar e dos juros de mora.

O registro da aquisição das quotas pelo sócio "G" que ingressa na sociedade:

D	C
(3) 100.000	

Conta de Quotas Primitivas

D	C
(2) 5.000	100.000 (3)

(3) Contabilização das quotas adquiridas por "G".

O registro contábil da integralização das quotas por "G":

Caixa

D	C
(1) 430.000	

Conta de Quotas Adquiridas por "G"

D	C
(3) 100.000	100.000 (4)

(4) Pelo pagamento das quotas integralizadas em dinheiro por "G".

A sociedade paga as despesas com alteração contratual para posterior reembolso:

Caixa

D	C
(1) 430.000	2.000 (5)

64 D. n. 3.708 de 10 de junho de 1979.

65 L. n. 536, de 25 de julho de 1850.

66 Arts. 249 e 289 do C. Com. L. n. 558, de 26 de julho de 1850.

Lucros

D	C
(5) 2.000	

(5) Pelo pagamento das despesas com alteração contratual.

A sociedade deverá efetuar o pagamento, ao sócio excluído, das entradas de capital. Na oportunidade, fará o desconto do valor correspondente às despesas efetuadas com a alteração contratual, da importância correspondente aos juros de mora devidos.

Conta de Quotas Primitivas

D	C
(2) 5.000	100.000 (3)
(6) 30.000	5.000 (7)

Caixa

D	C
(1) 430.000	2.000 (5)
(4) 100.000	30.000 (6)
(7) 5.000	

(6) Pelo pagamento ao sócio excluído do valor das entradas efetuadas.

(7) Pelo desconto dos juros de mora e reembolso de despesas efetuadas.

Posteriormente, a sociedade efetua o encerramento das contas de despesas a recuperar e de juros de mora a receber:

Despesas de Alteração a Recuperar

D	C
(8) 2.000	2.000 (2)

Juros de Mora

D	C
(9) 3.000	3.000 (2)

Lucros de perdas

D	C
(6) 2.000	2.000 (8)
	3.000 (9)

3.000

(8) Pelo encerramento da conta de despesas a recuperar.

(9) Pelo encerramento da conta de juros a receber.

Contabilmente, deverá ser encerrada a conta de quotas de capital a integralizar:

Conta de Quotas Primitivas

D	C
(2) 5.000	100.000 (3)
(6) 30.000	5.000 (7)
(10) 70.000	

Quotas de Capital a Integralizar

D	C
(1) 70.000	70.000 (10)

(10) Pelo encerramento da conta de quotas de capital a integralizar.

Após a exclusão do sócio remisso "A", a sociedade por quotas de responsabilidade limitada apresentará a seguinte posição:

Ativo

Caixa	503.000
Total	503.000

Passivo

Capital	500.000
Lucros e Perdas	3.000
Total	503.000

Do ponto de vista fiscal a sociedade obteve uma receita de juros tributável na declaração de rendimentos da pessoa jurídica.

O reembolso de despesa, o nosso

ver, não constituirá matéria tributável pelo imposto de renda. 68

5.1.2. A quota do sócio excluído será adquirida por um dos sócios remanescentes.

O art. 7º do D. n. 3.708 permite que os sócios remanescentes adquiram as quotas do sócio remisso cuja exclusão da sociedade foi preferida pelo demais.

O registro contábil da exclusão autorizada pelo art. 7º do D. n. 3.708 pode ser demonstrado de acordo com os mesmos lançamentos do capítulo anterior (5.1.1); porém, ao invés de se debitar a conta de quotas adquiridas a novo quotista (que não há), serão debitados os sócios remanescentes, como segue:

Conta de Quotas Primitivas

D	C
5.000	100.000 (1)

Conta de Quotas Adquiridas por "B"

D	C
(1) 50.000	

Conta de Quotas Adquiridas por "C"

D	C
(1) 50.000	

(1) Registro das quotas adquiridas pelos sócios remanescentes.

5.2. Aquisição e cancelamento de quotas com fundos disponíveis:

68 No exemplo figurado, o reembolso da despesa ocorre dentro do mesmo exercício financeiro. Entretanto, na hipótese, transitando por conta de resultado, não se trata, ainda, de uma recuperação de custo ou despesa, mas que a sociedade não se beneficia com a redução, diminuindo, em consequência, o valor do resultado sujeito à tributação. É como se a despesa tivesse sido obtida diretamente pelo sócio remisso excluído.

O art. 8º do D. n. 3.708 permite que a sociedade por quotas de responsabilidade limitada adquira quotas liberadas, desde que o faça com fundos disponíveis e sem ofensa à integridade do capital social estipulado no contrato.

Quando um sócio não tiver integralizado a sua quota de capital poderá ser excluído de conformidade com o art. 8º do D. n. 3.708.

No exclusão do sócio remisso a quota do sócio inadimplente será integralizada pela sociedade mediante utilização do fundo disponível e sem ofensa à integridade do capital social.

Em sentido análogo, dispõe o § 4º do art. 107 da L. n. 8.404 que a companhia poderá declarar caducas as ações que não conseguiram integralizar pelos meios previstos no mencionado art. 107, fazendo suas as entradas realizadas, e integralizando-as com lucros ou reservas existentes, exceto a legal, tudo sem ofensa à integridade do capital social.

O art. 8º do D. n. 3.708 do mesmo modo autoriza a aquisição de quotas pela própria sociedade, em duas situações distintas:

- a) aquisição de quotas não liberadas com fundos disponíveis da sociedade, verificada a exclusão de algum sócio remisso;
- b) aquisição de quotas liberadas com fundos disponíveis da sociedade.

5.2.1. Aquisição de quotas não liberadas com fundos disponíveis da sociedade, verificada a exclusão de algum sócio remisso.

Nessa hipótese, as quotas de sócio remisso excluído serão adquiridas pelos demais sócios remanescentes.

A integralização das quotas, porém, será efetuada mediante a utilização de fundos disponíveis da sociedade.

Suponhamos que a sociedade por quotas "ABC" apresente a seguinte situação:

Ativo	
Caixa	430.000
Quotas a Integralizar	70.000
Outras contas	150.000
Total	650.000

Passivo

Capital	500.000
Lucros acumulados	150.000
Total	650.000

Os lançamentos contábeis da exclusão do sócio remisso poderão ser efetuados do seguinte modo:

Lucros Acumulados

D	C
(1) 100.000	150.000
50.000	

Fundo Disponível

D	C
100.000 (1)	

(1) Registro contábil do fundo disponível destacado para a integralização das quotas não liberadas.

A sociedade também registra as despesas de alteração contratual que serão posteriormente reembolsadas, e os juros de mora a receber:

Conta de Quotas Primitivas

D	C
(2) 5.000	

Despesas de Alteração Contratual a Recuperar

D	C
2.000 (2)	

Juros de Mora

D	C
3.000 (2)	

(2) Registro contábil das despesas a recuperar e dos juros de mora a receber.

O registro contábil da transferência das quotas do sócio excluído "A" para os sócios remanescentes "B" e "C" poderá ser demonstrado do seguinte modo:

Conta de Quotas Adquiridas pelos sócios "B" e "C"

D	C
(3) 100.000	

Conta de Quotas Primitivas

D	C
(2) 5.000	100.000 (3)

(3) Registro contábil da transferência das quotas do sócio excluído "A" para "B" e "C".

A sociedade paga ao sócio remisso excluído o valor de suas entradas, efetuando o desconto das despesas com alteração contratual, cobrando os juros de mora devidos:

Caixa

D	C
430.000	30.000 (4)

Conta de Quotas Primitivas

D	C
(2) 5.000	100.000 (2)

Juros de Mora

D	C
(6) 3.000	3.000 (2)

Despesas de Alteração Contratual a Recuperar

D	C
(7) 2.000	2.000 (2)

Lucros e Perdas

D	C
3.000 (6)	
2.000 (7)	

(4) Pelo pagamento, ao sócio excluído, do valor de suas quotas integralizadas.

(5) Pelos descontos efetuados correspondentes aos juros de mora e despesas reembolsadas.

(6) Pelo encerramento da conta.

(7) Pelo encerramento da conta.

Tendo em vista a exclusão do sócio quotista "A" a sociedade pagará as despesas normais de alteração contratual.

Essas despesas, cobradas do sócio excluído, serão consideradas como reembolso (despesas reembolsadas).

A contabilização do pagamento das despesas pode ser demonstrada como segue:

Caixa

D	C
430.000	30.000 (4)
(5) 5.000	2.000 (8)

403.000

Lucros e Perdas

D	C
(8) 2.000	3.000 (6)
	2.000 (7)

3.000

(8) Pelo pagamento das despesas de alteração contratual tendo em vista a exclusão do sócio "A".

A sociedade integralizará as quotas do sócio remisso excluído mediante utilização do fundo disponível.

Conta de Quotas Primitivas

D	C
(2) 5.000	100.000 (3)
(4) 30.000	5.000 (6)

Conta de Quotas Adquiridas por "B" e "C"

D	C
(3) 100.000	100.000 (9)

Fundo Disponível

D	C
(9) 100.000	100.000 (1)

Quotas a Integralizar

D	C
70.000	70.000 (18)

(9) Pelo encerramento da conta.
(10) Pelo encerramento da conta.

Após a exclusão do sócio remisso "A" o ativo e o passivo da sociedade apresentam-se do seguinte modo:

Ativo

Caixas	403.000
Outras contas	150.000

Total

553.000

Passivo

Capital	500.000
Lucros Acumulados	50.000
Res. do Exercício	3.000

Total

553.000

A diferença entre a posição anterior (Cr\$ 650.000,00) e a atual (Cr\$ 553.000,00), equivalente a Cr\$ 97.000,00, corresponde ao fundo disponível utilizado para a integralização das quotas subscritas pelo sócio

remesso excluído (Cr\$ 100.000,00), menos os juros de mora recebidos (Cr\$ 3.000,00).

A integralização de quotas não liberadas só se faz com fundos disponíveis e, por isso mesmo, não implica a operação em diminuição do capital social.

A transferência das quotas do sócio remesso para os sócios remanescentes, com integralização, pela sociedade, mediante utilização de fundo disponível, opera-se como um desdobramento de quotas em nome dos quotistas remanescentes, e assim distribuídas, a título de bonificação, na proporção das quotas possuídas.

O processo de desdobramento de quotas é idêntico ao previsto no art. 11 da Portaria n. 83, da STUDENE.

O desdobramento, como vimos, é autorizado pelo art. 12 da L. n. 6.404 e, desse modo, não é nenhuma fórmula estranha ao direito comercial ou ao direito tributário.

Não se trata, como ficou bem demonstrado, de utilização de fundo disponível para bonificação em dinheiro. Mesmo que fosse essa a hipótese, a utilização de fundos disponíveis ou lucros sem redução de capital só constituiria distribuição de rendimentos em casos de amortização de ações ou quotas.

5.2.2. Aquisição e cancelamento de quotas liberadas com fundos disponíveis:

O art. 8º do D. n. 3.708 permite que a sociedade por quotas de responsabilidade limitada adquira quotas liberadas e quotas não liberadas de sócio remesso, desde que o faça com fundos disponíveis e sem ofensa à integridade do capital estipulado no contrato.

Na sociedade anônima a aquisição das próprias ações pela companhia se faz com a utilização do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e a operação independente de decisão da assembleia dos acionistas.

A aquisição de quotas pela sociedade dar-se-á por acordo dos sócios, ou verificada a exclusão de algum sócio remesso, mas sempre com utilização de fundos disponíveis.

A aquisição e o cancelamento de quotas liberadas com fundos disponíveis dar-se-á por acordo dos sócios, mantendo-se intacto o capital, durante o prazo de so-

ciedade.

A operação poderá ser aprovada pelos quotistas, em reunião, sem necessidade de alteração contratual para constituição de um fundo disponível para aquisição de quotas liberadas; a constituição de um fundo disponível, com os fins do art. 8º do D. n. 3.708, fará parte do próprio acordo de quotistas.

A sociedade deve mandar levantar um balanço especial para apurar a existência de fundos suficientes à aquisição das quotas e determinar também o valor das quotas a serem adquiridas pela sociedade.

O contrato da sociedade por quotas de responsabilidade limitada pode estabelecer que uma parte do lucro seja destinada à constituição de um fundo disponível para os fins do art. 8º do D. n. 3.708.

Inexistindo, contabilmente, um fundo disponível destacado das demais reservas, deverá ser segregado um valor sob tal rubrica, mediante classificação em conta de passivo, integrando o patrimônio líquido da sociedade.

As quotas liberadas adquiridas com o fundo disponível e sem ofensa à integridade do capital estipulado no contrato poderão ser alienadas a terceiros, poderão ser canceladas e, nessa hipótese, desdobradas em nome dos quotistas remanescentes ou, ainda, poderão ser destacadas no balanço como dedução da conta do patrimônio líquido que registrar a origem dos recursos aplicados na sua aquisição, no caso, o próprio fundo disponível contabilmente segregado para essa finalidade.

Parte ideal do capital social da limitada, a quota não é representada por nenhum título suscetível de alienação ou oneração. As ações, ao contrário, são representadas por certificados de múltiplos de ações e, provisoriamente, de cauteias que as representem.

Não existem quotas em tesouraria, embora, contabilmente, as quotas adquiridas pela própria sociedade devam ser apresentadas destacadamente, no balanço, como dedução da conta do patrimônio líquido que registrar o fundo disponível aplicado na sua aquisição.

O próprio Imposto de Renda consagra as expressões Ações em Tesouraria ou Quotas Liberadas no formulário destinado à demonstração das contas do patrimônio líquido (Anexo A), querendo com isso signifi-

car que a redução patrimonial provocada pela aquisição das próprias quotas possui uma titulação própria - Quotas Liberadas -, não sendo admitido o uso da expressão "Quotas em Tesouraria".

Assim, enquanto não canceladas ou alienadas pela sociedade a terceiros, as quotas de sociedade adquiridas com fundos disponíveis permanecerão classificadas contabilmente na conta Quotas Liberadas, durante o exercício, à parte do fundo disponível aplicado na aquisição.

Entendemos ser teoricamente possível manter as quotas adquiridas na conta de Quotas Liberadas durante o prazo de duração da sociedade.

Sendo a sociedade de prazo indeterminado as quotas permanecerão na conta de Quotas Liberadas por prazo indeterminado, para posterior cancelamento ou alienação.

Enquanto as quotas permanecerem em poder da sociedade o montante correspondente ao fundo disponível aplicado na aquisição deverá permanecer bloqueado, mantendo-se intacto o capital estipulado no contrato.

A aquisição das próprias ações pela companhia poderá ser paga em dinheiro ou bens, sem diminuição do capital social, mediante utilização de saldo de lucros ou reservas, exceto a legal.

A aquisição das próprias quotas pela sociedade por quotas de responsabilidade limitada também poderá ser paga em dinheiro ou em bens, sem diminuição do capital social, mediante utilização de fundos disponíveis da sociedade.

Ao que entendemos a pessoa jurídica não está obrigada a considerar os bens alienados em pagamento de quotas adquiridas pelo seu valor de mercado. Isso porque a lei só considera distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica aliena, por valor notoriamente inferior ao de mercado, bem do seu ativo à pessoa ligada.

Na hipótese de pagamento de quotas adquiridas com bens do ativo só caberia a presunção de distribuição disfarçada quando, na compra parcial de quotas ao mesmo quotista, a sociedade, em pagamento, alienasse o bem, por valor inferior ao de mercado, à pessoa do quotista que, embora alienando parte das suas quotas à sociedade, ainda remanescesse como sócio.

Com efeito: na aquisição de todas as quotas do sócio e alienação do bem do ativo, em pagamento das quotas adquiridas, não seria feita mais a nenhuma pessoa ligada, eis que a própria venda das quotas pressupõe o desligamento do sócio-vendedor da sociedade.

Nos casos em que lei conceitua formas de distribuição disfarçada não há que indagar da causa da distribuição. É a lei quem conceitua os pagamentos ou operações como formas de distribuição de lucros e, verificadas as condições legais para caracterizar a distribuição disfarçada, existirá o rendimento.⁶⁹

Na hipótese de pagamento de quotas adquiridas com bens do ativo ocorre uma ação de pagamento.

Não se verifica uma transmissão comum, mas uma pergunta patrimonial que se concretiza pela conferência de bens dados em pagamento.

O fato de um determinado bem de propriedade da sociedade sofrer uma valorização, seja por ato da sociedade, seja de corrente de fatores externos, não determina a existência de lucro tributável. Os lucros só são tributáveis quando realizados, não o sendo enquanto potenciais ou aparentes. Só a disponibilidade do valor acrescido (a valorização) constitui fato gerador de imposto de renda.

O valor contábil é o legalmente aplicável à doação em pagamento; o valor de mercado só se aplica a outro tipo de transferência de bens e em outras circunstâncias. Assim, deve-se ter em linha de conta a natureza especial da transferência da propriedade dos bens da sociedade dados em pagamento.

Na hipótese de conferência de bens para pagamento de ações ou quotas adquiridas não existe, no momento da transferência, a figura do "ex-sócio", pois essa condição de sócio é indispensável à aplicação da regra do § 2º do art. 60 do DL n. 1.588.

A presunção legal se justifica quando ocorre uma transação que envolva a transferência de um bem da sociedade para o adionista, ou sócio, caracterizando uma forma de fugir à tributação sobre uma parcela patrimonial vedadamente transferida.

69. JOSÉ LUIS BULHÕES PEDREIRA, APEC, Rio de Janeiro, 1969, p. 7-9.

porque a transferência, feita em condições normais, estaria sujeita à tributação.

Se se trata de uma transação normal assim entendida aquela celebrada nas mesmas condições em que seria com um estranho qualquer, uma situação - como preleciona RENÉ IZOLDI ÁVILA -, em que a condição de acionista ou quotista não pondera, entende-se ilícita a exigência fiscal de que o bem seja transferido de um para outro patrimônio pelo seu valor de mercado, eis que a hipótese descrita de forma abstrata na lei se concretiza, dando lugar ao nascimento da obrigação tributária.

Em condições normais a alienação é celebrada em circunstâncias que a condição de acionista ou quotista do adquirente não é fator determinante. Em condições normais a transferência ocorre não por ser o adquirente um acionista ou quotista, mas ocorre com uma pessoa que é acionista ou quotista.

Nas transações especiais a condição de acionista ou quotista determina a operação, é fator determinante, e não uma mera condição acidental, não essencial à sua realização.

É exatamente o que ocorre quando a propriedade se transfere pela conferência de bens para a integralização do capital social da empresa, pela partilha do bem com restituição do capital social, pela dação em pagamento de ações ou quotas da sociedade adquiridas pela própria companhia ou pela própria limitada, de seu sócio acionista ou quotista, respectivamente.

Ninguém precisa ser acionista ou quotista de uma sociedade para comprá-la ou vender-lhe um bem. Mas tem de ser necessariamente um acionista ou quotista para receber bens do seu ativo em dação em pagamento de ações ou quotas da própria sociedade que vendeu à companhia ou à limitada.

O dispositivo legal tornou claro que a distribuição desfarcada de lucros é uma mera presunção legal relativa, ao estabelecer que a prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica contratária com terceiros exclui a presunção de distribuição desfarcada de lucros.

O § 2º do art. 60 do DL n. 1.598 (§ 2º do art. 367 do D. n. 85.450) dá como capaz de excluir a presunção de distribuição desfarcada de lucros a prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica,

ca, em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros, tornando claro que a conferência de bens ativo, pela sua natureza especial:

a) é comutativa na medida em que representa uma troca de coisas equivalentes; e

b) jamais poderia ser contratada com terceiros, uma só vez que é uma transferência de bens realizada para alguém por ser acionista ou quotista como condição determinante, e não apenas como alguém que é acionista ou quotista ou pessoa ligada, como condição acidental.

Nas condições estritamente comutativas do § 2º do art. 60 do DL n. 1.598 temos de observar que o valor das ações ou quotas de capital é equivalente ao real valor do patrimônio da pessoa jurídica.

Assim, pode configurar um ilícito fiscal a alienação, ao ex-sócio, de um bem social por valor notoriamente inferior ao de mercado, ou ao sócio-acionista ou quotista como condição acidental.

Caracterizada a intenção de fraudar, pela obtenção de benefício ilegítimo, se justifica a exigência do tributo. No caso de alienação ao ex-sócio não cabe a regra contida no art. 106 do D. n. 85.450, o segundo e qual, para os efeitos de equiparação da pessoa física e pessoa jurídica por prática de operações imobiliárias, serão considerados vinculados à empresa os acionistas ou sócios que participarem ou tenham participado em qualquer época do período de 12 (doze) meses imediatamente anterior à alienação.

Porém, a alienação de um bem, em dação em pagamento, depois do desligamento do acionista ou do quotista da empresa, pode ser interpretada como uma distribuição desfarcada por conta de uma transferência velada de lucro, porque há uma transferência de uma parcela do patrimônio da empresa que esta deixa de realizar ao conferir bens em pagamento pelo valor menor do que o seu real valor de mercado, e em condições em que estaria obrigado a negociar com terceiros.

Imaginemos a seguinte situação de ordem prática:

a) a sociedade por quotas ABC possui lucros de Cr\$ 100.000,00 e pretende construir um fundo disponível para adquirir quotas de "B". O pagamento das quotas

será parte em dinheiro e parte em notas promissórias pro-soluto. Depois da saída de B da sociedade, este aceita a dação em pagamento das notas promissórias de bens imóveis pertencentes à sociedade. Com o arquivamento da alteração contratual da sociedade, B deixou de ser quotista e, assim, pessoa ligada à empresa.

b) os bens imóveis dados em pagamento foram avaliados de acordo com o art. 183 da L. n. 6.404 (§ 1º, art. 31 do DL n. 1.598). 70

Os lançamentos contábeis da operação podem ser demonstrados:

Lucros Acumulados

D	C
(1) 100.000	100.000

Fundo Disponível

D	C
100.000 (1)	

(1) Registro contábil da formação do fundo disponível.

O crédito do sócio retirante demonstra-se como segue:

Quotas Liberadas Adquiridas

D	C
(2) 100.000	

Conta de Liquidação de Cotas Liberadas

D	C
100.000 (2)	

(2) Registro contábil do crédito do sócio quotista retirante.

O encerramento da conta de liquidação de cotas liberadas far-se-á de acordo com os lançamentos:

Caixa

D	C
5.000 (3)	

Conta de Liquidação de Quotas Liberadas

D	C
(3) 100.000	100.000 (2)

Contas a Pagar Notas Promissórias

D	C
5.000 (3)	

(3) Pelo encerramento da conta de liquidação de quotes liberadas.

A sociedade delibera dar em pagamento das notas promissórias bens imóveis do seu ativo imobilizado. A contabilização da dação em pagamento pode ser assim expressa:

Imobilizado

D	C
50.000 (4)	

Contas a Pagar Notas Promissórias

D	C
(4) 50.000	50.000 (3)

(4) Pela dação em pagamento das notas promissórias.

5.2.2.1. Alienação de quotas liberadas.

À medida que a sociedade alienar a terceiros as quotas liberadas a operação de alienação dará surgimento a um resultado positivo ou negativo.

Essas transações não fazem parte das operações normais ou acessórios da sociedade e, assim, não integram a demonstra-

ção de resultados do exercício.

Ocorrendo um lucro deverá ser registrado o crédito de uma reserva de capital, pois a origem desse lucro tem fundamento similar à do ágio na emissão de quotas.

Se ocorrer prejuízo tal diferença deverá ser debitada na mesma conta de reserva de capital anterior que registrar o lucro na transação, até o limite do seu saldo, e o excesso, se apurado, deverá ser considerado a débito da própria conta de reserva que originou os recursos para aquisição das próprias quotas, ou seja, o fundo disponível.

Não dispondo o D. n. 3.708 expressamente acerca do tratamento a ser dispensado à contribuição do subscritor de quotas que ultrapassar o valor nominal das mesmas, tem-se por aplicáveis, como normas supletivas, os arts. 182 e 200 da L. n. 6.404.

Pelo art. 18 do D. n. 3.708 serão observadas, quanto às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas.

A aplicação do dispositivo legal restringe-se à área meramente societária, objetivando a uma complementação entre normas de direito comercial.

Não são, porém, todas as regras da L. n. 6.404 que as sociedades limitadas podem importar; não se aplicam às sociedades limitadas as regras da L. n. 6.404 referentes à constituição da reserva legal, publicação das demonstrações financeiras, patrimônio líquido, dividendo obrigatório, excesso de reservas quanto ao capital, participação dos administradores no lucro do exercício.

As autoridades fiscais espacaram qualquer dúvida com relação ao entendimento de que o disciplinamento legal contido no art. 38 do DL n. 1.598 era apenas uma adaptação fiscal do art. 182 da L. n. 6.404, e que só se aplicaria às companhias ou sociedades anônimas.

O parecer Normativo n. CST-112 esclareceu que o objetivo fundamental do DL n. 1.598, conforme se declarou na sua justificativa, foi adaptar a legislação sobre a renda às inovações da lei de sociedades anônimas. 71

71 Parecer Normativo n. CST-112, de 29 de dezembro de 1978.

Ora, como a L. n. 6.404 fixou, no Brasil, os princípios contábeis, tais princípios estendem-se a todas as pessoas jurídicas, não apenas às companhias.

As sociedades por quotas de responsabilidade limitada estão sujeitas ao princípio de contabilidade fixados pela L. n. 6.404.

Como o DL n. 1.598 adaptou a legislação de imposto de renda às normas da L. n. 6.404, as sociedades por quotas que seguem os mesmos princípios contábeis são então alcançadas pelas normas fiscais que se aplicam a tais princípios.

O parecerista nega fundamento à tese de que o caput do art. 38 do DL n. 1.598, ao se referir tão-somente às companhias, tenha aplicação restrita aos contribuintes com a natureza jurídica de sociedade por ações.

É hoje pacífico o entendimento de que um dos objetivos do DL n. 1.598 foi o de estender a todas as pessoas jurídicas sujeitas à tributação pelo imposto de renda, com base no lucro real, muitas das inovações surgidas com a nova lei de sociedades por ações.

O lucro na venda de Quotas Liberadas não será computado na determinação do lucro real quando, na sociedade por quotas de responsabilidade limitada, for registrado como reserva de capital que somente poderá ser utilizada para absorver prejuízos ou ser incorporada ao capital social.

O DL n. 1.598 regulamentou a tributação do imposto de renda da pessoa jurídica, independentemente do tipo de sociedade. Assim sendo:

a) o sistema de correção monetária do balanço previsto no art. 39 e segs., aplica-se tanto para as sociedades anônimas como para as limitadas;

b) a demonstração do lucro líquido do exercício (art. 191) deve ser feita de acordo com a L. n. 6.404, já que o DL n. 1.598 não faz distinções, subentendendo-se que o critério se aplica a todas as empresas, sejam quais forem suas formas jurídicas;

c) sendo contabilmente possível enquadrar a limitada no art. 182 da L. n. 6.404, não há como agir deste tipo societário o imposto de renda sobre a contribuição do subscritor de quotas que ultrapassar o valor nominal das quotas, ou mesmo o lucro na venda de quotas, cujo tratamento

contábil é similar ao do ágio na venda de ações (ou quotas).

5.2.2. Cancelamento de quotas liberadas.

O encerramento da conta de Quotas Liberadas adquiridas pela sociedade poderá ser efetuado em etapa posterior, após o arquivamento na Junta Comercial do Estado, da alteração contratual que demonstre a saída do sócio em decorrência da compra de todas as suas quotas pela própria sociedade.

A eliminação das quotas liberadas retiradas será efetuada juntamente com a conta que registrar a origem dos recursos aplicados na sua aquisição [Fundo Disponível].

O encerramento da conta de Quotas Liberadas poderá ser efetuado mediante integralização das quotas com o fundo disponível, ou mediante liberação do fundo disponível para capitalização (recomposição do capital social).

Tratam-se, em síntese, de operações de distribuição de quotas da própria sociedade entre seus quotistas, sem diminuição do capital social.

A conta de liquidação de quotas liberadas será encerrada pelo pagamento das quotas adquiridas em dinheiro, bens móveis ou imóveis do ativo, ou em notas promissórias [Contas a pagar].

A alienação das quotas retidas aos remanescentes seria a operação normal de restituí-las. Na prática, os sócios podem não dispor de recursos para aquisição.

Para atingir resultado idêntico ao da alienação aos sócios a título gratuito, a sociedade opta pela redução gráfica do capital e consequente cancelamento da conta de liquidação de quotas liberadas, com o simultâneo aumento do capital, mediante a subscrição, pelos quotistas remanescentes, das quotas adquiridas pela sociedade, para posterior integralização com o fundo disponível; ou, igualmente, pelo simultâneo aumento do capital mediante capitalização do fundo disponível então liberado, em virtude do cancelamento das quotas retidas.

A redução e o aumento simultâneo, efetuados pelo mesmo valor, deverão ser consignados no mesmo instrumento contratual, de forma que não se exteriorizem: são meros lançamentos contábeis de en-

cerramento de contas que atendem às exigências do art. 8º do D. n. 3.708.

Não obstante ocorra contabilmente, em determinado momento, uma redução de capital, tal redução é inerente ao processo contábil de cancelamento sem diminuição do capital social, mediante utilização de fundos disponíveis.

Tanto é assim que não comporta consequências fiscais face às normas introduzidas pelo art. 63 do DL n. 1.598.

Efetivamente, o art. 63 do citado decreto alterou profundamente as normas que disciplinavam as hipóteses de redução de capital e, como vimos, uma das inovações fundamentais diz respeito à "restituição de capital aos sócios realizada mediante a redução do capital social ou em virtude de liquidação".

No caso do cancelamento de quotas não há restituição de capital a sócios, porque estes já deixaram a sociedade, mas tão-somente uma compra de quotas com fundos disponíveis, permanecendo integral o capital social, conforme exige o art. 8º do D. n. 3.708.

Os lançamentos contábeis do cancelamento podem ser demonstrados como abaixo:

- Liberação do fundo disponível tendo em vista o cancelamento das quotas liberadas retidas:

Lucros Acumulados

D	C
(1) 100.000	100.000

Fundo Disponível

D	C
100.000 (1)	

(1) Lançamento de constituição do fundo disponível.

Quotas Liberadas Retidas

D	C
(2) 100.000	

Conta de Liquidação de Quotas Liberadas

D	C
	100.000 (2)

(2) Registro contábil do crédito do quotista retirante.

Conta de Liquidação de Quotas Liberadas

D	C
(3) 100.000	100.000 (2)

Bens Imóveis

D	C
	50.000 (3)

Contas a Pagar
Notas Promissórias

D	C
	50.000 (3)

(3) Lançamento contábil do encerramento da conta de liquidação de quotas liberadas.

Quotas Liberadas Retidas

D	C
(2) 100.000	100.000 (4)

Fundo Disponível

D	C
(5) 100.000	100.000 (2)

Capital

D	C
(4) 100.000	100.000 (5)

(4) Pelo encerramento da conta de

quotas liberadas.

(5) Pela capitalização do fundo, disponível liberado (art. 8º do D. n. 3.708, § 1º, alínea b do art. 3º da L. n. 6.404).

b) Integralização das quotas com o fundo disponível.

Lucros Acumulados

D	C
(1) 100.000	100.000

Fundo Disponível

D	C
	100.000 (1)

Conta de Liquidação de Quotas Liberadas

D	C
	100.000 (2)

Capital

D	C
(2) 100.000	

(1) Pela constituição de um fundo disponível.

(2) Registro contábil da conta de liquidação de quotas liberadas.

A sociedade registra contabilmente a aquisição de quotas liberadas, promove a integralização dessas quotas com fundo disponível, e recompõe o capital social:

Conta de Quotas Liberadas Adquiridas

D	C
(3) 100.000	100.000 (4)

Capital

D	C
(2) 100.000	100.000 (3)

Fundo Disponível

D	C
(4) 100.000	100.000 (1)

(3) Registro contábil das quotas liberadas adquiridas e recomposição simultânea do capital social.

(4) Integralização das quotas com o fundo disponível.

O encerramento da conta de liquidação de quotas liberadas pode ser demonstrado como segue:

Conta de Liquidação de Quotas Liberadas

D	C
(5) 100.000	100.000 (2)

Contas a Pagar

D	C
	30.000 (5)

Bens Imóveis

D	C
	60.000 (5)

Caixa

D	C
	10.000 (5)

(5) encerramento da conta de liquidação de quotas liberadas.

Com a costumeira propriedade elencada A. LOPES DE SÁ e A. M. LOPES DE SÁ:

"A aquisição de quotas liberadas é, praticamente, do ponto de vista contábil, uma redução de capital, embora não o seja juridicamente e até seja proibida a aquisição que prejudique o capital.

Na verdade, sob o aspecto patrimonial, contábil, converteu-se num elemento do capital circulante, que era caixa, em um

investimento que nada produz e que nada contribuirá para a obtenção de lucro; passa-se aí um fato que na ciência do Direito e na ciência da Contabilidade possui aspectos diferentes de observação.

Do ponto de vista contábil, a aquisição de quotas liberadas é uma imobilização financeira de natureza improdutiva.

Representa a aquisição, no caso, uma anulação de valores do giro e da redditividade, contrários aos princípios materiais de estrutura do patrimônio; como, entretanto, tal fato poderá ter, administrativamente, grande importância, pela retirada de um quotista que não era de interesse da direção, aparecerá aí outro prisma da questão, que pode ser estudado a luz de outra ciência, que é a Administração.

A sociedade poderá, a fim de preservar-se contra a inoperância das quotas liberadas, formar reservas especiais para a sua aquisição; neste caso corrige-se, em parte, a deficiência no investimento, porque terá ela a cobertura de uma reserva" ("Contabilidade das Sociedades Limitadas", Atlas, 5ª edição, 1980, p. 78).

6. REEMBOLSO DE QUOTAS

O art. 15 do D. n. 3.706 assegura aos sócios que divergirem da alteração do contrato social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correspondente ao seu capital na proporção do último balanço aprovado.

Comenta NELSON ABRÃO que, não distinguindo o dispositivo qualquer hipótese, é de entender-se que não importa qual seja o ponto de divergência do sócio, assistindo-lhe o direito de afastar-se da sociedade. 72

O pedido de reembolso revela a dissidência e a intenção de entrar em recesso. O legislador brasileiro – ainda na opinião abalizada de NELSON ABRÃO – consagrou de maneira ampla o direito de recesso, isto é, admitindo o reembolso de quotas qualquer que tenha sido a alteração contratual que motivou a dissidência. 73

O art. 15 do D. n. 3.700 é lacunoso, pois não indica de que modo o sócio dissidente

72 NELSON ABRÃO, "Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada", Barreiros, São Paulo, 1979, p. 129.

73 NELSON ABRÃO, ob. cit., p. 129.

dente deverá sair da sociedade.

Caberá, portanto, ao contrário, indicar como deverá proceder o sócio que queira retirar-se, de que modo se fará a apuração dos seus deveres, e como esses deveres lhe serão restituídos: à vista, a prazo, em prestações mensais e sucessivas, com juros ou outros acréscimos, etc.

Na omissão do contrato os sócios acordarão entre si, através de reunião de quotistas, como se fará o reembolso das quotas ao sócio dissidente.

Mesmo na sociedade contratada por prazo indeterminado assiste ao sócio dissidente o direito de não continuar na sociedade, pedindo o reembolso de suas quotas.

Embora o art. 15 do D. n. 3.708 não disponha expressamente, o reembolso da quota correspondente ao capital do sócio dissidente poderá ser efetuado com ou sem diminuição do capital da sociedade.

No reembolso de quotas, com diminuição do capital social, as quotas reembolsadas serão canceladas.

O outro esquema de reembolso de quotas, sem ofensa à integridade do capital social, seria o de pagar o valor do reembolso à conta de fundos disponíveis.

No primeira situação verifica-se uma redução de capital que não tem consequências fiscais, haja vista a norma da alínea d do parágrafo único do art. 377 do D. n. 85.450 (art. 63, § 4º do DL n. 1.598), segundo a qual o reembolso, em virtude do exercício do direito de retirada, não constitui redução vinculada para fins de incidência de imposto de renda como lucro ou dividendo distribuído.

A lei de sociedades anônimas deverá se impor como norma supletiva, conforme expressamente dispõe o art. 18 do D. n. 3.708.

Considerar o reembolso de ações, com diminuição de capital social, uma redução não vinculada, é entender que o reembolso de quotas efetuado nas mesmas condições não se enquadra no conceito de redução não vinculada, é dar tratamento diferenciado ao mesmo problema de reembolso, favorecendo-se apenas às empresas.

Como o tratamento contábil do reembolso é um só, seja a sociedade envolvida uma sociedade por ações ou por quotas de responsabilidade limitada, estariam diante de uma injustiça fiscal se a ell-

nea d do parágrafo único do art. 377 do D. n. 85.450 não favorecesse igualmente a sociedade por quotas.

Já vimos, em capítulos anteriores, que o parecerista da Coordenação do Sistema de Tributação já consagrou o entendimento, segundo o qual o outro objetivo não menos importante do DL n. 1.598 foi o de estabelecer as inovações da lei de sociedades anônimas e as suas adaptações fiscais a todas as pessoas jurídicas sujeitas à tributação pelo imposto de renda com base no lucro real.

Contabilmente, o reembolso de quotas pode ser assim demonstrado:

a) Reembolso com redução do capital social.

Conta de Reembolso de Quotas Liberadas

D	C
	100.000 (1)

Capital

D	C
(1) 100.000	

(1) Registro contábil do reembolso de quotas à conta do capital social.

Conta de Reembolso de Quotas Liberadas

D	C
(2) 100.000	100.000 (3)

Caixa

D	C
	100.000 (2)

(2) Pago pelo reembolso de 100.000 quotas pertencentes ao sócio dissidente da alteração contratual, que se retira.

b) Reembolso sem redução do capital social.

Lucros Acumulados

D	C
(1) 100.000	100.000

Fundo Disponível

D	C
	100.000 (1)

(1) Constituição de um fundo disponível para reembolso de quotas liberadas.

O registro contábil de reembolso a ser pago ao sócio quotista dissidente poderá ser efetuado através dos seguintes lançamentos:

Conta de Reembolso de Quotas Liberadas

D	C
(2) 100.000	

Conta de Liquidação de Quotas Liberadas

D	C
	100.000 (2)

Caixa

D	C
	100.000 (3)

Conta de Liquidação de Quotas Liberadas

D	C
(3) 100.000	100.000 (2)

(2) Registro contábil do reembolso a ser pago ao sócio dissidente.

(3) Encerramento da conta de liquidação de quotas liberadas reembolsadas.

Segundo nosso entendimento nada impede que, posteriormente, a sociedade delibere o cancelamento das quotas reem-

boladas que ficaram retidas, sem ofensa à integridade do capital social.

O cancelamento de quotas retidas será efetuado de acordo com o que os sócios remanescentes deliberarem em reunião de quotistas, segundo o preceito da alínea b do § 1º do art. 30 da L. n. 8.404, sempre sem ofensa à integridade do capital social.

O art. 15 do D. n. 3.708 é omissivo nesse ponto.

De acordo com a legislação fiscal em vigor, o cancelamento de quotas liberadas, mediante utilização de fundos disponíveis, não acarreta consequências fiscais: só constitui distribuição de rendimentos a utilização de fundos ou lucros sem redução do capital, na amortização de ações.

A legislação do imposto de renda adota as expressões fundos ou lucros, alcançando, consequentemente, os fundos sociais das sociedades por quotas e os lucros das sociedades por ações, sem restrição.

O Prof. MODESTO CARVALHOSA, seguindo as ponderações de CUNHA PEIXOTO, VALVERDE e PHILOMENO J. DA COSTA, entre os autores pátrios, entende que o reembolso de ações deve ser em moeda corrente, porque o dinheiro é a única maneira de resgatar o valor do reembolso em absoluta igualdade de condições para todos os acionistas que exercerem o seu direito de retirada. 74

Já que defendemos a aplicação subsidiária da L. n. 8.404 no que não for regulado no contrato social de limitada, e supletiva na parte que não for incompatível com as normas do D. n. 3.708, seguiremos a mesma linha de raciocínio: o reembolso de quotas deve ser efetuado em dinheiro, enquanto o pagamento das quotas adquiridas por compra (art. 8º do D. n. 3.708) pode ser efetuado em moeda corrente ou em bens móveis, ou mesmo direitos suscetíveis de avaliação em dinheiro.

Os rendimentos obtidos em reembolso de ações ou quotas não seguem o mesmo tratamento fiscal prescrito para as alienações de participações societárias.

Com efeito: embora o conceito de alteração seja bastante amplo e genérico (PN-CST n. 449/71 e 70/6) não alcança a operação de reembolso, que é a operação

74 CARVALHOSA, op. cit., 1º vol., p. 236.

pela qual, nos casos previstos em lei (art. 45 da L. n. 6.404/76 e art. 15 do D. n. 3.708/19), a companhia ou sociedade por quotas de responsabilidade limitada pago aos acionistas ou quotistas dissidentes de deliberação de assembleia geral, ou de reunião de quotistas nas limitadas, o valor de suas ações ou quotas com redução ou não do capital social.

As autoridades do Imposto de Renda entendem que a retirada de sócio de sociedade por quotas de responsabilidade limitada não pode ser considerada, para os efeitos fiscais, como direito de retirada de sócio dissidente.

Assim, para o fisco, o reembolso de ações em virtude de exercício, pelo acionista dissidente de deliberação de assembleia geral de sociedades por ações, assegurando pela L. n. 6.404/76, não pode ser interpretado extensivamente para o sócio de sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

Desse modo, os valores recebidos pelo sócio retirante na sociedade por quotas de responsabilidade limitada deve ser oferecido à tributação, na fonte e na declaração de rendimentos, sofrendo o mesmo tratamento fiscal conferido aos lucros distribuídos por pessoas jurídicas e empresas individuais (art. 544 do D. n. 85.450/80).

A importância correspondente à diferença a maior entre os valores de emissão ou aquisição e os de reembolso de ações não sofre tributação na fonte, devendo o valor recebido ser oferecido à tributação apenas na Cédula B do formulário de declaração de rendimentos do beneficiário, no exercício correspondente ao ano-base considerado.

A prevaler a tese do fisco de que a alínea d do parágrafo único do art. 377 do D. n. 85.450/80 não pode ser interpretada extensivamente para o sócio da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, também não poderá ser interpretada extensivamente com relação à própria pessoa jurídica. Assim, o reembolso de quotas, com redução de capital, enquadra-se no conceito de redução vinculada, para os fins da incidência tributária prevista nos arts. 376 e 377 do citado D. 85.450 de 1980.

7. A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE POR QUOTAS SEM ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES SOCIAIS: O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA EMPRESA

BULGARELLI aponta, em estudo inserido na obra "Estudos e Pareceres de Direito Empresarial" (RT, São Paulo, 1980), alguns "estranhos" casos de sociedade por quotas.

Dentre os casos estranhos que elencou destacamos o da sociedade unipessoal, admitida para permitir que o sócio sobrevivente continue com a sociedade até encontrar novo sócio. 75

O festejado autor deu destaque, ainda, à não dissolução da sociedade contratada por tempo indeterminado, requerida por um dos sócios, transformando-se a dissolução em retirada do sócio dissidente (TJGB, 8ª Câm. Civ., Ap. n. 90.374, em 22.11.1974, rel. LOURIVAL GONÇALVES DE OLIVEIRA).

Com a devida vénia do mestre WALDOMIRO BULGARELLI permitimo-nos analisar o problema da sociedade limitada unipessoal sob o ângulo da dissidência, levando em linha de conta, sobretudo, o princípio da continuidade da empresa como unidade econômica dinâmica.

Isto sem cogitar da função social que desempenha com notável relevância na vida moderna.

Tratando-se de sociedade por quotas de responsabilidade limitada formada de dois sócios é impossível – segundo a jurisprudência dominante – subsistir a sociedade somente com um.

Por outro lado, não estando estabelecido o prazo de duração da sociedade os sócios só ficam sujeitos a permanecer na sociedade enquanto lhes convier.

Temos, de um lado, a possibilidade de um dos sócios requerer o reembolso de suas quotas por dissidência; do outro, temos a impossibilidade, pelo menos teórica, de a sociedade subsistir somente com um quotista.

Para alguns comentadores pátrios, quando o contrato prevê a persistência da empresa com a retirada de um dos sócios, a sociedade se dissolve, não há mais sociedade, mas a empresa continua como estabelecendo comercial ou industrial, com todos os elementos material e jurídicos que a constituem.

Nesse exato sentido foi a decisão

75 2º TACiv. SP, 3º Gr. das Câms. Civs., Ap. n. 9.874, em 18.6.1974, Rel. NOVAES DE ANDRADE, cf. BULGARELLI, ob. cit., p. 186.

únâime da 6ª Câm. Civ. do TJRJ:

"Ocorrendo dissolução de sociedade de responsabilidade limitada, constituída de dois sócios, por vontade de um deles, e se o contrato prevê a continuação da empresa, a dissolução da sociedade não acarreta a extinção da empresa, devendo ser observado o contrato (EMB. de dec. n. 1.115-RJ)". 76

No acórdão dessa decisão o relator destacou que o princípio do art. 335, n. 5, do C. Com. Brasileiro somente se aplica às sociedades por quotas em que o contrato não prevê a continuação da sociedade com a retirada de um dos sócios dissidentes.

O Des. LUIZ ANTÔNIO DE ANDRADE, acreditando tese prestigiada pelo STF, assinalou que a estipulação contratual deve prevalecer quando em confronto se tiver a norma do art. 335, n. 5 do C. Com.

Se o contrato prevê que a retirada de um sócio não acarreta a dissolução da sociedade, deve prevalecer a cláusula contratual.

Quando há apenas dois sócios e um se retira da sociedade por divergência de alteração contratual, prevendo o contrato o direito de necessario, a retirada não deverá acarretar a extinção da sociedade.

É evidente que, sendo a sociedade composta de três sócios, se dois deles se retirem por divergência, pedindo o reembolso de suas quotas, a sociedade se dissolve; contudo, a empresa não entra em liquidação e nem se extingue.

Grande parte da doutrina, sustentando a tese de que a sociedade limitada é nitidamente de capital, e que se rega supletivamente pela lei de sociedades anônimas conclui pelo entendimento segundo o qual a vontade individual fica subordinada aos interesses sociais, daí decorrente a inaplicabilidade do princípio do art. 335, n. 5, do C. Com. a esse tipo de sociedade, vez que a regra citada é aplicável apenas às sociedades formadas *intuitus personarum*.

A corrente doutrinária que defende esse ponto de vista parece bem traduzir a tendência do direito moderno de proteger o estabelecimento comercial, dando-lhe autonomia e continuidade de vida, e assim restringindo a aplicação dos princípios nitidamente individualistas do C. Com. de

76 RT, 476/9798, apud R. LIMONGI FRANCA, "Jurisprudência das Sociedades Comerciais", RT, São Paulo, 1980, p. 765.

1850.

Se, por um lado, a permanência do quotista que contrata por tempo indeterminado não pode ser compulsória, podendo da sociedade retirar-se quando bem lhe aprovável, fazendo valer o seu direito de ressarcimento assegurado pelo art. 15 do D. n. 3.708 de modo amplo e irrestrito, do outro deverá vingar o princípio da continuidade da empresa, momente quando a dissolução é prejudicial à economia dos seus componentes, à própria economia nacional, e concorre para o agravamento do problema social do desemprego motivado pela dispensa de empregados.

O sócio que se retira da sociedade e reúne seus bônus com base em balanço especial, não terá mais interesse legítimo para exigir que a empresa se extinga.

Esclarece o Des. BRASILEU RIBEIRO FILHO que ainda se retira tivesse alguma vantagem econômica na extinção da empresa, esse interesse não seria legítimo diante da cláusula contratual por ele próprio estipulada, no sentido de continuidade da empresa com a retirada de qualquer dos sócios. 77

No presente estágio da nossa legislação comercial não se justifica que um sócio minoritário possa conseguir a dissolução da sociedade por quotas a que pertence, por força de simples manifestação de vontade e respeito, e como consequências de meras divergências, porque isso significaria insegurança para a vida das sociedades, valendo o relevo de que tanto mais deverá prevalecer a tese quando os estatutos sociais respectivos prevêem a apuração de bônus para as hipóteses de falta ou retirada de um dos sócios. 78

De regra não cabe a dissolução da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, se a ela se opõe sócio que representa a maioria do capital social.

A 1ª Câm. Civ. do TJMG, nos autos da Ap. n. 31.575, sentenciou:

"É admissível a dissolução da sociedade por quotas de responsabilidade limitada pela vontade universal de um dos sócios, mas, em tal contingência, a mencionada dissolução deve ser parcial, isto é, o dissidente retirar-se da sociedade com os seus

77 RT, 487/178-180, apud R. LIMONGI FRANCA, ob. cit., ps. 188-189.
78 RT, 464/221-223, idem, idem, nb. ch., ps. 127-130.

haveres apurados, mas ficando sempre garantida a sobrevivência do estabelecimento com os sócios que pretendem permanecer".⁷⁹

Outra decisão da 3ª Câm. do TA Civ. SP:

"A manifestação unilateral do cotista mi minoritário, na sociedade por prazo indeterminado, não autoriza a sua dissolução".⁸⁰

Eis a decisão da 3ª Câm. civ. do TJMG:

"Embora indubioso o entendimento de que, nas sociedades de responsabilidade limitada sem prazo determinado para a sua vida, a vontade de um dos sócios no sentido da dissolução obriga aos demais, tal regra deve ceder, todavia, quando no respectivo contrato existir cláusula expressa pela continuação da sociedade por manifestação da maioria dos sócios, hipótese em que o dissidente deve ser afastado da sociedade, com a retirada de seus haveres".⁸¹

Nesta altura da nossa exposição voltamos a repetir que, sendo dois os sócios da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, a retirada de um deles, que pediu o reembolso de suas quotas, acarretará a dissolução da sociedade, mas não a extinção da empresa, sendo possível a continuação dela se o contrato prevê essa situação.

Suponhamos que a sociedade limitada "ABC" possua três quotistas, assistindo aos sócios "B" e "C", divergiram de alteração contratual, o direito de obterem o reembolso de suas quotas com base no art. 15 do D. n. 3.708.

O contrato social da limitada "ABC" prevê que a retirada de qualquer dos sócios não implicará em dissolução total da sociedade, mas sim em dissolução parcial, pois esta se dará apenas em relação ao sócio retirante.

Sigue-se que em outra cláusula do contrato da sociedade os quotistas estabeleceram a forma de pagamento dos haveres a serem apurados em balanço especial.

Sucede que, sendo três os sócios da sociedade por quotas, o direito de recesso

de um deles não acarretará a dissolução da sociedade, a teor da cláusula contratual.

Não causa espécie constatar que, na prática, a dissidência poderá ser de dois, circunstância essa não expressamente prevista pelo art. 15 do D. n. 3.708, que não restringiu o direito de obter o reembolso de quotas a apenas um, na sociedade de três, ou a mais de dois, numa sociedade, v.g., de quatro quotistas.

Adverte-se, todavia, que se de um lado assiste ao sócio dissidente o direito de obter o reembolso de suas quotas sem qualquer restrição, do outro deve prevalecer o princípio da continuidade da empresa, quando o contrato prevê que a mesma não entrará em liquidação tendo em vista a saída do quotista dissidente da alteração contratual.

Certo é que sendo hoje largamente defendida pela doutrina a tese de que a sociedade por quotas limitada é mista – de pessoas e de capital –, como inclusive advoga a insigne comercialista FRAN MARTINS, a aplicação subsidiária da lei das sociedades por ações é ponto pacífico, no que pese a redação para muitos deficiente do art. 18 do D. n. 3.708.⁸²

O contrato social deverá, em suma, dispor expressamente acerca do direito de

82 Acordão recente da 4ª Câmara do 1º Civ. SP (RT, 449/144 – 4ª Câm. Civ.), confirmou as sustentações doutrinárias na conceituação da sociedade por quotas de responsabilidade limitada como mista, isto é, reunindo preceitos das sociedades de pessoas de capital (CL NELSON ABRÃO, *ob. cit.*, p. 24). Para OLÍMPIO CARVALHO denominasse sociedades de pessoas as que obrigam suas componentes à responsabilidade limitada pelas obrigações assumidas, nas operações da sociedade. Clasificam-se como tais as sociedades em nome coletivo, as sociedades em comandita simples, as sociedades de capital e indústria. As sociedades de capital limitam a responsabilidade dos associados a quanto o quantum a que se obrigaram na constituição da sociedade. São sociedades de capital as sociedades por quotas limitadas, as sociedades em comandita por ações, as sociedades anônimas. Para o citado autor as sociedades cooperativas, as sociedades em conta de participação e os sindicatos são sociedades mistas, eis que contêm o elemento pessoal e capital (OLÍMPIO CARVALHO, "Elementos de Direito Comercial e Contabilidade Geral", Ed. Rio Branco, São Paulo, 3ª ed., 1956). As sociedades civis que incorporam ao respectivo contrato social cláusulas de responsabilidade solidária e limitada, tornam-se tipicamente de pessoas, em que há responsabilidade civil por prejuízos causados no exercício da atividade profissional (Nota Expositiva CVM n. 08/78, item 4).

recesso dos sócios divergentes da alteração contratual; em não o fazendo aplicar-seão os arts. 45 e 127 da L. n. 6.404, que é a lei de sociedades por ações.

Em nossa modesta opinião, mesmo que o contrato social preveja o modo de aplicação do direito de recesso referido pelo art. 15 do D. n. 3.708, deverão ser observadas as regras sobre o reembolso disciplinadas pelo art. 46 da lei de sociedades anônimas, porque hoje os princípios contábeis aceitos no Brasil estão inseridos na L. n. 6.404.

De sorte que, não existindo nenhum impedimento legal, o valor do reembolso de quotas poderá ser pago à conta de fundos disponíveis e, nesse caso, as quotas reembolsadas ficarão retidas, sem que essa operação cause diminuição no capital social.

Por seu turno, o reembolso de quotas à conta do capital social importância em diminuição do capital se, no prazo de 120 dias a contar da alteração contratual que formalizou o recesso, não forem substituídos os quotistas cujas quotas tenham sido reembolsadas.

Sendo dois os sócios da sociedade, e se o valor do reembolso for pago à conta de fundos disponíveis, a sociedade se dissolverá, embora a empresa continue, com as quotas retidas, sem qualquer redução no seu capital social.

Duas últimas observações cumprir fazer sobre o tema:

a) Sendo dois os sócios da sociedade, e se o valor do reembolso for pago à conta do capital social, a sociedade se dissolverá, embora a empresa continue por 120 dias, prazo dado como suficiente para a substituição do quotista dissidente que se retirou;

b) Se depois de 120 dias a empresa não substituir os quotistas retirantes, prevalecerá o princípio da continuidade da empresa, que passará a operar sob a responsabilidade da firma individual do sócio supérstite.⁸³

Revela-se com clareza o dispositivo legal: a sociedade por ações dissolve-se de pleno direito pela existência de um único acionista verificado em assembleia geral, se o mínimo de dois não for reconstituído até

o ano seguinte, ressalvado o disposto no art. 251.

A interpretação de um idêntico tratamento deve ser dado às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, por aplicação supletiva da L. n. 6.404, não viola nenhum princípio de ordem pública.

Muito ao contrário, o princípio da continuidade da empresa com seu estabelecimento, seus elementos materiais e jurídicos, sua função social e sua contribuição à economia, deve prevalecer sobre a regra do art. 335, n. 5, do C. Com. de 1950, que subordina a empresa unicamente à vontade individual dos sócios.

Assim, com a morte, retirada ou interdição de um dos sócios, a sociedade se dissolverá e na consequente liquidação, poderá o liquidante, admitindo novos sócios, repor a sociedade em sua atividade normal.

BIBLIOGRAFIA

- ABRÃO, NELSON, "Sociedade por quotas de Responsabilidade Limitada", Saraiva, São Paulo, 1979.
- AMERICANO CARLOS ALBERTO, "O Mercado de Capitais", Aped, Rio 1970, em conjunto com CLÁUDIO VIANNA DE LIMA, JOÃO ANTÔNIO GOROLHO DE PROENÇA e JOÃO GONÇALVES DA ROCHA, sob a coordenação de ARNOLDO WALD.
- ASCOLI, TULLIO, "Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado", Saraiva, São Paulo, 2ª ed., 1960.
- ÁVILA, RENÉ ZOLDI, "A Distribuição Disfarçada de Ligeira na Constituição e Extinção da S/A", Síntese, Porto Alegre, 1978.
- BATALHA, WILSON DE SOUZA CAMPOS, "Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais", FORENSE, Rio, 1973.
- BRABA, OSMAR DANIEL DON, "Caderno de Direito Comercial (Registro de Comércio)", Síntese, Porto Alegre, 1977.
- BULGARELLI, WALDORIO, "Alguns estranhos riscos de Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada no Direito brasileiro", in "Estudos e Parcerias de Direito Empresarial" RT, São Paulo, 1980; Perspectivas da empresa perante o Direito Comercial, in "Estudos e Parcerias de Direito Empresarial", RT, São Paulo, 1980.
- CARVALHO, QUINHÓO, "Elementos de Direito Comercial e Contabilidade Geral", Edições Rio Branco, São Paulo, 3ª ed., 1956.
- CARVALHO, MODESTO, "Comentários à Lei de Sociedades Anônimas", Saraiva, São Paulo, 17 vol., 2ª ed., 1977; 4ª vol., DA, "Operações da Anônima com as Ações de seu Capital", resumido do cor-

83 RT, 426/235-236, apud R. LINHONCI FRANÇA, *ob. cit.*, p. 163.

SEÇÃO II NOTÍCIAS

- curso de catedra de direito comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1965.
- CALZ, JOÃO, "Imposto de Renda: Nova Sistematização Legal da Distribuição Distorcida de Lucros", *Revista Legislação Nortearia*, Recife, 1978.
- DÓRIA, ANTONIO ROBERTO SAMPAIO, "Eliseu e Evandro Ficai", José Buchalsky/IBET, São Paulo, 2^a ed., 1977.
- Foxenda Ministério da, Exposição de Motivos n. 196 de 24 de junho de 1975, *REVISTA FORENSE*, São Paulo, 1977.
- FERNANDEZ EDUARDO GARCIA, "Manual do Contador sobre Imposto de Renda (Pessoas Jurídicas)", em conjunto com NELSON MITIMASA JINZENJI, São Paulo, Atlas, 3^a ed., 1981.
- FERREIRA, WILDEMAR, "Tratado Direito Comercial", Sarau, São Paulo, 1981.
- FIUO, MANOEL RIBEIRO DA CRUZ, Os Problemas das Participações Recíprocas nas Sociedades por Ações, in "Revista Brasileira de Contabilidade", n. 29, Rio, 1978.
- FIPECAFI, Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Aduaneiras e Financeiras, "Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações", de SÉRGIO IUDICIBUS, em conjunto com ELISEU MARTINS e ERNESTO RUBENS GELBECHE, Atlas, São Paulo, 1^a ed., 1979.
- FRANÇA, R. LIMONGI, "Anisprudência das Sociedades Comerciais", RT, São Paulo, 1980.
- GARCIA, PLÍNIO G. PRADO, Direito de Retirada, in "Sociedade por Ações (Estudo n. 4)", Resenha Universitária, São Paulo, 1977.
- JR. DURVAL DE NORONHA GOYOS, Direito dos Acionistas Minoritários na Lei de Sociedades Anônimas, in "Sociedades por Ações (Estudo n. 3)", Resenha Universitária, São Paulo, 1977.
- LACERDA, J. C. SAMPAIO DE "Lições de Direito Comercial Terrestre", FORENSE, Rio, 1970.
- LATORRACA, NILTON, "Legislação Tributária (Uma Introdução ao Planejamento Tributário)", Atlas, São Paulo, 5^a ed., 1979.
- LOPES, MAURO BRANDÃO, Incorporação de Reservas e Distribuição de Ações Bonificadas, in "Revista Brasileira de Direito Comercial", n. 1, julho de 1977.
- MARTINS FRAN, "Curso de Direito Comercial", FORENSE, Rio, 2^a ed., 1958.
- MARTINS, IVES GANDOLA DA SILVA, Dissolução, Liquidação e Extinção, in "Comentários à Lei das Sociedades por Ações", vol. 1, Resenha Universitária, São Paulo, 1978.
- MELÉGA, LUIZ, As Ações na Nova Lei das Sociedades por Ações, in "Sociedades por Ações (Estudo n. 12)", Resenha Universitária, São Paulo, 1978; A Companhia Aberta e a Companhia Fechada na L. n. 6.404, de 15.12.1976, As Sociedades Anônimas de Capital Fechado, in "S.A. Sociedades por Ações", Edições LTR, São Paulo, 1978.
- MENDONÇA, J. X. CARVALHO DE, "Tratado de Direito Comercial Brasileiro", Freitas Bastos, Rio, 1963.
- MONTEIRO, WASHINGTON DE BARROS, "Direito das Obrigações", Sarau, São Paulo, 1969.
- PEDREIRA, JOSÉ LUIZ BULHÕES, "Imposto de Renda", Apoc, Rio, 1969; "Imposto de Renda", Apoc, Rio, 1969; "Imposto sobre a Renda (Pessoas Jurídicas)", Rio, 1979.
- PEIXOTO, CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA, "Sociedades por Ações", Sarau, São Paulo, 1972; "A Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada", FORENSE, São Paulo, 1968.
- REQUIÃO, RUBENS, "Curso de Direito Comercial", FORENSE, São Paulo, 1971.
- SÁ, A. LOPEZ DE, "Contabilidade das Sociedades Limitadas", Atlas, 5^a edição, São Paulo, 1980, em conjunto com A. M. LOPEZ DE SÁ; "Aspectos Contábeis da Nova Lei das Sociedades por Ações", Atlas, São Paulo, 1978.
- SILVA, HÉLIO MARINHO DA, "Aquisição de Ações pela Sociedade" (Monografia apresentada à Mesa Redonda sobre Sociedades Anônimas, durante o IX Encontro de Advogados de Pernambuco, Garanhuns, 14 a 17 de novembro de 1979).
- SILVA, LUIZ EDUARDO LOPEZ DA, "Comentários à Lei das Sociedades por ações", em conjunto com NEWTON LUCCA, Resenha Universitária, São Paulo, 1978.
- SOUZA, RUBENS GOMES DE, "Parcerias 2 (Imposto de Renda)", Resenha Tributária/IBET, São Paulo, 1975, Edição Pôrtema.
- TEIXEIRA, EGBERTO LADERDA, As Sociedades Limitadas e o Novo Regime das Sociedades Anônimas, REVISTA FORENSE, n. 257, Rio, 1977; As Atuais Sociedades em Face da Nova Lei das Sociedades Anônimas, REVISTA FORENSE, n. 257, Rio, 1977; "Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada", Max Limonad, São Paulo, 1958.
- TILBERTY, HENRY, "A Tributação dos Ganhos de Capital (Mas Vendas de Participações Societárias pelas Pessoas Físicas)", Resenha Universitária, São Paulo, 1978.
- TONG, JOHN YEH CHANG, Os Fundos de Investimento e os Fundos Fiscais, em "A Bolsa é a Bossa", Apoc, 3^a ed., Rio, 1971.
- Valores, Comissão Nacional de Bacias de, "Legislação sobre o Mercado de Capitais", 3^a ed., São Paulo, 1979; "Sociedades de Capital Aberto", São Paulo, organizado com a colaboração de BENEDITO FERRI DE BARROS.
- VALVERDE, TRAJANO DE MIRANDA, "Sociedades por Ações", FORENSE, Rio, 2^a ed., 1953.
- WALD, ARNOLDO, Das Participações Recíprocas das Sociedades Comerciais no Direito Brasileiro, in "Estudos e Parcerias de Direito Comercial", vol. I, RT, São Paulo, 1972; Regime tributário das Ações da sociedade de capital autorizado alienadas pelos acionistas à sociedade, in "Estudos e Parcerias de Direito Comercial", vol. I, RT, São Paulo, 1972.

REVISÃO CONSTITUCIONAL

O Instituto dos Advogados de Pernambuco realizou na última semana dos mês de setembro passado o CICLO DE ESTUDOS SOBRE A REVISÃO CONSTITUCIONAL.. Convidamos os maiores constitucionalistas brasileiros: Prof. Pinto Ferreira, nosso Vice Presidente, professor catedrático da Faculdade de Direito do Recife, o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Neto, catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo e o Senador Marco Antônio Maciel, também professor na Universidade Católica de Pernambuco. A época escolhida dependeu das conveniências dos conferencistas, contanto que não ultrapassasse a data referida na Carta para terem inicio os trabalhos da revisão. Também convidado o Prof. José Joaquim Canotilho, catedrático da Universidade de Coimbra, esclareceu que, nos últimos meses do ano de 1993 estava comprometido com Universidades alemães e só voltaria a Portugal nas proximidades do Natal; daí a impossibilidade de comparecer ao nosso evento. Só o nome dos conferencistas garantiria êxito ao nosso conclave. No entretanto, coisa rara de acontecer no Recife, dois outros eventos culturais foram programados para os mesmos dias, todos realizados com êxito e sem que trouxessem transtorno ao nosso CICLO. Fomos honrados com a presença de participantes ilustres convidados destacando-se o Dr. Jorge Neves, Presidente da O.A.B. local, o Dr. José Henrique Wanderlei, o Dr. Nilton Siqueira, o Prof. Gilvandro Coelho, o Dr. Fausto Freitas, Dr. José do Rêgo Maciel, o Prof. José Izidoro Martins Souto o Prof. Mickel Sava Nicoloff, o Dr. Paulo Rosas, o Dr. Francisco Bandeira de Melo, Prof. Armando Samico, o Dr. Honório Rocha, Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado, o Dr. José Cavalcanti Neves, nosso Presidente Emérito, remeteu do Rio de Janeiro, onde se encontrava a trato de assuntos profissionais, um fax congratulando-se com a Diretoria pela realização das Conferências, pedindo que em seu nome se cumprimentasse os conferencistas. Pretendendo publicar as referidas conferências remetemos as gravações em fitas cassetes para que os respectivos autores fizessem as necessárias correções.

MARCELO, O BENJAMIM

A Faculdade de Direito do Recife, apesar das dificuldades, continua a sua trajetória, honrando o seu passado histórico e mantendo a mesma flama dos seus velhos mestres, garantindo o galardão de um dos maiores centros de estudo do país. O "velho" Clovis, Neto Campelo, Fioravanti, Andrade, Gondim, pai e filho que não eram mais do que FILHO E NETO, Soriano, o nosso festejado Sorianinho, Delgado, Mario Baptista, o burocrata Amazonas, o boêmio Mac Dowell, Agamenon e Joaquim Pimenta, Barreto

Campelo, Mário de Souza, Adolfo Cirne e o maior de todos, o mulato TOBIAS, todos eles estão felizes com novo companheiro o nosso MARCELO NEVES que chegou jovem e pujante, como também chegaram Pinto e Lourival, Num dos últimos números da nossa Revista dávamos conta que o jovem Marcelo da Costa Pinto Neves havia concluído o seu doutoramento na Alemanha. Agora é com alegria e satisfação que registramos o seu êxito no concurso a que se submeteu para Professor Titular, nome novo que se dá ao final da carreira do magistério e que substitui o consagrado CATEDRÁTICO. Satisfação maior e para honra nossa deve-se ao fato de tê-lo como o nosso Secretário Geral, substituindo na Catedra a um professor da estirpe de um Lourival Vila Nova. Ao nosso companheiro e a família do nosso Presidente Emerito, Neves e Célia, reiteramos os nossos parabéns.

Maiores congratulações cabe à velha, mas sempre renovada, gloriosa Faculdade de Direito do Recife pela manutenção dos seus critérios e metas de trabalho.

O Prof. Marcelo Neves continua sendo o "nossa benjamim" e agora também o é da Faculdade de Direito do Recife.

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO BIÊNIO 1993/1995

Cumprindo norma estatutária o Presidente Nilton Siqueira realizou as eleições para a composição do Conselho e da Diretoria do Instituto, que, apesar de chapa única, resultado de um acordo com todas as lideranças, garantiu um comparecimento macio dos nossos associados. Convidado pelo Dr. Nilton Siqueira presidiu a reunião o Dr. Jorge Neves, presidente da O.A.B. do Estado, que convidou por sua vez os associados Professores Sava Nicoloff e José Lopes de Oliveira para servirem de escrutinadores, Apuradas as cédulas constatou-se o seguinte resultado:

CONSELHEIROS

01. Antônio Henrique Cavalcanti Wanderley
02. Carlos Antônio Alves Monteiro de Araújo
03. Gilberto Marques Paula
04. Gilvandro Vasconcelos Coelho
05. Hélio Santiago Mafra
06. Humberto Cabral Vieira de Melo
07. Ivan Campos de Souza
08. José Luiz Marques Delgado
09. José Octávio de Meira Lins
10. Luiz Pinto Ferreira

11. Marcelo da Costa Pinto Neves
12. Mickel Sava Nicoloff
13. Otávio de Oliveira Lobo
14. Paulo Rodolfo de Rangel Moreira
15. Reinaldo Dornelas Câmara
16. Ricardo José da Costa Pinto Neto
17. Roberto Magalhães Melo
18. Romualdo Marques Costa
19. Sávio Tigre Leão
20. Valdrilho Leal Guerra Curado

DIRETORIA

- Presidente:** Prof. João Pinheiro Lins
Vice Presidente: Prof. Luiz Pinto Ferreira
Secretário Geral: Prof. Marcelo Costa Pinto Neves
2º Secretário: Prof. Humberto Cabral Vieira de Melo
Tesoureiro: Dr. José Octávio de Meira Lins

SÃO MEMBROS NATOS

01. Heraldo José de Almeida
02. Joaquim Correia de Carvalho Junior
03. Silvio Neves Baptista
04. Urbano Vitalino de Melo Filho
05. José Henrique Wanderley Filho
06. Aurélio Agostinho da Boa Viagem
07. João Pinheiro Lins
08. Nilton Wanderley de Siqueira

É PRESIDENTE DE HONRA

Dr. José Cavalcanti Neves

ATUAIS MEMBROS DO INSTITUTO

Adalberto Tabosa de Almeida, Alfredo Carlos Schmalz, Aluizio José de Vasconcelos Xavier, Ana Maria Campos Torres de Vasconcelos, Antônio Carlos Bastos Monteiro, Antônio Henrique Cavalcanti Wanderley, Antônio Renato Lima da Rocha, Artur Pio Santos Neto, Aurélio Agostinho da Boa Viagem, Carlos Alberto Silva Chaves, Carlos Antônio Monteiro de Araújo, Carlos Eduardo de Vasconcelos, Clóvis Arcos de Freitas, Clóvis

Ribeiro do Rêgo Melo, Concelio Maria Pereira da Costa Maia, Darley de Lima Ferreira, Dorany de Sá Barreto Sampaio, Everaldo de Holanda Valente, Everaldo Gaspar Lopes Andrade, Fernando Antônio Muniz da Cunha, Fernando Augusto de Mendonça, Fernando de Vasconcelos Coelho, Francisco Britualdo Bezerra Cavalcanti, Francisco Dário Mendes da Rocha, Francisco Evandro de Paiva Onofre, Geraldo dos Anjos Neto de Mendonça Gilberto Marques Paulo, Gilvandro de Vasconcelos Coelho, Giovanni Cribari, Helena Caúla Reis, Hélio Santiago Mafra, Heraldo José de Almeida, Hilton Guedes Alcoforado, Homero Freire Barbosa da Silva, Humberto Cabral Vieira de Melo, Ivan Campos de Souza, Jarbas Fernandes da Cunha, Jarbas Fernandes da Cunha Filho, João Batista de Albuquerque, João Bosco Medeiros de Souza, João Domingos Pessoa Guerra, João Pinheiro Lins, Joaquim Correia de Carvalho Júnior, Jonas Angelo Ferreira Lima, Jorge da Costa Pinto Neves, José Antônio de Oliveira Ventura, José Cavalcanti Neves, José Gláucio Veiga, José Henrique Wanderley Filho, José Joaquim de Almeida Neto, José Lopes de Oliveira, José Luiz Marques Delgado, José de Moura Rocha, José Octávio de Melra Lins, José Pais de Andrade, José Paulo Cavalcanti Filho, José Paulo de Souza Cavalcanti, Lourival Faustino Vilanova, Luiz Pinto Ferreira, Luiz Homero Patury Accioly, Manoel Enildo Lins, Marcelo da Costa Pinto Neves, Marcos Augusto de Sá Perreira Freire, Marcos Vinicius Rodrigues Vilaça, Margarida Oliveira Cantarelli, Margarida de Souza Leão Coelho, Maria Bernadete Neves Pedrosa, Mickel Sava Nicoloff, Murilo Humberto de Barros Guimarães, Nelson Nogueira Saldanha, Nilton Wanderley de Siqueira, Niltzardo Carneiro Leão, Octávio de Oliveira Lobo, Olímpio Costa Júnior, Paulo da Silva Miranda, Paulo Figueiredo Cavalcanti, Paulo Guimarães de Souza, Paulo Rodolfo Rangel Moreira, Pedro Paulo Pereira da Nóbrega, Ramiris Cotias Teixeira, Regina Coeli Campos de Menezes, Ricardo José da Costa Pinto Neto, Roberto Magalhães Melo, Rogério Neves Baptista, Romualdo Marques Costa, Roque de Brito Alves, Rui da Costa Antunes, Sady Assunção Torres, Sady Assunção Torres Filho, Sávio Tigre Leão, Sérgio Higino dos Santos Filho, Silvio Loreto, Silvio Neves Baptista, Silvio Pessoa de Carvalho, Syleno Ribeiro de Paiva, Thelma Cristina de Moura Paiva, Torquato da Silva Castro, Urbano Vitalino de Melo Filho, Vaudrillo Leal Guerra Curado, Vera Regina Cravo Della Santa, Virgílio Barros de Medeiros Campos, William da Costa Pinheiro.

NOVOS DESEMBARGADORES

O Poder Judiciário de Pernambuco aumentou o número dos seus desembargadores, de 15 para 27 cabendo à classe dos advogados duas vagas, por força de comando constitucional. A O.A.B. promoveu as inscrições, indeferiu um dos pedidos e antecedendo a votação fez realizar uma sabatina com os postulantes. Duas listas sextuplas foram formalizadas e enviadas ao Tribunal para que três nomes de cada uma fossem remetidos ao Poder Executivo a quem caberia escolher um nome de cada lista para a devida nomeação. Os doze nomes votados pela O.A.B., como não poderia deixar de ser, foram de ilustres advogados com "ilibada reputação e alto saber jurídico" condições indispensáveis para a indicação e consequente nomeação. A sabatinada - exposição do postulante e inquirição pelos conselheiros - durou um dia inteiro, com o auditório da Ordem sempre cheio de advogados, estudantes de direito e familiares. Tal acontecimento inusitado, seja pelo número de vagas, seja pelo número dos concorrentes, seja pela inovação da exposição e inquirição dos candidatos, revolucionou a classe. Criaram-se partidos, fizeram-se suposições, animaram-se as discussões, chegaram às agressões e até mesmo a contestação da mais simples particularidade para a indicação: a qualificação do candidato como advogado. Falaram de cartas marcadas, decisão do grupo majoritário, como se a maioria tivesse de se submeter a minoria. Tal efervescência originou-se na crise do judiciário, mal visto, mal amado e sobretudo mal falado. É que na mesma época e talvez na mesma sessão pudessem ser promovidos juizes que estariam envolvidos em processos e acusações de todo tipo. A rua do Imperador está cheia de histórias denegrindo o judiciário em todas as suas entrâncias. Tal situação é desagradável e prejudicial à classe dos advogados, a quem só interessa um judiciário respeitável, independente e forte. E nesse sentido a O.A.B. escolheu os seus representantes. Para desprazer dos recalcados e satisfação da classe, o Instituto dos Advogados faz publicar a relação dos nomes dos indicados: ANTÔNIO MÁRIO DE ABREU PINTO, FAUSTO VALENÇA DE FREITAS, FRANCISCA TEREZA TENÓRIO DE ALBUQUERQUE, FRANCISCO DARIO MENDES DA ROCHA, GERSON MACIEL NETO, JOSÉ CARLOS CAVALCANTI DE ARAÚJO, JOSÉ MARCOS CARVALHO FILHO, MOACIR MARTINS VELOSO, MIRIAM DE SÁ PEREIRA MAIA, RENATO SANTOS PINHEIRO, ROMUALDO MARQUES COSTA e WALTER AUGUSTO DE ANDRADE e o curriculum vitae dos ilustres advogados Dr. Francisco Dario Mendes da Rocha e Dr. Fausto Valente de Freitas hoje honrando a mais alta Corte de Justiça de Pernambuco

FRANCISCO DÁRIO MENDES DA ROCHA

CURRICULUM VITAE

Recife/1993

**FRANCISCO DÁRIO MENDES DA ROCHA
(DÁRIO ROCHA)**

CURRICULUM VITAE

"Nenhuma vida tem resumo: a tarda crosta da vida, com seu trecheio de ilusões. A gente vê só o cinzento, mas tem-se de adivinhar o branco e o preto".

João Guimarães Rosa, "Sem Tangência", in "Ave, Palavra", 2^a ed., 1978, p. 98.

RECIFE, AGOSTO/93

1. QUALIFICAÇÃO

NOME: Francisco Dário Mendes da Rocha

FILIAÇÃO: Juvêncio Mendes da Rocha
e Maria Clarice da Rocha

NATURALIDADE: Ibiapana - Ceará

DATA DO NASCIMENTO: 04 de janeiro de 1936

ESTADO CIVIL: Casado

PROFISSÃO: Advogado

**MEMBRO DO INSTITUTO DOS
ADVOGADOS DE PERNAMBUCO**

INSCRIÇÃO NA OAB/PE: Nº 4345 - REGISTRO 2613, EM 24.02.66

CARTEIRA PROFISSIONAL: Nº 74.321 - SÉRIE 178

CERTIFICADO DE RESERVISTA: Nº 257.131 - SÉRIE B, EXPEDIDO PELA 7^a
RM, 21^º CR - RECIFE

TÍTULO DE ELEITOR: Nº 57.171-4^a ZONA-130^a SEÇÃO, RECIFE/
PE

CPF/MF: Nº 002.299.464 - 53

ENDEREÇO RESIDENCIAL: Rua Monsenhor Júlio Maria, nº 125 Bairro
da Madalena - Recife/PE. Fone: 228.5933

2. ESCOLARIDADE FORMAL

- 1949/1955** - Curso Médio, com duração de 7 anos, no Seminário Franciscano de Santo Antônio, em Ipurana - Campina Grande, Paraíba.
- 1949/1955** - Cursos de Línguas: Latim (6 anos), Grego (4 anos), Alemão (5 anos).
- 1955/1956** - Noviciado, com duração de 1 ano, para estudos teológicos, no Convento Franciscano de Sirinhaém/PE.
- 1956/1957** - Curso Superior de Filosofia, com duração de 2 anos, em tempo integral, no Escolástico do Franciscano de Olinda/PE.
- 1958** - Um ano de Filosofia, na Faculdade de Filosofia da Universidade Católica de Pernambuco.
- 1960** - Um ano de Filosofia, na Faculdade de Filosofia da Universidade Federal de Pernambuco.
- 1960/1964** - Curso de Direito, na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco.
- 1966** - Curso de Mestrado (1 ano), no extinto Instituto de Ciências do Homem, da Universidade Federal de Pernambuco.

3. ATIVIDADES ACADÊMICO-ESTUDANTIS

- 1961/1962 - Presidente do Diretório Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco.
- 1961 - Representante do corpo discente da Faculdade de Direito da UNICAP, no Congresso nacional de Estudantes, promovido pela União Nacional dos Estudantes - UNE, em Petrópolis/RJ.
- 1962 - Representante do corpo discente da Faculdade de Direito da UNICAP, no Congresso nacional de Estudantes, promovido pela União Nacional dos Estudantes - UNE, em Niterói/RJ.
- 1962 - Participante da Semana Jurídica e do Congresso Nacional de Oratória, realizados em Manaus/AM.
- 1963 - Representante do corpo discente no conselho administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

4. PARTICIPAÇÃO EM CURSOS DIVERSOS

- 1961 - "Curso de Criminologia", Ministrado pelo Prof. Roque de Brito Alves, de 24 de fevereiro à 10 de março de 1961, na Universidade Católica de Pernambuco.
- 1962 - "Curso Sobre Negócio Jurídico", ministrado pelo Prof. José Paulo Cavalcanti, de 05 à 14 de fevereiro de 1962, na Universidade Católica de Pernambuco.
- 1972 - "Curso de Técnicas de Chefia", ministrado na Reitoria da Universidade Federal de Pernambuco.
- 1972 - "Curso Sobre Classificação no Serviço Público", promovido pelo DASP, em Brasília/DF.
- 1972 - "I Seminário Nacional de Relações Industriais", no período de 04 à 09 de junho de 1972, promovido PELCEPLON - Assessoria, Métodos e Planejamento Ltda, na cidade do Rio de Janeiro.
- 1974/1976 - Participante das Reuniões/Debates do programa de tecnologias instrucionais, da Organização dos Estados Americanos - OEA, realizados em anos sucessivos em Caracas (Venezuela), Washington (EUA) e Buenos Ayres (Argentina).
- 1975 - "Curso de Chefia e Liderança", ministrado de 03 à 08 de fevereiro de 1975, pelo SENAC - Recife/PE.
- 1977 - "II Simpósio Nacional de Articulação Municipal", realizado de 07 à 09 de Novembro de 1977, no Rio de Janeiro, sob o patrocínio do conselho Brasileiro de Administração Municipal - ABAM.
- 1977 - Curso de Especialização "Reciclagem Contábil - Financeira e Administração do FINOR", ministrado de 06 à 24 de janeiro de 1977, pela DIRECTIVOS, sob o patrocínio da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE.
- 1977 - "Curso de Atualização Sobre Sociedades Anônimas", Realizado de 02 à 17 de março de 1977, sob o patrocínio da Federação das Indústrias de Pernambuco,

- 1978 - "I Seminário Nacional de Pesquisas Urbanas", promovido pela Secretaria de Planejamento da Previdência da República - SEPLAN e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU, realizado de 02 à 04 de maio de 1978, em Brasília/DF.
- 1980 - "Seminário de Desenvolvimento integrado Gerencial", promovido pela Fundação de Desenvolvimento da Região Metropolitana do Recife - FIDEM, de 14 à 18 de abril de 1980.
- 1980 - "Seminário Interativo de Gerentes", promovido pela Fundação de Desenvolvimento da Região Metropolitana do Recife - FIDEM, de 19 à 23 de maio de 1980.
- 1983 - Seminário "As Grandes Cidades Brasileiras - Reunião de Prefeitos", durante 5 dias, em Gramado/RS (assessorando o prefeito do Recife).
- 1984 - Seminário Internacional Sobre "A Cidade do Futuro", promovido pela Prefeitura da Cidade de São Paulo (assessorando o prefeito do Recife).

5. LÁUREAS

- 1958 - 1º Lugar no Vestibular da Faculdade de Filosofia da Universidade Católica de Pernambuco.
- 1964 - Laureado da 1ª Turma de Bacharéis em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco.
- 1964 - Orador da solenidade de colação de grau, da 1ª turma de Bacharéis em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco.
- 1965 - Detentor do "Prêmio Liderança", do Banco Nacional do Norte S.A., por ser laureado da UNICAP, em 1964.
- 1973 - Diploma de Honra ao Mérito, outorgado pelo Ministério da Educação e Cultura, pelas atividades de incentivo ao ensino.
- 1973 - Diploma "Alberto Santos Dumont", concedido pelo Ministério da Aeronáutica.
- 1985 - Grande Oficial da Ordem do Mérito Capibaribe, da Cidade do Recife.

6. TRABALHOS ESCRITOS E/OU PUBLICADOS

- 1960/1964 - Artigos esparsos em jornais estudantis, como "Considerações sobre Nacionalismo e Universalismo", no jornal da Faculdade de Filosofia.
- 1965 - "Discurso de Formatura", publicado na revista "SYMPORIUM", da Universidade Católica de Pernambuco., número de 1965, e também publicado em separata.
- 1966 - "O Instituto do TRUST e o projeto do Código de Obrigações", estudo de crítica jurídica, publicado pelo Jornal do Commercio, em janeiro de 1966.
- 1967 - "As possibilidades e a forma legal de rescisão de contrato de compra e venda de bem móvel eivado de vício reditório", parecer emitido para a SUDENE.
- 1970 - "Caracterização da SUDENE como autarquia federal", documento produzido a partir de dissertação de prova escrita, em concurso público.
- 1972 - "Plano de Trabalho": Análise crítica e propostas legais e organizacionais para a administração de pessoal, publicado no Boletim Oficial da Universidade Federal de Pernambuco, número especial.
- 1972 - Apostila do "Curso de Interpretação e Aplicação de Leis" - reprodução mimeografada.
- 1975 - "Manual de Normas", produzido para a televisão e rádio universitárias - reprodução mimeografada.
- 1977 - Dezenas de pareceres sobre incentivos fiscais e financeiros, na qualidade de advogado do FINOR/SUDENE.
- 1978 - "Normatização Jurídica do uso do Solo Metropolitano - Documento Metodológico - Propositivo para a Fundação de Desenvolvimento da Região Metropolitana do Recife - FIDEM.

- 1978/1980 - Minutas de leis, decretos, contratos e convênios, no exercício da função de Advogado da FIDEM.
- 1978/1980 - Pareceres diversos, como por exemplo, "sobre a publicação de atos normativos" - parecer produzido atendendo a consulta da prefeitura municipal de Olinda.
- 1979 - "Proposições para uma estratégia global de administração do desenvolvimento da região metropolitana", estudo analítico escrito em colaboração com Albérico de Alcântara Barreto e o advogado Luis Eduardo C. de Mendonça.
- 1983 - "Alternativas para a consolidação do sistema de administração metropolitana - bases conceituais para uma perspectiva tridimensional", documento de caráter institucional produzido para o programa MINTER/BIRD.
- 1983 - "A propósito do projeto de lei de desenvolvimento urbano" - análise crítica do projeto de lei nº 775/83, trabalho elaborado e reproduzido para divulgação e debates.
- 1987/1988 - Como consultor jurídico do Ministério do Interior, além de orientação dos assessores jurídicos e das consultorias jurídicas subordinadas (SUDENE, SUDAM, SUDECO, SUDESUL, SUDERJ, FUNAI, BASA, BNB, SUFRAMA, etc), cabia-me a produção de dezenas de peças jurídicas, arrazoados forenses e pareceres normativos exemplificativamente:
- Parecer sobre autoaplicação do art. 159 I, da Constituição, combinada com o art. 34 § 10, do ado.
 - Parecer sobre situação legal e obrigações trabalhistas da Companhia Siderúrgica da Amazônia - Siderama.
 - Parecer nº 42/87, sobre hipótese de inexigibilidade de licitação, nos termos do Decreto-Lei nº 2.300/86.
 - Parecer nº 01/88, sobre o Direito dos Advogados da FUNAI aos benefícios do Decreto-Lei nº 2.333/87.
 - Parecer nº 06/88, sobre hipóteses e processo de demissão de servidor público não estável.

- Parecer nº 14/88, sobre conceituação jurídica de "natureza singular" e notória especialização", para dispensa de licitação.

1990 - "O plano diretor do Recife: Conceito e Processo", publicado na revista "Cadernos Urbanos", da Prefeitura da Cidade do Recife.

1974/1993 - Planos de aula sobre:

Controles Sociais da Conduta
Normatização Jurídica
Acepções do Direito
Dogmática Jurídica
Fontes do Direito
Lei Jurídica Costume Jurídico
Jurisprudência
Doutrina
Conceitos de Direito
Relação Jurídica
Teoria da Norma Jurídica
Ordenamento Jurídico
Gnoseologia Jurídica
Epistemologia Jurídica
Hermenêutica Jurídica
Axiologia Jurídica
Direito Natural

EM

ANDAMENTO: "Legislação e Planejamento Metropolitano", estudo com "Plano de Pesquisa" Aprovado pelo Conselho de Ensino e Pesquisa da Universidade Federal de Pernambuco.

7. CURSOS, PALESTRAS E CONFERÊNCIAS PROFERIDAS

1972 - "Legislação e Administração de Pessoal", no seminário sobre administração de unidades universitárias, realizado na Universidade Federal de Pernambuco.

1973 - "Organização Sistêmica das Atividades Auxiliares do Serviço Público e SIPEC", na Reitoria da Universidade Católica de Pernambuco.

1974 - "Televisão Educativa: Estrutura e Teleologia", no curso de Comunicação Social da UFPE/FAFIRE/CECOSNE.

1979 - "Aspectos Legais das Regiões Metropolitanas", no congresso de vereadores do Brasil, realizado no Centro de Convenções de Pernambuco.

1983 - "As perspectivas do projeto lei de desenvolvimento urbano", no auditório da Ordem dos Advogados do Brasil - seção de Pernambuco.

1984 - "As perspectivas do direito urbano" - Debatedor em palestra do Prof. Alfaor Caffé, na Faculdade de Direito do Recife.

1984 - Três palestras sobre "Filosofia do Direito - Período Pré-Medieval", em Curso de Filosofia do Direito coordenado pelo Prof. João Maurício Adeodato, na Faculdade de Direito do Recife.

1984 - "A universidade e a constituinte, debatedor da palestra do reitor George Brown, na semana jurídica realizada na Faculdade de Direito do Recife.

1984 - "Axiologia Constitucional" - conferência no Instituto Pernambucano de Estudos Livres - IPEL.

1984 - "Conceito de Direito Urbano" - Palestra na Faculdade de Direito do Recife.

- 1985 - Debate na TV Universitária, sobre "Tratamento Jurídico-Constitucional do Problema Urbano", sob a coordenação do Prof. Palhares Moreira Reis.
- 1985 - "Curso de Extensão em Direito Urbano" ministrado para alunos de direito, técnicos e advogados de órgãos ligados ao assunto.
- 1989 - "O Plano Diretor do Recife: Conceito e Processo", conferência do fórum de debates sobre o Recife - Forte das Cinco Pontas.
- 1990 - "O Plano Diretor da Cidade do Recife: Aspectos Jurídico-Urbanísticos" - Conferência na Câmara de Vereadores do Recife/PE.
- 1993 - "Interpretação das Leis e Direito Alternativo" - palestra na Escola Superior da Magistratura - Recife/PE.

8. ATIVIDADE DOCENTE

- 1961/1964 - Professor de "Introdução à Filosofia", no curso preparatório da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco.
- 1966 - Professor convidado para a cadeira de Direito Civil da Faculdade da Universidade Católica de Pernambuco.
- 1966 - Professor convidado do Instituto de Psicologia Aplicada da Universidade Católica de Pernambuco, para a disciplina "Introdução à Filosofia".
- 1971/1972 - Professor de "Introdução ao Estudo de Direito", na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco.
- 1972 - Professor da disciplina "Ciência do Direito", no curso de "Aperfeiçoamento em Administração de Empresas", da então Escola da Administração, da Universidade Federal de Pernambuco.
- 1972 - Professor do "Curso de Interpretação e Aplicação de Leis", promovido pela diretoria de pessoal da Universidade Federal de Pernambuco.
- 1972/1973 - Professor de "Instituições do Direito", na Faculdade de Economia da Universidade Católica de Pernambuco.
- 1973 - Professor de "Legislação e Administração de Pessoal", no curso de Pós-Graduação de Engenharia de Produção, coordenado pelo Prof. Telmo Maciel, na Universidade Federal de Pernambuco.
- 1973/1974 - Professor de "Instituições de Direito e Ética Profissional", na então Escola de Administração da Universidade Federal de Pernambuco.
- 1985 - Professor do "Curso de Direito Urbano", promovido pela Faculdade de Direito do Recife, da Universidade Federal de Pernambuco.
- 1988 - Professor do curso sobre "Hermenêutica Constitucional", ministrado na Consultoria Jurídica do Ministério do Interior, em Brasília/DF.
- 1974/1993 - Professor concursado de "Introdução ao Estudo do Direito", disciplina I e II, da Faculdade de Direito do Recife, da Universidade Federal de Pernambuco.

9. EFETIVO EXERCÍCIO JURÍDICO-PROFISSIONAL

- 1964/1965 - Advogado no escritório do Prof. José Paulo Cavalcanti, fazendo Advocacia do Negócio Jurídico.
- 1966/1971 - Chefe do departamento jurídico e, comutativamente, assistente da superintendência, da Empresa Jornal do Commercio S.A. - Recife - PE.
- 1972 - Membro do grupo de trabalho para revisão dos regimentos das unidades da Universidade Federal de Pernambuco.
- 1977 - Advogado do FINOR, sob contrato da CONESG, Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE.
- 1978/1993 - Advogado (Técnico de Nível Superior Sênior), da Fundação de desenvolvimento da região metropolitana do Recife - FIDEM.
- 1987/1988 - Consultor Jurídico Chefe, do Ministério do Interior - Brasília - DF.
- 1987/1988 - Assessor, na Assembléia Nacional Constituinte.
- 1964/1993 - Advogado Liberal: Advocacia de Negócio Jurídico.
- 1992/1993 - Membro da "Comissão de Sistematização Legislativa" da Assembléia Legislativa de Pernambuco.

10. OUTRAS ATIVIDADES PROFISSIONAIS

- 1960/1964 - Funcionário concursado do extinto IAPI e, por dois anos, chefe da secretaria.
- 1971/1973 - Diretor geral do Departamento de Pessoal da Universidade Federal de Pernambuco.
- 1971/1973 - Membro da Comissão de Reforma Administrativa da Universidade Federal de Pernambuco.
- 1971/1973 - Presidente da "Equipe Técnica de Alto Nível", da Universidade Federal de Pernambuco.
- 1971 - Membro da Comissão de Estruturação da Televisão Universitária, da Universidade Federal de Pernambuco.
- 1971 - Presidente da Comissão de Promoção de pessoal, da Universidade Federal de Pernambuco.
- 1971 - Presidente das Comissões de Acesso de Pessoal, da Universidade Federal de Pernambuco.
- 1972 - Presidente da Comissão de Admissão de Pessoal, da Universidade Federal de Pernambuco.
- 1974/1976 - Diretor Geral do Núcleo de Televisão e Rádio Universitários, da Universidade Federal de Pernambuco.
- 1973/1976 - Diretor do Centro Multinacional de Tecnologia Educativa do Brasil, da Organização dos Estados Americanos (convênio UFPE/MEC/OEA).
- 1981 - Gerente do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana do Recife - FUNDERM.
- 1983 - Chefe de Gabinete (Secretário Adjunto), da Secretaria de Planejamento da Prefeitura da Cidade do Recife.
- 1983/1985 - Chefe da Assessoria Especial do prefeito da Cidade do Recife.

- 1986 - Diretor de Departamento de Pessoal Inativo e Pensionista da Secretaria de Administração do Estado de Pernambuco.
- 1987 - Chefe de Gabinete da Liderança da Oposição, na Assembléia Legislativa de Pernambuco.
- 1989 - Visita de estudos sobre questões urbanas e direito urbanístico, às cidades de Bohn, Berlin, Hamburgo e Colônia, a convite do Governo da República Federal da Alemanha.
- 1989/1990 - Secretário de Planejamento e Urbanismo da Prefeitura da Cidade do Recife.
- 1989/1990 - Presidente do Conselho de Desenvolvimento Urbano - da Prefeitura da Cidade do Recife.
- 1991 - Secretário extraordinário para reforma administrativa, do governo do Estado de Pernambuco.
- 1991/1992 - Chefe da Assessoria Especial do Governo do Estado de Pernambuco.

11. OCUPAÇÕES ATUAIS

11. OCUPAÇÕES ATUAIS

- Consultor
- Advogado da FIDEM
- Membro do Instituto dos Advogados de Pernambuco
- Membro da Comissão de Sistematização da Assembléia Legislativa
- Professor da Faculdade de Direito do Recife

Recife, Agosto/93

FAUSTO VALENÇA DE FREITAS

CURRICULUM VITAE

Recife/1993

1. DADOS PESSOAIS

- 1.1. Nome:** Fausto Valença de Freitas
- 1.2. Filiação:** Jurandyr Britto de Freitas (falecido)
Clarisse Valença de Freitas
- 1.3. Local de Nascimento:** Pesqueira, Pernambuco
- 1.4. Data de Nascimento:** 23 de novembro de 1937
- 1.5. Estado Civil:** Casado
- 1.6. Profissão:** Advogado - Inscrito na OAB-PE sob o nº 2136
- 1.7. Endereço Residencial:** Av. Boa Viagem, 3376 - aptº 111
Ed. Versailles - Boa Viagem -
51020-001 - Recife-PE -
Fones: (081) 326.3003/0988

2. FORMAÇÃO ESCOLAR

- 2.1. Curso Primário**
Grupo Escolar Rui Barbosa
Pesqueira - PE - 1950
- 2.2. Curso Ginásial**
Colégio Marista
Recife - PE - 1954
- 2.3. Curso Colegial**
Colégio Nóbrega
Recife - PE - 1957
- 2.4. Curso Superior**
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de
Pernambuco - 1962

2.5. Outros Cursos:

2.5.1. Instrução Militar

Curso de Intendência no Centro de Preparação de Oficiais de Reserva do Recife (CPOR) - 1958 - (Declarado Aspirante Oficial)

2.5.2. Curso Superior de Guerra

Escola Superior de Guerra
Rio de Janeiro - 1975

3. ATIVIDADES ATUAIS

3.1. Advogado licenciado da CHESF.

3.2. Exerce o segundo mandato de Deputado Estadual pelo Estado de Pernambuco, período de 1991 a 1995.

4. OUTRAS ATIVIDADES

4.1. Membro da Comunidade Leonística - Recife/Centro.

4.2. Membro do Conselho da Comunidade da Sociedade Pernambucana de Combate ao Câncer.

4.3. Membro da Associação Nacional dos Diplomados da Escola Superior de Guerra.

4.4. Membro da Associação dos Ex-alunos do CPOR - Recife/PE.

5. ATIVIDADES EXERCIDAS

5.1. Ex-Presidente da Comissão de Saúde e Bem Estar Social da Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco - 1987.

5.2. Ex-Presidente da Comissão de Ciência e Tecnologia da Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco - 1989.

5.3. Ex-Vice-Presidente da Comissão Interpartidária da Assembléia Estadual Constituinte - 1988.

5.4. Ex-Membro da Comissão de Sistematização da Assembléia Estadual Constituinte - 1988.

5.5. Ex-Relator da Geral da Comissão Interpartidária para reforma do Regimento Interno da Assembléia Legislativa - 1991.

5.6. Ex-Presidente da Comissão de Constituição, Legislação e Justiça da Assembléia Legislativa de Pernambuco - 1991/1993.

5.7. Ex-Vice-Líder do PMB, PL e PDC na Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco.

5.8. Ex-2º Secretário da Mesa Diretora da Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco.

6. EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL

6.1. Funcionário do Serviço Jurídico da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - CHESF - 1959.

6.2. Revisor da Imprensa Oficial do Estado de Pernambuco - 1961.

6.3. Advogado da Companhia de Força e Luz do Nordeste do Brasil, Ex-Concessionária de Energia Elétrica da Cidade de Natal (RN) e Maceió (AL) - 1962.

6.4. Assistente Jurídico do Serviço de Assistência Judiciária do Estado de Pernambuco - Secretaria do Interior e Justiça - 1961 a 1965.

6.5. Assistente Jurídico da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual - Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco - 1965 a 1966.

6.6. Advogado da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE - 1966 a 1983.

6.7. Assessor Jurídico da Consultoria Jurídica do Ministério do Interior - 1967.

6.8. Presidente do Grupo de Trabalho, criado pela Portaria nº 0066 de 14 de fevereiro de 1969, do senhor Ministro de Estado do Interior, para criação do Serviço Médico daquele ministério - 1968.

- 6.9. Professor de Legislação Municipal no Simpósio promovido pelo Serviço Nacional dos Municípios, em Niterói, para Prefeitos dos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo - 1968.
- 6.10. Membro do Conselho Deliberativo do Instituto do Açúcar e do Álcool - IAA - na qualidade de representante do Ministério do Interior - 1968/1971.
- 6.11. Secretário Assistente do Governo do Estado de Pernambuco no período de 1971 a 1975 (atualmente Secretaria do Trabalho e Ação Social).
- 6.12. Membro do Conselho Deliberativo da Fundação de Saúde Professor Amaury de Medeiros (FUSAM) - 1973 a 1975.
- 6.13. Membro do Conselho de Desenvolvimento do Estado de Pernambuco (CONDEPE) - 1971 A 1975.
- 6.14. Membro da Comissão de Planejamento Integrado instituída pela Portaria nº 3131 de 18 de abril de 1973, do Ministério do Trabalho e Previdência Social.
- 6.15. Presidente Coordenador da Comissão de Defesa Civil do Estado de Pernambuco (CODECIPE) - 1971 a 1975.
- 6.16. Membro do Conselho do Projeto RONDON - 1972 a 1975.
- 6.17. Assessor Jurídico do Senhor Superintendente da SUDENE, Dr. José Lins de Albuquerque, no período de 1975 a 1978.
- 6.18. Diretor Presidente da firma Artesanato do Nordeste S/A - ARTENE, Empresa de Economia Mista, subsidiária da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE - 1979 a 1981.
- 6.19. Assessor Especial de Comunicação e Transporte da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE) - 1981 a 1983.
- 6.20. Assessor de Bem Estar Social da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - CHESF - subsidiária da Eletrobrás - 1984.

- 6.21. Advogado da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - CHESF - 1985 a 1987.

7. VIAGENS DE ESTUDO

- 7.1. Viagem a Paris a convite do Governo da França, para exame e estudo do sistema habitacional daquele país - Junho de 1972.
- 7.2. Viagem aos Estados Unidos da América a convite da Fundação Tinker e Population Reference Bureau, para participar do "Diálogo de População", em Boca Raton, Flórida - de 18 a 20 de setembro de 1972.
- 7.3. Viagem ao Estado da Geórgia, Estados Unidos, como representante do Governo do Estado de Pernambuco, a convite do Programa Companheiros das Américas - outubro de 1973.

8. TRABALHOS PUBLICADOS

- 8.1. Projeto Embrião - Plaquete 1972 - Recife/PE.
- 8.2. A Organização das Nações Unidas - ONU - Plaquete - 1975 - Rio de Janeiro/RJ.
- 8.3. Conjuntura Política Nacional e Poder Judiciário - Plaquete - 1975 - Rio de Janeiro/RJ.
- 8.4. Problemas Demográficos - Plaquete - 1975 - Rio de Janeiro/RJ.

9. CONDECORAÇÕES

9.1. Condecorações Civis:

- 9.1.1. Medalha Pernambucana do Mérito Classe Ouro, concedida pelo Exmo. Sr. Governador do Estado - 1974.
- 9.1.2. Medalha do Mérito Cidade do Recife, Classe Ouro, Decreto nº 9916 - 06/07/1972.

9.1.3. Medalha Comemorativa do 70º Aniversário de Fundação da Academia Pernambucana de Letras - 1971.

9.1.4. Medalha do Mérito Cidade de Igarassu/PE, pelos relevantes serviços prestados ao município.

9.1.5. Medalha Comemorativa de Fundação da Superintendência do Vale do São Francisco, pela relevante colaboração prestação à SUVALE.

9.1.6. Medalha do Sesquicentenário da Independência do Brasil pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, pelos relevantes serviços prestados à Ordem e à Liberdade - Recife/PE - 1972.

9.1.7. Medalha conferida pela Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE pelos 10 (dez) anos de serviços prestados à Autarquia.

9.2. Condecorações Militares:

9.2.1. Medalha do Mérito Santos Dumont, conferida pelo Exmo. Sr. Ministro da Aeronáutica Délia Jardim de Matos, por relevantes serviços prestados a Força Aérea Brasileira - Brasília/DF - 1982.

9.2.2. Medalha de Amigo da Marinha, conferida pelo Exmo. Sr. Almirante Comandante do III Distrito Naval Dimas Lopes da Silva Coelho - Recife/PE - 1983.

9.2.3. Medalha do Pacificador, conferida pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado do Exército Walter Pires, por assinalados serviços prestados ao Exército Brasileiro - Brasília/DF - 1984.

9.2.4. Medalha do Mérito da Polícia Militar do Estado de Pernambuco - 1991.

10. DIPLOMAS

10.1. Diploma conferido pela Coordenação Regional do Projeto RONDON, por relevantes serviços prestados à Integração nacional nos anos de 1972 e 1973.

10.2. Certificado de Relevantes Serviços Prestados ao Projeto RONDON.

10.3. Diploma de Honra ao Mérito por relevantes serviços prestados às classes trabalhadoras de Pernambuco, durante o ano de 1971, conferido pelo Jornal DIÁRIO DA MANHÃ - Recife/PE.

10.4. Certificado conferido pela Coordenadoria Regional da Operação Mauá de Pernambuco do Ministério dos Transportes, pela cooperação na Operação Mauá - 1971 e 1972.

10.5. Diploma da Ordem de Ororubá, conferido pela Associação dos Antigos Alunos do Cristo Rei, como reconhecimento aos relevantes serviços prestados ao município de Pesqueira/PE.

10.6. Diploma da Escola Superior de Guerra - 12/12/1975.

10.7. Diploma de Participação no II Congresso Nacional sobre o Nordeste, Palácio das Convenções, Parque Anhembi - São Paulo/SP - 1979.

10.8. Diploma de Deputado Estadual, conferido pelo Tribunal Eleitoral de Pernambuco - 1987.

10.9. Diploma de Deputado Estadual, conferido pelo Tribunal Eleitoral de Pernambuco - 1991.

11. TÍTULOS

11.1. Cidadão do Estado da Geórgia, Estados Unidos da América, outorgado na capital daquele estado, novembro/1973.

11.2. Cidadão da Cidade do Recife, outorgado pela Câmara Municipal do Recife, através da Resolução nº 791 de 17/07/1992.

11.3. Cidadão de Cachoeirinha, Estado de Pernambuco, outorgado pela Câmara Municipal daquele município.

11.4. Cidadão de Tracunhaém, Estado de Pernambuco, conferido pela Câmara Municipal daquele município, através da Lei nº 02 - Janeiro/1973.

- 11.5. Cidadão de Serrita, Estado de Pernambuco, outorgado pela Câmara Municipal daquele município, através da Resolução nº 03 - 1º de outubro/1973.
- 11.6. Cidadão de Canhotinho, Estado de Pernambuco, outorgado pela Câmara Municipal daquele município, através da Resolução nº 01 - 06/10/1973.
- 11.7. Cidadão de Pombos, Estado de Pernambuco, outorgado pela Câmara Municipal daquele município, através da Lei nº 213 - 31/10/1973.
- 11.8. Cidadão de Brejão, Estado de Pernambuco, outorgado pela Câmara Municipal daquele município.
- 11.9. Cidadão de Tacaimbó, Estado de Pernambuco, outorgado pela Câmara Municipal daquele município.
- 11.10. Sócio Benemerito da Federação Pernambucana de Futebol.

FÓRUM THOMAZ CIRILO

Merce destaque a mudança das Varas Judiciais instaladas nos pardieiros da rua João de Barros e da rua Moacir Baracho para o prédio anteriormente ocupado pelo Grande Hotel. A utilização do imóvel foi prematura, porque estavam inacabadas as obras de adaptação. Os elevadores sem funcionarem, as escadas sujas e manchadas. Falta de acomodação, nos corredores, para os usuários, porém, apesar dos pesares a situação melhorou bastante. Nenhum paliativo, entretanto, resolverá as mazelas destas adaptações, porque a solução há de ser definitiva. Os desacertos de grupos impedem que o Poder se imponha, e para para a construção de imóvel que concentre todos os órgãos da 1ª instância da Capital. Já perderam a área do Cais do Apolo, graças a Deus. Mas não se admite que se desperdice o que foi investido na ilha do Leite, na Joana Bezerra. Há espaço para tudo, inclusive futuros acréscimos, se for necessário. Um prédio, com dois pavimentos, térreo e 1º andar. Com rampa de acesso, suave para facilitar a vida dos mais velhos e dos usuários de cadeiras de rodas, eliminando os famigerados elevadores, que maldosamente vêm servindo de símbolo do PODER, devagar, quase parando e na maioria das vezes em recesso. A área destinada e onde já se investiu, segundo se diz, grandes soma nas obras de infra estrutura, se encontra em local privilegiado, proporcionando fácil acesso porque perto do centro da Cidade - condição hoje sem muita importância - mais provida de largas avenidas, modernas e bem tratadas, e, principalmente com área que permite amplo estacionamento para veículos, o que aliás, segundo os costumes atuais, pode servir de fonte de renda. A construção horizontal além de baratear a obra permite que ela seja construída no período de um só mandato, de uma só gestão. O FÓRUM THOMAZ CIRILO - homenagem a um dos maiores juízes pernambucanos - seria então instalado num prédio que dignificasse a Justiça pernambucana e merecesse o nome do homenageado.

Os Honorários e as Relações Cliente - Advogado

ELABORADO PELO ADVOGADO HUMBERTO GOMES DE BARROS



CULPA DE QUEM?

DO ADVOGADO QUE DESCUMPRIU O
CÓDIGO DE ÉTICA PROFISSIONAL
"É RECOMENDÁVEL QUE SE CONTRATE, PREVIAMENTE, POR ESCRITO, A PRESTA-
ÇÃO DOS SERVIÇOS PROFISSIONAIS. "(SEÇÃO VIII - REGRA 1)

O Patinho Fiel, nível 6

Era mulatinho, magrinho, cabeça e olhos grandes, vivia no mundo da lua, desenhando mulheres e casarios. Por isso não era escolhido para compor o time de futebol dos meninos da sua rua, ele que gostaria de ser o ponta esquerda. Nem para bandeirinha escalavam aquele moreninho que vivia lendo e escrevendo poesia, coisa que não podia ser de menino-homem dos Quatro Cantos de Olinda.

Tinha Duas Irmãs, uma delas muito querida que achava parecida com uma rainha, senão uma deusa que lhe dava atenção.

Não foi aceito para servir no Exército e para culminar foi estudar Direito, coisa de "cogue", de cabra que quer resolver as coisas na conversa, incapaz de sair no braço.

Formado o Dr. Paulo Galhardo Bandeira da Cruz não teve apoio do pai e por isso se mandou para a Bahia, terra de mulato, ele que tinha irmãs brancosas que se diziam louras.

Foi liso, porque tinha pouco dinheiro. Andou quebrando a cara, morou até em bordel, mas não se contaminou, não tinha estrutura nem físico pra ser cafetão, entretanto continuava a escrever as suas poesias, recitadas em primeira mão para as meninas da casa e para a boemia do pelourinho.

Depois de algumas topadas conseguiu em emprego numa multinacional de renome, assessorando e fiscalizando outras tais, emprego que aceitou dos "gringos" porque precisava comer melhor.

Inteligente, porém, ou por isso mesmo, modesto, conseguiu posição de destaque na Companhia, conheceu figurões, gente da alta que o chamavam de Dr. Paulo, tudo isso lhe valeu a inveja do seu chefe imediato, recém transferido de São Paulo, que se orgulhava de ser "oriundo".

As perseguições começam, agora perigosas porque ele, casado, precisava do emprego. Velo o ultimato do bondoso chefe "você vai ser transferido para gerenciar uma filial de São Paulo ou um departamento da Matriz, não pode ficar mais na Bahia.

Pedi as contas, não podia viver sem a salsa marinha de Amaralina, os candomblés, o Terreiro de Mãe Menininha, nem o carnaval do Recife.

Voltou para ser Assessor Jurídico, Nível 6 do Estado, com o ordenado menor do que o do seu continuo bahiano. Mas, aqui, podia ficar perto do mar, podia contar estória de trancoso para sua filha e tocar violão em serenata para sua mulher e principalmente fumar cinco maços de "Hollywood" por dia.

Emitiu pareceres jurídicos bem elogiados, assessorou Secretários a planejar novos órgãos, concorreu a prêmios jurídicos, pintou seus quadros, escreveu suas poesias realizando o seu ideal maior. Organizou exposições e conseguiu editar com a ajuda de Gustavo Krause e de Monteirinho, da Fazenda, numa edição primorosa, OS POETAS DA RUA DO IMPERADOR. Estruturou a contabilidade do nosso Instituto.

Respeitado por todos, querido dos seus amigos, não conseguiu ser Nível 7.

Viveu heroicamente, morreu estoicamente, com um cigarro no bico, comunicando-se com os amigos por escrito, porque não podia falar. Mas o olhar permitia que ele substituisse o que a nicotina destruiria. Certamente que S. Pedro lembrou-se de Manoel Bandeira e disse - "entra Paulo, você não precisa pedir licença, apenas tem que jogar fora o "goia". Mesmo assim o nosso Patinho Feio entrou ressabiado não antes da última tragada...

JUSTICA SEJA FEITA.

A PROCURADORIA GERAL DO ESTADO FICOU MUITO MAIS ÁGIL.

Nestes três anos e meio da administração Joaquim Francisco, a Procuradoria Geral contou com muitos avanços para tornar mais ágil a cobrança da Dívida Ativa e mais eficiente o trato das relevantes questões jurídicas que envolvem o interesse do Estado. Confira.

- Interiorização e expansão das ações da Procuradoria através da criação das Procuradorias Regionais de Caruaru e Petrolina, já em funcionamento, e as de Arcoverde e Brasília (DF), em implantação.
- Informatização de todo o sistema de rotinas da Procuradoria, facilitando o ordenamento processual e a agilização dos serviços.
- Instalações físicas, equipamentos e mobiliários da Procuradoria Geral do Estado, em prédio totalmente reformado na Rue do Sol.

Criação do Fundo de Sucumbência Processual, que consiste em reverter os honorários advocatícios das questões ganhas pelo Estado, em recursos aplicados exclusivamente no reequipamento e melhoramento da Procuradoria.

Aprimoramento profissional através da reestruturação do seu centro de estudos jurídicos, com a criação da biblioteca, realização de palestras e seminários, além de treinamento dos novos procuradores aprovados em concurso público.

**GOVERNO DE
PERNAMBUCO**