

Nº 3

Revista Brasileira de Direito Societário e Registro Empresarial

Realização:



Apoio:



Nº 3

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO SOCIETÁRIO E REGISTRO EMPRESARIAL

**Revista Brasileira de Direito
Societário e Registro Empresarial**

Coordenação

Teresa Cristina G. Pantoja (RJ)
Helisia C. Góes (AP)
José A. Cerezoli (RJ)
Conselho Editorial:
Anderson Rodrigues da Silva (SP)
André Luiz Santa Cruz Ramos (DF)
Armando Rovai (SP)
Carlos Martins Neto (RJ)
Carolina Gedeon (RJ)
Cássia Mizusaki Funada (RO)
Cássio Cavalli (SP)
Celso Mogioni (SP)
Eduardo Rodrigues Junior (RJ)
João Ricardo Coelho (PB)
Marcelo Vieira von Adamek (SP)
Márcio Guimarães (RJ)
Marcus Vinicius Tadeu Pereira (PR)
Maurício Moreira M. de Menezes (RJ)
Paulo Sérgio Mazzardo (RS)
Ronald Sharp Jr. (RJ)
Sérgio Campinho (RJ)

Todos os direitos reservados.
É proibida a reprodução
total ou parcial, de qualquer
forma ou por qualquer meio
eletrônico ou mecânico,
inclusive através de processos
xerográficos de fotocópias ou
de gravação, sem permissão
por escrito do possuidor
dos direitos de cópias (Lei
nº 0.610, de 19.02.1998).



Editora



Impresso no Brasil/Printed in Brazil
Distribuído em todo o Território Nacional
Coordenação editorial: José A. Cerezoli
Projeto Gráfico: João Augusto

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 9

- 1. A Ausência de Informações Sobre Conflitos no Contencioso do Mercado de Capitais e Consequências para a Governança Corporativa Brasileira 11**
Érica Gorga
- 2. Adiantamento para Futuro Aumento de Capital: aspectos jurídicos e utilidades práticas 35**
Deborah Bastos Mothe
- 3. Sucessão de quotas de sócio falecido de sociedade limitada, no âmbito do registro empresarial 59**
Marcus Vinicius Tadeu Pereira, Juliane Machado da Fonseca Nascimento, Flávia Regina Britto Gonçalves
- 4. Três décadas da lei de registro público de empresas, Lei Nº. 8.934/94..93**
José A. Cerezoli e Humberto Lopes Cavalcante
- 5. Parecer nº. 88/2021-JUCERJA-PRJ-JAC 119**
José A. Cerezoli
- 6. Parecer nº. 93/2021-JUCERJA-PRJ-JAC 129**
José A. Cerezoli

Revista Brasileira de Direito Societário e Registro Empresarial. Rio de Janeiro:
IBREmp, 2023. Número 3.
ISSN 2764-8877
1.Direito 2. Direito societário 3. Registro Empresarial 4. Regulação

APRESENTAÇÃO



Apresentação

A “Revista Brasileira de Direito Societário e Registro de Empresas” foi criada em 2020 pelo Instituto Brasileiro de Registro Empresarial (IBREmp), com o objetivo de divulgar Artigos Científicos, Pareceres e Pesquisas na área de Direito Societário, Registro e Legalização de Empresas e Regulação Econômica.

Ela é editada semestralmente (duas edições por ano) e conta com artigos e pareceres importantíssimos para empresários e para todos que atuam nas áreas abrangentes e correlatas.

Nosso Conselho Editorial é ilustre, de grande conceito, formado por professores e profissionais experientes, sob a coordenação da Dra. Teresa Cristina G. Pantoja (PUC-RJ), Mestre José A. Cerezoli (IBREmp/JUCERJA), da Dra. Helisia C. Góes (UNIFAP/JUCEAP), e por um Conselho Editorial competentíssimo, composto por professores e profissionais renomados nas suas áreas de atuação.

Nesta terceira edição apresentamos quatro artigos científicos de alta relevância na matéria, elaborados por proeminentes profissionais e, também incluímos dois pareceres emitidos pela Procuradoria Regional da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, que analisa questões muito interessantes, submetidas ao Registro de Empresas.

Espero que gostem da leitura!

José Cerezoli

Coordenador da Revista Brasileira de Direito Societário e Registro de Empresas

1

A Ausência de Informações Sobre Conflitos no Contencioso do Mercado de Capitais e Consequências para a Governança Corporativa Brasileira

ÉRICA GORGA

Érica Gorga é bacharel em Direito e Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com Pós-Doutoramento pela University of Texas School of Law. Foi Associate Research Scholar e Diretora do Centro de Direito Empresarial da Yale Law School (2013-2015). Foi Professora Visitante na Vanderbilt Law School (2010, 2012), na Cornell Law School (2007-2008) e na University of Texas School of Law (2006). Foi Pesquisadora Visitante na Stanford Law School (2002-2003). Foi docente da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (2006-2015). Foi Professora da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV-EAESP) (2016-2017). É advogada em São Paulo.

Resumo

Este trabalho desenvolve a relação existente entre acesso a informações sobre conflitos societários e governança corporativa, a partir da análise qualitativa e comparativa dos mecanismos existentes nos Estados Unidos para busca de informações sobre controvérsias societárias, e suas consequências para o desenvolvimento da governança corporativa naquele país. O trabalho trata das barreiras existentes para o alcance de informações sobre disputas societárias no Brasil, examinando os problemas e entraves do sistema judicial e de arbitragem a esse respeito. A conclusão apresenta um diagnóstico do problema da assimetria de informações sobre controvérsias societárias no país.

Palavras-Chave: assimetria informacional, conflitos societários, mercado de capitais, governança corporativa

Abstract

This paper develops the relationship between disclosure of information in corporate litigation and corporate governance. It draws from a qualitative and comparative analysis to the mechanisms in place in the United States for the search of information about corporate controversies, and their consequences for the development of the U.S. corporate governance. The paper explains the barriers that exist for the availability of information on corporate disputes in Brazil, and it examines the problems and barriers of the judicial proceeding and arbitration in this respect. The conclusion presents a diagnosis of the problem of asymmetry of information about corporate conflicts in Brazil.

Keywords: information asymmetry, corporate conflicts, capital markets, corporate governance

I. Introdução

A revelação (*disclosure*) e a transparência de informações são pilares de todo o aparato regulatório do mercado de capitais e da governança corporativa contemporânea.¹ Desde a queda da Bolsa de Nova York em 1929 e a implementação do sistema de revelação obrigatória de informações durante o *New Deal*, por intermédio dos *Securities Act de 1933* e *Securities and Exchange Act de 1934*, os profissionais de mercado e a literatura acadêmica estudam e discutem como aprimorar os requerimentos de divulgação de informações das companhias abertas sobre seus negócios e atividades.

Tal divulgação de informações por parte dessas companhias é condição para a captação de recursos financeiros do público investidor e para a negociação de valores mobiliários em mercado de bolsa aberto ao grande público. A *Securities and Exchange Commission (SEC)*, órgão regulador do mercado de capitais americano, é a guardiã deste sistema de revelação de informações e, com base nas leis mencionadas, cria e aperfeiçoa, periodicamente, novas regras administrativas sobre padrões e exigências de divulgação para possibilitar que investidores tenham acesso às informações relevantes para suas decisões de adquirir ou vender valores mobiliários.

Seguindo a lógica da regulação norte americana, também o ordenamento brasileiro editou os principais diplomas que regulam o mercado de capitais, a Lei 6.385/76 que cria a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e a Lei 6.404/76 que regula as sociedades anônimas abertas, estabelecendo parâmetros legais para a política de revelação abrangente de informações.

É importante notar que tal política de divulgação obrigatória de informações tem como lógica a obtenção de informações durante o “andamento normal” das atividades das sociedades. Porém, situações de grandes conflitos societários, como ocorrido em fraudes e escândalos que marcaram o mercado de capitais recorrentemente, a exemplo dos casos OGX e Petrobras, evidenciam que a política de disclosure ex ante é insuficiente para informar o investidor sobre tudo o que de fato ocorre dentro das companhias abertas. Em ambos os casos, os investidores não

¹ Ver Joel Seligman, The historical need for a mandatory corporate disclosure system. *The Journal of Corporation Law*, vol. 9, n. 1, 1983. Merrit Fox, Required disclosure and corporate governance, *Law & Contemporary Problems*, vol 62, p. 113, 1999.

foram informados sobre as fraudes e corrupção realizada pelos membros da administração das sociedades, até que as informações viessem à tona por meio das investigações da Operação Lava Jato.² Com efeito, os fatos relacionados a estas prisões de executivos de alto escalão de empresas abertas deveriam ter sido anteriormente revelados ao mercado em razão das obrigações estipuladas no artigo 157 parágrafo 4 da Lei das S.A., já que obviamente influenciam a decisão dos investidores de comprar ou vender valores mobiliários emitidos pelas companhias.

Assim, quando ocorrem fraudes e as companhias burlam as obrigações de *disclosure ex ante* é necessário contar com o sistema de litígios para investigar os detalhes do problema específico, obter informações *ex post* que não foram publicamente reveladas *ex ante* ao mercado e resolver as controvérsias societárias de modo a compensar investidores pelos prejuízos que sofreram em razão das condutas e decisões inadequadas tomadas por administradores das companhias.³

Ocorre que a literatura acadêmica, tanto nacional quanto estrangeira tem geralmente se restringido à análise de questões de *disclosure* de informações durante o curso normal das atividades das companhias abertas e negligenciado o estudo da revelação *ex post* de informações, quando ocorrem conflitos e disputas societários. Nesse ínterim, objetiva-se mostrar neste trabalho que os mecanismos disponíveis para busca de informações detalhadas em situações de conflitos societários é variável primordial que molda os sistemas internacionais de governança corporativa, produzindo importantes diferenças entre eles e consequências para a evolução

2 O empresário Eike Batista, presidente do grupo EBX, foi indiciado por corrupção ativa e lavagem de dinheiro por simular uma negociação de mina de ouro do Grupo X, operação que na realidade visava repassar suborno de US\$ 16,5 milhões de propina ao ex-governador Sérgio Cabral. Ver Habeas Corpus 143.247 Rio de Janeiro. Relator Ministro Gilmar Mendes, p. 8, 19. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/gilmar-solta-eike.pdf>. Como se sabe, os ex-diretores Paulo Roberto da Costa (Diretoria de Abastecimento), Nestor Cerveró (Diretoria da Área Internacional), Jorge Zelada (Diretoria da Área Internacional), Renato Duque (Diretoria de Serviços) e o ex-gerente Pedro Barusco da Petrobras S.A. foram presos em razão de crimes praticados durante sua gestão no corpo administrativo da empresa. Ver <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/decisoes-da-justica>.

3 É claro que na Operação Lava Jato, o foco das investigações e processos judiciais ocorre na esfera penal, a qual acabou trazendo à tona inúmeras informações relevantes ao mercado e para fins da responsabilidade civil dos perpetradores de ilícitos. No entanto, em casos nos quais os ilícitos não chegam a caracterizar crimes na esfera penal, a divulgação de informações sobre os conflitos societários deve ocorrer por meio de litígios da esfera cível.

das práticas empresariais e desenvolvimento dos mercados.⁴

As informações constantes em processos administrativos ou judiciais podem revelar fatos e provas sobre as partes responsáveis por ilícitos societários ao grande público, quando satisfeito o princípio da publicidade de atos processuais. Tal fenômeno, que pode ser denominado “vazamento de informações de litígios”, alimenta o fluxo de informações ao mercado. Fenômeno frequente em sistemas estrangeiros, o vazamento de informações por meio dos litígios diminui a assimetria informacional, possibilita o conhecimento e a fiscalização das condutas e das decisões societárias impugnadas, bem como a apreciação de tais informações pelo público investidor. Em última instância, tal processo contribuirá para a discussão de falhas regulatórias e de necessidade de reformas e aperfeiçoamentos nas normas que disciplinam as práticas empresariais.⁵

Sem o acesso a informações sobre os conflitos societários, o mercado investidor e a própria sociedade ficam drasticamente restringidos na capacidade de avaliar ilícitos e condutas inapropriadas. Inviabilizam-se o debate e a avaliação sobre as ações e decisões administradores, e sobre a apreciação e julgamento dos reguladores do mercado nas situações concretas. A evolução da governança corporativa fica prejudicada, já que a avaliação sobre as melhores práticas e recomendações depende da possibilidade de acesso a informações.⁶

O objetivo deste estudo é chamar atenção para a falta de informações no mercado de capitais brasileiro sobre os conflitos e litígios societários. Tal problema ocorre em razão de três principais fatores. Em primeiro lugar, aponta-se um problema na estrutura do processo civil brasileiro que molda os mecanismos de obtenção de provas e apuração dos fatos relativos à determinada disputa. O sistema judicial de solução de conflitos, apesar de ter a publicidade como princípio basilar, em razão de deficiências das normas processuais, não confere

4 Ver Érica Gorga, Arbitragem, governança corporativa e retrocesso no mercado de capitais brasileiro. *Revista de Direito Empresarial (Rede)*, ano 2, n. 1, jan./fev. 2014, p. 125 (discutindo o problema da necessidade do acesso a informações para a evolução da governança corporativa em artigo que criticou o regime de sigilo instituído pelo sistema de arbitragem bolsa de valores BM&FBovespa). O presente artigo expande o diagnóstico do problema da falta de acesso a informações não só no âmbito do sistema de solução de controvérsias por via arbitral, mas também no sistema judicial.

5 Id., p. 127.

6 Id., p. 127.

mecanismos processuais adequados para a obtenção de informações sobre controvérsias e ilícitos societários. Por isso, a falta de informações detalhadas sobre as condutas e decisões ilegais faz com que muitos réus culpados sejam absolvidos, pois, de acordo com o princípio geral de direito, a tendência é que os autores sejam considerados inocentes desde que não haja prova em contrário.

Em segundo lugar, tem havido uma flexibilização inadequada do princípio de publicidade dos atos processuais em detrimento do interesse público em muitos casos atuais de escândalos financeiros no mercado de capitais, com a decretação do segredo de justiça por juízes com base em argumentos que visam “proteger a intimidade dos réus”, impossibilitando assim o acesso do público investidor sobre as informações reveladas durante o processo judicial. Nesse sentido, as regras existentes no próprio sistema de processo civil, as quais deveriam assegurar a publicidade dos atos processuais, têm sido erroneamente aplicadas pelos intérpretes da lei no âmbito judicial.

Em terceiro lugar, a arbitragem que substitui o Judiciário como mecanismo de solução de conflitos societários de companhias abertas listadas nos melhores segmentos governança corporativa da BM&FBovespa opera em regime de sigilo a ser observado em todas as fases do procedimento arbitral.⁷

Em decorrência, os mecanismos de solução de disputas disponíveis atualmente no mercado de capitais brasileiro não fornecem informações adequadas aos investidores e ao mercado sobre as condutas e decisões questionáveis tomadas por administradores e/ou controladores de companhias abertas, impedindo-se a avaliação de mérito do mercado, e a discussão detalhada sobre falhas de governança corporativa existentes na prática.

Feita a introdução do problema, a seção II desenvolve a relação existente entre acesso a informações sobre conflitos societários e governança corporativa, a partir da análise qualitativa e comparativa dos mecanismos existentes nos Estados Unidos para busca de informações sobre controvérsias societárias, e discute suas consequências para o desenvolvimento da governança corporativa naquele país. O foco no sistema americano é justificado na medida em que o direito societário brasileiro tem sido profundamente influenciado por este sistema, tal

como reconhecido pelos próprios autores da Lei das S.A brasileira.⁸ A seção III trata dos entraves existentes para o alcance de informações sobre disputas societárias no Brasil, examinando os problemas do sistema judicial e de arbitragem a esse respeito. No âmbito do sistema judicial, são examinadas a insuficiência das normas processo civil brasileiro que dificulta a produção de provas em litígios societários e a expansão injustificada do segredo de justiça nos litígios societários. Em seguida discute-se a ausência de informações sobre procedimentos arbitrais das companhias abertas listadas nos segmentos especiais de governança corporativa. A seção IV conclui, apresentando um diagnóstico do problema de assimetria de informações sobre controvérsias societárias no país.

II. Acesso a Informações sobre Conflitos no Mercado de Capitais e Evolução da Governança Corporativa nos Estados Unidos

A evolução da regulação do mercado de capitais e do direito societário americano foi largamente influenciada pelo sistema contencioso e o desenvolvimento de jurisprudência nestas áreas. O sistema americano de investigação dos fatos ou descoberta de informações (“discovery”) foi estabelecido pelas *Federal Rules of Civil Procedure* em 1938, seguindo-se à promulgação do *Rules Enabling Act*, em 1934, que autorizou o Judiciário a desenvolver novas regras de processo civil para as cortes. Portanto, o processo de reforma do Judiciário americano foi concebido praticamente ao mesmo tempo que a reforma do mercado

⁸ Alfredo Lamy Filho, José Bulhões Pedreira. *A Lei das S.A. Pressupostos, elaboração, modificações*. Vol 1. Ed. Renovar, 1997, p. 135: “O Anteprojeto, como orientação geral, teve presentes os seguintes objetivos e diretrizes: (...) g) observar a tradição brasileira na matéria, que vem do direito continental europeu, mas aceitar as soluções úteis do sistema anglo-americano, que por força da aceleração das trocas internacionais, cada vez mais se impõem na Europa e crescem em difusão entre nós”. A lei do mercado de capitais também segue a lógica de diferenciação de ofertas públicas e privadas de valores mobiliários, conforme concebida no ordenamento americano. O sistema americano se tornou provavelmente a maior influência na evolução do direito societário e da regulação brasileira de mercado de capitais, não somente no que tange sua influência na criação de normas e regras administrativas, mas no que diz respeito às práticas da indústria, a exemplo dos processos de diligência legal (*due diligence*) realizados nas operações de abertura de capital e/ou emissão de valores mobiliários e nas operações de fusões e aquisições. Todo advogado militante em direito societário e mercado de capitais lida com contratos e cláusulas contratuais inspiradas nas práticas adotadas no sistema americano. A evolução dos códigos de governança corporativa inspirados na prática americana também influenciam todo o debate e evolução das práticas de governança corporativa nacionais.

⁷ Ver Érica Gorga, Arbitragem, governança corporativa e retrocesso no mercado de capitais brasileiro. Op. Cit.

de capitais no contexto do pós-crise de 1929, sendo promulgado pouco tempo depois da edição dos *Securities Acts*.

Tal sistema de normas processuais foi fruto da mesma filosofia realista que baseou toda a legislação originada durante o *New Deal*.⁹ Os principais objetivos eram desmistificar o processo judicial e impedir o uso de técnicas jurídicas e de pedidos abstratos que pudessem prosperar com base nas habilidades do advogado de manipular as regras a seu favor e convencer o juiz, realizando, assim, “jogadas jurídicas” com base em narrativas desconexas da realidade. Assim, o escopo era alcançar decisões judiciais baseadas não em formalismo e técnicas legais abstratas, mas sim em investigações detalhadas sobre os fatos, que pudessem esclarecer os detalhes do conflito existente, para que o juiz pudesse decidi-lo em função das evidências e provas, e não ao sabor do seu humor circunstancial.

As novas regras processuais almejavam que as disputas jurídicas pudessem ser resolvidas de maneira racional, inspiradas em métodos científicos e, desse modo, permitiu-se a adoção de ferramentas que possibilitassem investigação ampla dos fatos efetivamente ocorridos, realizada de maneira descentralizada pelas próprias partes envolvidas no conflito, durante um período de extensa “descoberta” (*discovery*), para que estas pudessem avaliar todos os fatos e circunstâncias da disputa, com a expressa finalidade de que, em posse de todas as informações relevantes para ambas as partes, elas racionalmente avaliassem, então, o valor dos seus casos e as probabilidades de ganho ou perda num suposto litígio. De acordo com Ragland, “um advogado que não utilizasse procedimentos de descoberta é como um médico que trate uma fratura séria sem antes usar o raio – X.”¹⁰ Essa dinâmica de possibilitar acesso das partes a todos os fatos antes do julgamento, teve deliberadamente o fim de promover os acordos (*settlements*), ou seja, desfechos negociais amistosos entre as partes resultantes em acordos de conciliação realizados antes da intervenção definitiva do juiz em decisão de mérito sobre o caso.

Nesse sistema, existe uma descentralização do processo de averiguação dos fatos de modo que os advogados das partes têm poder

para realizar investigações amplas, solicitando documentos e realizando deposições com o fim de reconstruir os fatos e circunstâncias relativos à questão controversa.¹¹

O objetivo deliberado do sistema ao promover acordos consensuais entre as partes pressupõe que as próprias partes, em posse das informações necessárias para avaliar as suas perspectivas de êxito no litígio judicial, têm melhores condições de chegar a um desfecho amistoso que maximize seu bem-estar. A intervenção do juiz, nesse sistema, é vista como exceção e não regra. As partes utilizam o processo judicial, assentado no sistema de “descoberta” de informações, essencialmente como meio para auferir informações para uma tomada de decisão sobre o conflito existente que lhes seja eficiente.

Seguindo esses objetivos, o sistema judicial de descoberta de informações (*discovery*) disponibilizou um conjunto de ferramentas para que as partes pudessem obter informações detalhadas sobre os fatos da controvérsia em questão. Entre elas, destacam-se, primeiramente, o uso de depoimentos de pessoas envolvidas na disputa sem a necessidade da presença do juiz. O sistema de interrogatórios orais das testemunhas é descentralizado, permitindo aos advogados de ambas as partes colher depoimentos das próprias partes e demais testemunhas, isto é, quaisquer pessoas consideradas relevantes para esclarecer questões do caso. Esse processo, denominado “*cross examination*” possibilita a obtenção de respostas sobre todo o assunto relevante para o esclarecimento do caso pendente, sendo os depoimentos orais gravados e depois passíveis de utilização no julgamento, quando as partes novamente poderão ser questionadas e confrontadas com outras questões para a verificação de eventuais contradições. É importante ressaltar que não existe objeção ao questionamento das partes que eventualmente cometeram o suposto ilícito alvo de apuração, sendo estas obrigadas a responder todas as perguntas realizadas pela contraparte, após a realização um juramento pelo qual se comprometem a dizer sempre a verdade.

Outra possibilidade do sistema de *discovery* é a busca de documentos que se constituam “evidência relevante”. O conceito de evidência “relevante” é definido de maneira abrangente permitindo que as

9 MARCUS, David. The Federal Rules of Civil Procedure and Legal Realism as a Jurisprudence of Law Reform, *Georgia Law Review*, vol. 44, p. 438, 2010.

10 George Ragland, *Discovery Before Trial* 19-24 (1932).

11 Érica Gorga; Michael Halberstam. *Litigation discovery and corporate governance: the missing story about the “genius of American corporate law”*. *Emory Law Journal*, vol. 63, n. 6, 2014, p. 1394.

partes solicitem documentos da contraparte, a qual deverá entregá-los sob pena de ser acusada de obstrução de justiça com as consequentes sanções penais cabíveis. Essa possibilidade de busca ampla de documentos possibilita, por exemplo, que um grupo de acionistas descontentes tenham acesso a todas as pastas e documentos envolvendo determinada operação societária que está sendo contestada. Desse modo, literalmente significa dizer que tais acionistas poderão ter acesso a documentos dos computadores pessoais do diretor presidente (CEO), diretor financeiro (CFO), membros da diretoria, membros do conselho de administração, secretárias e quaisquer pessoas que possam deter documentos relevantes para o conflito. A busca por evidências não inclui somente aquelas que estejam em direta posse das partes, mas pode alcançar os documentos utilizados e guardados por seus advogados e contadores, e toda a pesquisa que eles elaboram para emitir algum parecer legal ou contábil para a companhia envolvida no litígio.

Utilizados em conjunto, o método de buscas de documentos e obtenção de depoimentos fornece uma quantidade de informações que podem se complementar ou contradizer, fazendo com que as testemunhas tenham que esclarecer o conteúdo de e-mails, discussões e reuniões das quais participaram, as atas dessas reuniões, levando-as a reconhecer e admitir se agiram da melhor maneira esperada por um agente fiduciário ou se falharam em cumprir os deveres legais de diligência, lealdade e boa fé aplicáveis.

O processo de *discovery* possibilita, então, acesso a inúmeros documentos, evidência e provas sobre ações, decisões e operações societárias, tal como aconteceu nos casos Enron, WorldCom, Bear Sterns, na contestação da operação de incorporação da Merrill Lynch pelo Bank of America, e em diversos outros casos que se tornaram paradigmáticos para a evolução da *case law* e da governança corporativa americana.

Em síntese, o sistema de descoberta de informações (*discovery*) estruturou e influenciou a evolução de litígios societários nos Estados Unidos.¹² A análise de diversos casos da Corte de Delaware, tais como *Van Gorkom*, *Caremark* e *Disney* leva à conclusão de que o sistema de *discovery* funciona como método de revelação de informações *ex post*

em situações de graves problemas e conflitos societários, complementando o sistema de *disclosure* de informações *ex ante* regulado pela *Securities and Exchange Commission* durante o andamento normal dos negócios das companhias.¹³ Como consequência, o sistema de descoberta influencia as estratégias e estruturas de litígios de processos coletivos e ações de responsabilização de administradores (*class actions* e *derivative actions*), de modo que as informações reveladas nas investigações conduzidas no bojo desses processos estimule o desenvolvimento da jurisprudência (*case law*) americana, gerando mudanças nas próprias normas de divulgação de informações e nos padrões de governança corporativa do mercado.¹⁴

A disponibilidade de informações detalhadas em situações de conflitos societários é uma variável primordial que molda os sistemas internacionais de governança corporativa, produzindo importantes diferenças entre eles e consequências para a evolução das práticas empresariais e desenvolvimento dos mercados.¹⁵ As informações surgidas nos processos judiciais, a exemplo dos casos Enron, WorldCom, Disney e Bank of America influenciam a evolução da governança corporativa no sistema americano, fazendo vir à tona informações usualmente mantidas em sigilo pela companhia. Exemplos são as circunstâncias fáticas que envolveram o processo de tomada de decisões, tais como compartilhamento ou falta de materiais e documentos apropriados, tempo destinado à análise e discussão do conselho de administração, consultas a profissionais especializados sobre o tema a ser votado. Enfim, todos os detalhes dos acertos ou das falhas do processo que culminou com as decisões ou condutas decisões questionadas tornam-se conhecidas pelo grande público e, muitas vezes, divulgadas pela mídia, a depender da repercussão do caso, de modo a gerar debate e apreciação sobre os temas controvertidos de governança corporativa das empresas.

Portanto, apesar da ausência de discussão na literatura sobre a relação entre direito societário e processo civil, fato é que somente com a interação e evolução conjunta do sistema de *disclosure* do mercado de capitais e do sistema de *discovery* de processo civil, o sistema jurídico americano alcançou acesso a todas as informações necessárias para investidores em épocas de andamento normal dos negócios

12 Érica Gorga; Michael Halberstam. *Litigation discovery and corporate governance: the missing story about the "genius of American corporate law"*. *Emory Law Journal*, vol. 63, n. 6, 2014.

13 Id., p. 1462.

14 Id., p. 1461.

15 Id.

da companhia e no bojo das disputas societárias, de modo a promover o aprimoramento constante dos deveres fiduciários, regulação e governança corporativa.

III. O Problema da Assimetria de Informações em Situações de Conflitos Societários no Mercado de Capitais Brasileiro

O problema atual da ausência de informações sobre litígios societários e de mercado de capitais é sintomático, alcançando as esferas do processo judicial e da arbitragem, conforme descrevemos abaixo.

III.1. A Falta de Informações em Processos Judiciais

A falta de informações sobre conflitos nos processos judiciais tem como causa dois principais fatores. O primeiro se refere à própria incipiência dos mecanismos disponibilizados às partes para a produção de provas, situação que, naturalmente, é agravada em conflitos societários, caracterizados pela assimetria de informações típica da relação agente-principal. Nesses casos, o problema se encontra nas próprias regras consubstanciadas no Código de Processo Civil. O segundo fator se refere à interpretação equivocada de juízes sobre as regras processuais, os quais vêm autorizando a decretação de “segredo de justiça” em controvérsias societárias de evidente interesse público para o mercado de capitais.

III.1.1. Os Problemas para a Produção de Provas no Processo Civil Brasileiro

O ônus da prova, no direito brasileiro, incumbe sempre ao autor da ação, segundo o artigo 333 do Código de Processo Civil. Assim, o ônus da prova em conflitos societários será dos acionistas ou investidores lesados, que deverão provar que os administradores ou gestores dos seus recursos agiram de maneira indevida. Para provar a existência de conduta inapropriada é preciso então que os autores possam dispor de mecanismos de provas eficientes.

Ocorre que, um dos princípios mais importantes encampados pelo processo civil brasileiro é aquele que exige os réus de produzirem informação que possa ser utilizada contra eles mesmos. Tal

princípio é denominado *Nemo Tenetur se Detegere*, o qual assegura ao acusado privilégios contra a auto-incriminação. Este princípio que é utilizado no Brasil extensivamente para proteger autores em ações criminais,¹⁶ mas que também influencia toda a lógica do processo civil, obstaria, por exemplo, que no caso Disney, Michael Ovitz e Michael Eisner, respectivamente diretor presidente (CEO) e presidente do conselho de administração (*Chairman*) da Disney envolvidos no escândalo sobre remuneração de executivos, pudessem ser interrogados livremente pelos advogados dos acionistas, tal como sucedeu no litígio societário americano.

No que tange à possibilidade de obtenção de documentos para esclarecer os fatos ocorridos no conflito, o artigo 356 do Código de Processo Civil brasileiro determina que:

“Art. 356. O pedido formulado pela parte conterá:

I - a individualização, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa;

II - a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou a coisa;

III - as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária.” (negrito adicionado)

Assim, ao requerer que a parte individualize o documento que solicita, indicando as circunstâncias pelas quais acredite que o documento exista, a norma brasileira dificulta a obtenção de documentos por autores que desconheçam detalhes sobre operações societárias controvertidas, como ocorre com os acionistas minoritários que não participam da gestão diária da companhia. É sintomático, inclusive, que o Capítulo VI que trata “Das Provas” do Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 356, trate da exibição de “documento”, no singular. Qualquer advogado minimamente familiarizado com o contencioso societário americano e o brasileiro reconhece a diferença brutal entre os dois sistemas, e a dificuldade, no Brasil, da obtenção

¹⁶ O direito de não produzir provas contra si mesmo está consignado na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos:

“LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...)

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (...)”

de documentos da companhia ou dos seus administradores, os quais seriam facilmente obtidos no sistema americano.

III.1.2. A Expansão do Uso do Segredo de Justiça Excepcional em Processos Judiciais sobre Matérias de Mercado de Capitais

Como regra geral, o ordenamento jurídico brasileiro adota princípios que permitem a revelação de informações e transparência sobre conflitos societários levados ao sistema judiciário. Tais princípios são, inclusive, consubstanciados em garantias constitucionais do direito à informação,¹⁷ na regra geral de publicidade dos atos processuais¹⁸, na publicidade dos julgamentos judiciais e na necessidade de fundamentação das decisões emitidas por juízes.¹⁹

Tais princípios constitucionais permitem, a princípio, uma série de benefícios, tais como o conhecimento dos atos judiciais, acesso e transparência das informações, e formação de jurisprudência. Doutrinadores afirmam que tais normas asseguram a transparência para permitir a fiscalização e controle interno e externo de atos dos agentes públicos do Estado, daquilo que fazem ou omitem, de forma a possibilitar a formação de opinião pública e julgamento da adequabilidade e qualidade dos serviços que provêm.²⁰

O Código de Processo Civil, em seu artigo 155, determina a publicidade dos atos processuais, sendo os casos de exceção expressa prevista na norma aqueles referentes a questões de família, tal como casamento, separação, guarda de menores e outros.²¹ Na lógica deste

dispositivo, as ações judiciais que correm em “segredo de justiça” devem ser excepcionais e decretadas somente quando o “interesse público” assim exigir.

Estranhamente, parte da doutrina de processualistas brasileiros atualmente apregoa que o segredo de justiça deve ser aplicado em situações “que, sendo expostas, submetam ou possam submeter as partes à humilhação, vexame ou constrangimento.”²² Tal interpretação expansiva do segredo de justiça, que pelos termos do próprio código somente deve ser aplicada em casos de interesse público, vem sendo usada, inclusive para justificar o sigilo em ações judiciais sobre mercado de capitais.

Outras ações têm acesso público negado ainda devido a informações de sigilo bancário e fiscal. Esses foram os casos, recentemente, das ações relacionadas ao Banco Cruzeiro do Sul e TelexFree, que tramitam em segredo de justiça. Assim, seja para preservar a intimidade ou os interesses do próprio Estado brasileiro (leia-se fisco), frustra-se o princípio de publicidade de informações que rege o mercado de capitais e os interesses de acionistas e investidores que efetivamente investiram seus recursos financeiros nestas companhias abertas, e encontram-se sem acesso às informações *ex post* sobre litígios que podem, inclusive, afetar seus interesses patrimoniais.

Os casos das companhias Sadia S.A. e Aracruz Celulose S.A. fornecem exemplos claros da deturpação da aplicação do segredo de justiça. Ambas as companhias sofreram perdas de bilhões de reais durante a crise de 2008, quando o real se desvalorizou rapidamente perante o dólar. As companhias, que haviam divulgado a investidores que realizavam “hedge” para minimizar sua exposição de risco em negociações com moedas internacionais, na realidade haviam engajado em negociações especulativas com derivativos cambiais que resultaram em perdas vultosas. As perdas acabaram acarretando, inclusive, na

17 V. Constituição Federal, art. 5º, inciso XIV- “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (...).

18 V. Constituição Federal, art. 5º, inciso LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (...).

19 V. Constituição Federal, art. 93. “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”(…)

20 Cândido Rangel DINAMARCO. Instituições de direito processual civil. 5 ed. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 240.

21 “Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:

I - em que o exigir o interesse público;

II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.”

22 Antonio Carlos Marcato, (coord). *Código de processo civil interpretado*. 2 ed. São Paulo, Atlas: 2005, p. 446.

inviabilização das atividades das companhias, que foram incorporadas por outros grupos empresariais.

Investidores que adquiriram títulos das empresas na Bolsa de Nova Iorque ingressaram com ações coletivas (*class actions*) pleiteando reparação das perdas em face da desvalorização do preço dos títulos investido em razão das fraudes aos investidores na divulgação informações enganosas. Os processos na justiça americana correram em regime de publicidade e resultaram em acordos para o pagamento de indenizações aos investidores.²³

No Brasil, somente os diretores financeiros das companhias Sadia e Aracruz Celulose foram processados em ação de responsabilidade civil dos administradores com base no artigo 159 da lei de sociedades anônimas. Ainda, durante toda a fase de tramitação, os processos foram mantidos em segredo de justiça. O processo da Sadia contra o diretor financeiro Adriano Ferreira teve o segredo de justiça decretado logo no início do processo por decisão judicial, assim permanecendo até a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que levantou o segredo de justiça já no fim do processo quando extinguiu o processo sem julgamento do mérito.²⁴

O segredo de justiça impede que qualquer pessoa que não seja parte no processo acesse o seu conteúdo. Assim, os acionistas e investidores da companhia que não são partes na demanda, bem como o público e a imprensa não podem obter informações ou documentos do processo, o que acarreta em proibição do acesso aos fatos, questões jurídicas discutidas e provas anexadas nos autos. Essa ausência de informações sobre o contencioso societário nos casos de maiores perdas de patrimônio de acionistas e mais representativos de problemas de governança corporativa de empresas abertas brasileiras impede o monitoramento das ações e decisões de administradores, dos atos processuais e das decisões judiciais, além de obstar debates salutarres nos veículos de comunicação sobre os problemas empresariais que pudesse contribuir com riqueza de detalhes para uma discussão séria

23 Ver análise em Érica Gorga, Is U.S. Law enforcement stronger than that of a developing country? The case of securities fraud by Brazilian corporations and lessons for the private and public enforcement debate. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 54, n. 3, 2016.

24 Ver Érica Gorga, Is U.S. Law enforcement stronger than that of a developing country? The case of securities fraud by Brazilian corporations and lessons for the private and public enforcement debate. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 54, n. 3, 2016, p.669.

e informada sobre a evolução do modelo de governança nacional.

As bases jurídicas que fundamentaram o pedido e a concessão do segredo de justiça no caso Sadia são absolutamente questionáveis. Na petição inicial da companhia, os patronos justificaram o pleito de segredo de justiça da seguinte maneira:

“Justifica-se esse pedido para, de um lado, preservar os interesses de ambas as partes, especialmente em face de juntada de documentação empresarial de acesso não público, que, portanto, deve ser restringido e limitado; e, de outro lado, evitar que, ante o aceso interesse que esta demanda, decerto, ensejará, haja tumulto e que isso prejudique o normal andamento dos trabalhos do Cartório, denotando, com isso, também o interesse público subjacente à providência pleiteada. Outrossim, procedimentos investigativos instaurados junto à CVM, são conduzidos sob sigilo, conforme o art. 5º e §§, da Deliberação CVM 481/05 (doc. 03), o que guarda semelhança com o caso concreto.”²⁵

O juiz do processo concedeu o segredo de justiça em decisão datada de 18 de junho de 2009, aceitando o parágrafo mal fundamentado da autora e sem esclarecer os detalhes da fundamentação legal da sua decisão.²⁶

O pedido não deixa claro quais seriam os interesses da confidencialidade e porque os interesses de ambas as partes estariam preservados em caso de segredo de justiça. Não esclarece porque a juntada de documentação empresarial deveria ter acesso restringido e limitado em situação na qual a documentação está atrelada a perdas de bilhões de investimentos realizados pelo público. A demanda não se baseava em discussão de segredos industriais ou trade secrets da companhia Sadia, que eventualmente pudessem ser do interesse de competidores. Com efeito, o litígio tratava de questões essencialmente de direito societário e do mercado de capitais – uma área do direito que pelas leis 6.404/76 e 6.385/76 prima pela publicidade de informações.

Ainda mais esdrúxulo é o argumento do “tumulto no cartório” que

25 Ação de Responsabilidade Civil contra Administrador, Petição Inicial, 9ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, nº 583.00.2009.163865-3, 18.6.2009, 1, p. 2.

26 Vistos em Saneador, 9ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, nº 583.00.2009.163865-3, 18.06.2009.

prejudicaria o normal andamento dos trabalhos e, supostamente por esta razão, justificaria o interesse público da decretação do segredo de justiça. Ora, a grande procura pelo acesso a informações sobre problema grave de uma das maiores companhias brasileiras apenas evidencia o interesse público da manutenção da publicidade do processo em caso que gerou repercussão direta para os investidores da empresa e terceiros. Assim, ao contrário do alegado, todo o interesse do público e da imprensa em noticiar o litígio, apenas corrobora a necessidade da publicidade para resguardar o interesse público existente.

É uma das principais funções dos cartórios assegurar a publicidade e o amplo acesso dos atos jurídicos, segundo a própria lei 8.935 de 18 de novembro 1994 que os regula, e em seu artigo 1º diz que “Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.” O argumento que justifica o segredo de justiça justamente para evitar o trabalho dos cartórios de prover acesso justamente aos atos jurídicos de grande repercussão e interesse da sociedade é de ilegalidade patente.

O próprio réu da ação, o ex-diretor financeiro da Sadia S.A. se insurgiu contra a decretação de segredo de justiça e solicitou ao juiz que o suspendesse com base na seguinte argumentação: a) a norma constitucional requer a publicidade dos processos; b) o segredo de justiça é uma situação excepcional a ser aplicada somente quando ficar demonstrado o interesse público; c) não é suficiente realizar uma alegação genérica de interesse público sem sua demonstração específica; d) a autora havia justificado o pedido de segredo de justiça de maneira vaga, falhando na demonstração do interesse público específico do caso; e v) a autora havia publicamente atacado a reputação do réu na imprensa, de modo que o réu tinha o direito de responder às acusações de maneira igualmente pública, o que somente poderia ser alcançado se o segredo de justiça fosse revogado.²⁷

O juiz não aceitou os argumentos do réu, limitando-se a justificar que havia uma ação trabalhista movida pelo réu contra a companhia, a qual também corria em segredo de justiça.²⁸ Por fim, parece então

o juiz justificar o segredo de justiça de uma demanda societária, que deveria obedecer a lógica da publicidade da Lei das S.A. em razão do segredo de justiça de uma demanda trabalhista, que opera sob princípios jurídicos completamente diversos, e cuja justificativa para estar sob segredo de justiça não foi sequer por ele discutida.

Além do caso Sadia, o caso da Aracruz Celulose manteve-se em segredo de justiça durante todo o trâmite processual na comarca do Rio de Janeiro capital, e, mesmo após o arquivamento não se pode ter acesso aos detalhes das discussões travadas naquele processo. Assim, enquanto inúmeros processos subsequentes à crise do subprime do mercado americano versando sobre matéria empresarial societária e financeira foram processados em regime de publicidade nos Estados Unidos, os dois processos mais importantes relacionados ao impacto da crise do subprime no mercado brasileiro permaneceram na maior parte do tempo sob segredo de justiça, com a sua flexibilização apenas no caso Sadia, após o desfecho do litígio.

A expansão do segredo de justiça aplicado sem a devida fundamentação legal e ao arrepio da norma do artigo 155 do código de processo civil tem causado consequências muito negativas para a discussão dos litígios societários, para a fiscalização do mercado investidor e da mídia, contribuindo para o desconhecimento dos detalhes da governança corporativa das empresas e para a estagnação do sistema que visa a aperfeiçoá-las.

III.2. A Arbitragem no Mercado de Capitais: o Sigilo como Regra Geral

Visando aperfeiçoar a governança corporativa, a BM&FBovespa criou os segmentos especiais de listagem e, nos mais estritos, Nível 2 e Novo Mercado, a regra da adesão à arbitragem como método de solução de disputas societárias. Assim, visou livrar investidores e companhias do sistema judicial considerado moroso, não especializado e ineficiente na resolução de conflitos societários. A arbitragem seria uma alternativa a esses problemas ao possibilitar a solução de disputas por árbitros especializados, de maneira mais rápida e eficiente.

Entretanto, olvidou-se neste processo, da importância do fluxo informacional sobre os conflitos societários que nutre e atualiza o

27 Ação de Responsabilidade Civil contra Administrador, Contestação, 9 Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, nº 583.00.2009.163865-3, 18.6.2009, 7, p. 64.

28 Vistos em Saneador, 9ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, nº

583.00.2009.163865-3, 30.09.2009.

mercado sobre as práticas inadequadas que são perpetradas. Baseando-se nas regras das câmaras arbitrais comerciais comuns, a BM&FBOvespa adotou o sigilo para as controvérsias societárias das companhias abertas listadas nos segmentos especiais.

A previsão do sigilo dos procedimentos arbitrais na Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM) encontra-se na seção 9.1 do seu Regulamento: “O procedimento arbitral é sigiloso, devendo as partes, árbitros e membros da Câmara de Arbitragem abster-se de divulgar informações sobre seu conteúdo, exceto em cumprimento a normas dos órgãos reguladores, ou previsão legal”²⁹.

Adicionalmente, a subseção 9.1.1 prescreve que: “Os terceiros que participarem do procedimento arbitral na condição de testemunha, perito ou assistente técnico deverão obedecer a idêntico dever de sigilo, sendo essa participação limitada ao cumprimento de sua função específica no procedimento arbitral”.

Da leitura desses dispositivos fica clara a desvantagem do sistema arbitral em relação ao judicial no que se refere à publicidade de informações sobre as disputas existentes. Enquanto o processo judicial se baseia, na regra geral da publicidade de informações – a despeito de decisões judiciais recentes que colocam tal sistema em cheque, como discutido na seção anterior – a arbitragem, tal como regulada atualmente, tem como premissa geral a confidencialidade de quaisquer informações. Enquanto as regras da Constituição brasileira asseguram que todos os julgamentos judiciais devem ser públicos, podendo ser sigilosos somente se “a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (art. 93 IX), o sigilo foi abraçado em todas as etapas da arbitragem, inclusive no que tange à produção de provas e emissão de julgamento e sentença arbitral. Nesse sentido, a regra da seção 7.10 do Regulamento da CAM que prevê que “[a] publicação das sentenças suprimirá qualquer elemento que possibilite a identificação do procedimento”. Assim, foi estabelecida expressamente a confidencialidade das informações sobre o desfecho das disputas societárias, permitindo que haja a exclusão de qualquer elemento distintivo sobre o procedimento arbitral na ementa a ser publicada.

29 O atual Regulamento foi aprovado pelo Conselho de Administração da BM&FBOVESPA em 20 de setembro de 2011 e entrou em vigor em 26 de outubro de 2011 (seção 9.12).

A legalidade do sigilo dos procedimentos arbitrais realizados na CAM da BM&FBOVESPA já foi questionada perante a CVM, no bojo do Processo Administrativo CVM n. RJ 2008/0713.³⁰ Em tal ocasião o diretor-relator Otavio Yazbek adotou uma interpretação restritiva do inciso III do artigo 109 da Lei das S.A., alegando que acionistas minoritários não têm “direito à informação *in abstracto*”, de maneira genérica ou de conteúdo indefinido perante a regulação de mercado de capitais. Segundo o relator e o colegiado da CVM, não existem irregularidades no Regulamento da CAM que obsta o acesso de informações sobre os procedimentos arbitrais a acionistas minoritários ou investidores das companhias neles envolvidas.³¹

Tanto a BM&FBOVESPA quanto a CVM se baseiam no argumento formal da existência de procedimento próprio para divulgação obrigatória de informações ao mercado para defender a legalidade do sigilo dos procedimentos arbitrais.³² Assim, alegam que fatos relevantes divulgados sobre a existência de procedimento arbitral em uma companhia, nos termos da Instrução CVM n. 358/02, garantiriam a divulgação de informações ao mercado.

Ocorre que, uma análise da divulgação de fatos relevantes associados à instauração de arbitragem, demonstra, que, diferentemente do que sustenta alguns,³³ os mesmos são absolutamente insuficientes para o alcance de benefícios que seriam obtidos a partir da publicidade de informações permitida nos processos judiciais, tal como discutimos na seção II do presente trabalho.

IV. Conclusão

É de se surpreender que investidores não tenham mecanismos

30 Reg. Col. n. 6517/2009.

31 Análise crítica da decisão da CVM é realizada no artigo Érica Gorga, Arbitragem, governança corporativa e retrocesso no mercado de capitais brasileiro, p. 134-138, expondo suas falhas e equívocos.

32 Ver Roberto Teixeira da Costa. Nota. In: Câmara de Arbitragem da Bovespa rebate críticas. *Consultor Jurídico*, 7 jun. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-07/camara-arbitragem-bovespa-rebate-criticas-professora-gv>>.. Ver voto do diretor-relator Otavio Yazbek, Processo Administrativo CVM n. RJ 2008/0713, especificamente item 8.

33 Ver Roberto Teixeira da Costa, id. EIZIRIK, Nelson. Aos fatos. Solução rápida e eficiente para conflitos empresariais, arbitragem preserva a transparência. *Revista Capital Aberto*, n. 120, p. 43, ago. 2013.

adequados para se informar sobre litígios que versam sobre suas perdas financeiras significativas de recursos investidos em companhias abertas no mercado de capitais brasileiro.

Este artigo demonstrou que existem diversos problemas a respeito da falta de informações sobre os conflitos societários no sistema nacional. Primeiramente, nos casos dos litígios judiciais, o Código de Processo Civil brasileiro, apesar de assegurar a publicidade dos atos processuais, não possibilita mecanismos eficientes para que acionistas e investidores descubram evidências e provas necessárias sobre as infrações cometidas por administradores das companhias abertas – e demais gestores de investimento. Em casos recentes de escândalos financeiros, além disso, juízes têm concedido pedidos de andamento de processos em segredo de justiça para salvaguardar a intimidade dos acusados e os interesses do Fisco, em detrimento da legislação processual e de mercado de capitais que estabelecem a publicidade de informações como pilar fundamental que assegura a tutela do interesse público dos acionistas e do mercado.

Desde a instalação da câmara de arbitragem da BM&FBovespa, todos os litígios civis sobre mercado de capitais no Brasil desenvolvem-se em condição de sigilo imposta pelos procedimentos arbitrais. Impede-se assim, os benefícios da publicidade dos atos judiciais, e deixa-se o mercado num vácuo informacional ainda maior.

Será que investidores cujas companhias abertas foram alvo de escândalos financeiros de grandes proporções (basta lembrar Agreco, Banco Santos, Banco Cruzeiro do Sul, Banco Panamericano, OGX, Petrobras para citar apenas algumas) estão sendo reparados pelas imensas perdas patrimoniais que sofreram? Será que administradores de empresas que não cumpriram os seus deveres fiduciários de diligência e de lealdade estão sendo responsabilizados civilmente? Estas são questões de interesse público que simplesmente não conseguimos responder no atual status quo de vácuo informacional que paira sobre litígios societários no país.

Ao investidor resta apenas a especulação com base, talvez, em alguma informação privilegiada, ou a torcida de que suposta decisão arbitral envolvendo a companhia seja *por ela* considerada por ela fato relevante – o que é de possibilidade remota, haja vista o reduzido número de fatos relevantes divulgados sobre a instauração de procedimentos arbitrais e haja vista os interesses flagrantes da companhia

processada em não divulgar informações que possam prejudicá-la publicamente advindas de processos sigilosos.

Enquanto não aprimorarmos o sistema de informações sobre litígios societários no Brasil, agentes que incorrem em ações ilícitas continuarão a ser considerados não responsáveis por falta de provas, preservando suas reputações e investidores continuarão desinformados sobre os detalhes das condutas ilícitas praticadas nas companhias abertas, permanecendo as controvérsias societárias verdadeiras caixas-pretas.

Para finalizar, resta perguntar como evoluirá a governança corporativa brasileira em face de tamanha escassez de informações sobre os detalhes dos conflitos travados no mercado. A resposta é óbvia: não evoluirá com base no conhecimento produzido sobre as práticas empresariais adotadas no Brasil, mas apenas com base no conhecimento dos detalhes das fraudes norte-americanas tão bem esmiuçadas pelo processo de *discovery* que vigora nos litígios societários daquele país.

Agora, só restaria aos investidores e aos entusiastas das práticas de governança corporativa torcer para que os ilícitos societários brasileiros fossem semelhantes àqueles realizados no mercado norte-americano, pois somente assim poderíamos nos guiar por alguma informação concreta, ainda que proveniente de sistema alienígena. Todavia, cremos que neste caso, as evidências empíricas recentemente reveladas pela Operação Lava Jato não deixam dúvidas de que os ilícitos perpetrados no mercado brasileiros são *sui generis*, refletindo a própria estrutura de propriedade acionária concentrada vigente no país, de forma que o conhecimento do direito comparado não será suficiente para guiar o desenvolvimento do mercado nacional.

V. Bibliografia

BAPTISTA, Luiz Olavo. Confidencialidade na arbitragem. In: *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*. São Paulo: Almedina Brasil, 2012. p. 197- 208.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, Processo Administrativo CVM n. RJ 2008/0713.

COSTA, Roberto Teixeira da. Nota. In: Câmara de Arbitragem da Bovespa rebate críticas. *Consultor Jurídico*, 7 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-07/camara-arbitragem-bovespa-rebate-criticas-professora-gv>>. Acesso em: 23/08/13.

EIZIRIK, Nelson. Aos fatos. Solução rápida e eficiente para conflitos empresariais, arbitragem preserva a transparência. *Revista Capital Aberto*, n. 120, p. 43, ago. 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 5 ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

Fox, Merrit. Required disclosure and corporate governance, *Law & Contemporary Problems*, vol 62, p. 113, 1999.

GORGA, Érica. Arbitragem, governança corporativa e retrocesso no mercado de capitais brasileiro. *Revista de Direito Empresarial (Rede)*, ano 2, n. 1, jan./fev. 2014

GORGA, Érica. Nada a esconder. Sistema judicial de discovery permite publicidade da investigação e aperfeiçoa a governança. *Revista Capital Aberto*, n. 120, p. 42, ago. 2013.

GORGA, Érica; HALBERSTAM, Michael. *Litigation discovery and corporate governance: the missing story about the "genius of American corporate law"*. Emory Law Journal, vol. 63, n. 6, 2014.

GORGA, Érica. Is U.S. Law enforcement stronger than that of a developing country? The case of securities fraud by Brazilian corporations and lessons for the private and public enforcement debate. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 54, n. 3, 2016

2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, 2010. Disponível em <http://www.whitecase.com/files/upload/fileRepository/2010International_Arbitration_Survey_Choices_in_International_Arbitration.pdf>. Acesso em 23/08/13.

LAMY FILHO, Alfredo, PEDREIRA, José Bulhões. A Lei das S.A. *Pressupostos, elaboração, modificações*. Vol 1. Ed. Renovar, 1997,

LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. Sigilo nas arbitragens do Novo Mercado e direito de informação e fiscalização do acionista. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 153/154, p. 98, jan./jul. 2010.

MACEY, Jonathan. Delaware: home of the world's most expensive raincoat, *Hofstra Law Review*, v. 33, p. 1131, 2005.

MARCATO, Antonio Carlos (coord). Código de processo civil interpretado. 2 ed. São Paulo, Atlas: 2005.

MARCUS, David. *The Federal Rules of Civil Procedure and Legal Realism as a Jurisprudence of Law Reform*, 44 GEORGIA L. REV., 433, 438 (2010).

RAGLAND, George. DISCOVERY BEFORE TRIAL 19-24 (1932).

SELIGMAN, Joel. The historical need for a mandatory corporate disclosure system. *The Journal of Corporation Law*, vol. 9, n. 1, 1983.

SUBRIN, Stephen N. *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Discovery Rules*, 39 B.C.L. Rev. 691 (1998).

2

Adiantamento para Futuro Aumento de Capital: aspectos jurídicos e utilidades práticas

DEBORAH BASTOS MOTHE*

Pós-graduada em Advocacia Empresarial pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); e Advogada Consultora em Direito Societário e Contratos.



ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL: ASPECTOS JURÍDICOS E UTILIDADES PRÁTICAS

Resumo: Este artigo tem como tema principal a análise jurídica do instituto denominado “Adiantamento para Futuro Aumento de Capital”, de seus requisitos de existência, validade, bem como suas utilidades práticas. Por meio de revisão bibliográfica, documental e de decisões proferidas sobre o tema, utilizando-se de uma pesquisa exploratória e partindo-se da análise de elementos norteadores deste instituto, o objetivo deste artigo é verificar casos nos quais é possível utilizar tal instrumento, em comparativo com outros instrumentos disponíveis, e quais seriam os benefícios e riscos de sua utilização diante da necessidade urgente de aporte de capital em companhias de capital fechado, considerando, ainda, aspectos fiscais e contábeis.

Palavras-chave: sociedades empresárias; empresas; capital social; mútuo; adiantamento para futuro aumento de capital.

Abstract: This article has as its main theme the legal analysis of the instrument called “Advance for Future Capital Increase”, its existence and validity requirements, as well as its practical utilities. Through a bibliographic and documental review and decisions rendered on the theme, using an exploratory research and starting from the analysis of the elements that guide this institute, the objective of this article is to verify cases in which it is possible to use such instrument, in comparison with other available instruments, and which would be the benefits and risks of its use in face of the urgent need for capital contribution in privately-held companies, also considering tax and accounting aspects.

Keywords: business companies; companies; capital stock; mutual; advance for future capital increase.

1 INTRODUÇÃO

O escopo deste artigo é a análise dos aspectos de modalidade conhecida como adiantamento para futuro aumento de capital, também usualmente chamado e referido neste trabalho simplesmente como “AFAC”, bem como analisar seus aspectos, regramento aplicável e possibilidades de utilização no dia a dia das sociedades anônimas de capital fechado especialmente.

Tratando especificamente do AFAC, analisar-se-á do que se trata tal instrumento, qual a sua natureza jurídica, quando é possível utilizá-lo, quais os riscos de sua utilização, abordando, ainda, aspectos práticos do ponto de vista societário, fiscal e contábil.

Por se tratar de mecanismo contratual ainda pouco abordado pela doutrina e sem previsão legal específica, para que tal análise fosse possível foi realizada revisão bibliográfica, baseada em doutrinas que abordam todos os pontos trazidos neste artigo, bem como na legislação atual, com enfoque na Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, conforme alterada (“Código Civil”) e na Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976, conforme alterada (“LSA”), e em decisões administrativas sobre o tema.

Assim, partindo-se de uma pesquisa exploratória, foram analisados os conceitos que precisam ser entendidos e trabalhados previamente à análise do AFAC como: (i) o conceito de capital social, (ii) qual a sua importância para a constituição e manutenção de uma sociedade, (iii) valores de capital social e (iv) quando, porque e como aumentá-lo, para, então, ser possível desmembrar o AFAC.

Ato seguinte, serão abordadas situações práticas nas quais o AFAC pode ser utilizado em comparação com outras modalidades convencionais de aumento do capital social, como o mútuo e a doação.

Importante destacar que tal análise se debruçará apenas sobre a aplicabilidade do AFAC em sociedades anônimas de capital fechado, diante da existência de diferenças conceituais e legais quanto ao aumento de capital social em uma sociedade anônima e uma sociedade limitada, como, por exemplo, possibilidade de aumento de capital social diante de uma integralização parcial do capital inicial. Além disso, não serão analisadas as regras de aumento de capital social com subscrição pública expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, aplicáveis e inerentes às sociedades anônimas de capital aberto.

2.1 CAPITAL SOCIAL

A exposição de motivos da LSA dispõe que o capital social consiste “[n]o montante de capital financeiro de propriedade da companhia que os acionistas vinculam ao seu patrimônio, como recursos próprios destinados, de modo permanente, à realização do objeto social”³⁴.

Conforme preceitua Nelson Eizirik, o capital social permite a persecução do desenvolvimento das atividades da Companhia sem que isso acarrete seu endividamento (EIZERIK, 2011):

O capital social constitui a parcela do valor das ações subscritas – estabelecida no estatuto – que os acionistas vinculam à consecução do objeto social, seja na constituição da companhia, seja nos seus posteriores aumentos. Assim, a sua função primordial é garantir à sociedade os meios para realizar o seu fim. Ademais, a estipulação do valor do capital no estatuto define os direitos e obrigações dos acionistas – cuja responsabilidade é limitada ao preço de emissão das ações subscritas – e também funciona como instrumento de garantia dos credores.

Toda companhia, ao ser constituída, precisa determinar qual será o seu capital social, que pode ser formado – ou aumentado, posteriormente – com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens, desde que suscetíveis de avaliação em dinheiro, conforme preceitua o artigo 7º da LSA. Ou seja, para formá-lo, os acionistas da companhia transferem parte de seu patrimônio próprio para a companhia.

No entanto, para que o capital social seja integralizado por meio de bens é necessário que alguns requisitos legais sejam preenchidos e respeitados, conforme disposto no artigo 8º da LSA, quais sejam: (i) avaliação dos bens, (ii) forma de convocação e (iii) quórum de instalação da assembleia de constituição. *In verbis*:

Art. 8º A avaliação dos bens será feita por 3 (três) peritos ou por empresa especializada, nomeados em assembléia-geral dos subscritores, convocada pela imprensa e presidida por um dos fundadores, insta-

34 EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS Nº 196, DE 24 DE JUNHO DE 1976, DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. Disponível em: < https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/acesso_informacao/institucional/sobre/anexos/EM196-Lei6404.pdf >.

lando-se em primeira convocação com a presença de subscritores que representem metade, pelo menos, do capital social, e em segunda convocação com qualquer número.

Quando ocorre de fato a transferência de propriedade do bem do acionista para a companhia ocorre a integralização do capital social – seja pelo depósito de valores na conta corrente da companhia ou pela transferência da propriedade de um imóvel com anotações na matrícula perante o Registro Geral de Imóveis, por exemplo.

Inicialmente, no momento de constituição da companhia, o capital social é equivalente ao patrimônio líquido desta. No entanto, assim que a companhia passa a ser operacional, assumindo obrigações e custos, com a entrada e saída de dinheiro, o patrimônio passa a refletir uma situação mais real da força econômica e das potencialidades da companhia, expressado pela relação ativo/passivo (CAMPINHO, 2016).

No caso das sociedades anônimas, a LSA, em seu artigo 80, traz alguns requisitos preliminares para a constituição da companhia, quais sejam: (i) subscrição, por pelo menos 2 (duas) pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto social; (ii) realização, como entrada, de 10% (dez por cento), no mínimo, do valor do capital social; e (iii) depósito da parte do capital realizado em dinheiro em estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários.

Conforme as atividades da companhia se desenvolverem, pode ser necessário que o capital social seja aumentado para que corresponda à sua nova realidade, fortalecendo e viabilizando seu desenvolvimento e crescimento.

Nesse sentido, existem três formas de realizar o aumento do capital social da companhia, quais sejam:

*Art. 166. O capital social pode ser aumentado:
(...)*

II - por deliberação da assembleia geral ou do conselho de administração, observado o que a respeito dispuser o estatuto, nos casos de emissão de ações dentro do limite autorizado no estatuto (artigo 168);

III - por conversão, em ações, de debêntures ou parte beneficiárias e pelo exercício de direitos conferidos por bônus de subscrição, ou de opção de compra de

ações;

IV - por deliberação da assembleia geral extraordinária convocada para decidir sobre reforma do estatuto social, no caso de inexistir autorização de aumento, ou de estar a mesma esgotada.

Neste momento não será discutida a possibilidade de aumento por deliberação da assembleia geral ordinária, para correção da expressão monetária do seu valor, uma vez que, com o advento da Lei nº 9.249/95, ficou revogada a correção monetária das demonstrações financeiras das sociedades, sendo vedada a utilização de qualquer sistema de atualização de demonstrações financeiras (CAMPINHO, 2016).

A forma mais usual de se aumentar o capital social é por meio da subscrição de novas ações, com a entrada de novos recursos e/ou investimentos, que deve ser aprovado pela assembleia geral ou pelo conselho de administração da companhia, conforme previsto em estatuto social, depois que, pelo menos, $\frac{3}{4}$ (três quartos) do capital social inicial já tiverem sido integralizados, conforme previsão contida no artigo 170 da LSA.

Já quando o aumento de capital social é realizado mediante a capitalização de lucros ou reservas, não há a captação de novos recursos e/ou investimentos, tratando-se de operação meramente contábil, com a alocação de recursos na conta de capital. Nesse caso, o aumento de capital social é um aumento gerado a partir dos negócios e/ou atividades da própria companhia e não mediante um aporte direto de seus acionistas.

Com o aumento mediante a capitalização de lucros ou reservas, pode-se ocorrer a alteração do valor das ações já emitidas ou a distribuição de novas ações entre os acionistas, (art. 169 da LSA), exceto nos casos em que as ações não possuem valor nominal, quando o aumento não acarretará na modificação do número de ações (art. 169, §1º da LSA).

Por fim, o capital social também pode ser aumentado mediante a transformação de valores mobiliários em ações, mas apenas quando houver a emissão de valores mobiliários, como por exemplo, debêntures e/ou partes beneficiárias conversíveis em ações, exercício dos direitos conferidos por bônus de subscrição, dentre outros.

Apesar de a lei não trazer valor mínimo ou máximo para o capital social, é importante que os acionistas se atentem para um valor que

seja condizente com a atividade que será desempenhada pela companhia, porque além de considerar os recursos necessários à exploração de seu objetivo, a formação do capital social também constitui uma garantia efetiva para os credores da companhia, conforme preceitua Campinho (2016).

Além dessas possibilidades de aumento de capital social previstas em lei, também existe um outro mecanismo, o AFAC, que permite a transferência de recursos de forma mais célere e menos burocrática para a companhia.

2.2 ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL - AFAC

2.2.1. Requisitos de validade e existência: a (in)formalidade do AFAC

Nas palavras de Castro e Kuhl (2021), “o AFAC pode ser definido como uma transferência de valores por um investidor, com intuito de aumento de capital *a posteriori* em sociedade investida, condicionado à deliberação formal por seus sócios em momento oportuno e futuro”.

O AFAC – e não um aumento convencional, conforme as possibilidades previstas no artigo 166 da LSA – se mostra um instrumento funcional diante da necessidade imediata de um novo aporte de recursos na companhia em um cenário no qual não há tempo disponível para discussão, sobre diluição e proporção da participação societária dos sócios com a realização de um aumento do capital social naquele momento, e de quaisquer outros pontos relevantes.

Trata-se de um instrumento para os casos nos quais, a companhia precisa de recursos/valores disponíveis imediatamente, mas não há tempo para que todas as formalidades legais e/ou estatutárias sejam cumpridas, como, por exemplo: convocação para realização de uma assembleia geral; convocação para realização de uma reunião do conselho de administração, quando necessário; realização de assembleia geral extraordinária, aprovando o aumento do capital social, bem como a alteração/consolidação do estatuto social da companhia.

Além disso, também não é necessário que seja fixado o preço de emissão das ações ou o critério para calcular o preço de emissão no momento da realização do investimento, podendo ser fixados pos-

teriormente, mas previamente à realização da assembleia geral e ao efetivo aumento do capital social – o que também acaba por tornar o procedimento mais ágil.

A realização de todos esses passos pode custar tempo que a companhia não tem disponível, diante do vencimento de uma obrigação pecuniária sem caixa disponível ou até mesmo diante de uma oportunidade única de participação em um investimento.

Diante disso, existe a possibilidade da realização de um AFAC, até que sejam tomadas todas as medidas formais necessárias à capitalização, ou seja, ao efetivo aumento do capital social.

O AFAC pode ser realizado, ainda, por um investidor terceiro, estranho ao quadro de sócios da companhia, desde que respeitado o direito de preferência dos atuais acionistas.

No entanto, se faz importante sinalizar a existência de uma lacuna legal sobre o tema, que abre espaço para uma discussão sobre a natureza jurídica do AFAC – se trata-se de um aumento de capital ou um mútuo – o que acontece diante do “limbo” momentâneo entre a concessão dos valores e a formalização da capitalização (Castro e Kuhl, 2021).

Fato é que o AFAC não possui natureza jurídica definida em lei, o que por si só não é um impeditivo para a sua formalização e utilização. A lei permite (artigo 104, inciso III, do Código Civil), que sejam formalizados negócios jurídicos que não encontrem vedação na legislação brasileira. Acontece que, do mesmo modo que não há lei específica ou dispositivo em legislação esparsa que regule o AFAC, também não há qualquer dispositivo que o proíba.

Nesse sentido, tem-se um negócio jurídico informal, que pode ser revestido na forma de um contrato livremente – nos limites legais – pactuado entre as partes, visando trazer maior segurança jurídica para os envolvidos.

2.2.2. Aspectos tributários e contabilização do AFAC

O artigo 586 do Código Civil, define o mútuo como “o empréstimo de coisas fungíveis, em que o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade” – nota-se que a obrigatoriedade de restituição é característica predominante do contrato de mútuo.

Já o artigo 538 do mesmo diploma define o conceito de doação

como “o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra” – no caso em tela, o investidor transferiria patrimônio próprio para a companhia, sem previsão de devolução dos valores aportados.

Ambos os institutos parecem, pelo menos em um primeiro momento, atender bem a necessidade de disponibilização de valores para a companhia. O mútuo, por sua vez, parece mais atraente ao passo em que permitiria que o investidor recebesse futuramente o valor investido de volta. Porque, então, não os utilizar?

Havendo o enquadramento do investimento realizado como mútuo, há incidência de Imposto de Renda – IR e Imposto Sobre Operações Financeiras – IOF sobre o valor da transação. Já no caso da realização de uma doação, apesar de ser isenta de IR, esta pode estar sujeita ao pagamento de Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD a depender do valor doado.

Pensando nisso, a carga tributária pode ser um motivo de desistência para o investidor, inviabilizando o recebimento dos valores pela companhia, de modo que ambos sairiam no prejuízo: o investidor, que acaba desistindo de uma oportunidade de realizar negócios, e a companhia que precisa de aporte urgente.

Por outro lado, apesar da lacuna legal existente, há requisitos importantes que, se respeitados, impediriam problemas futuros, como a descaracterização do AFAC e eventual recolhimento de impostos de maneira retroativa e até autuação por parte do fisco.

Como para a realização de todo e qualquer negócio jurídico é necessário que se analisem pontos positivos e negativos, destaca-se que, nos casos em que o fisco entendeu pela não caracterização de operação de aporte como AFAC, foram ajuizadas execuções fiscais contra empresas e sócios, alegando a existência de operações de mútuo, principalmente, fundamentando-se no longo prazo que o aporte ficou à disposição da sociedade investida.

Portanto, para evitar questões tributárias é imperioso que o AFAC seja regularizado por meio de um instrumento contratual, a ser firmado entre o investidor e a sociedade, com a anuência de todos os demais sócios, contendo informações como: (i) valores, (ii) sua irretratabilidade (sob pena de caracterização como contrato de mútuo), (iii) prazo para capitalização de valor aportado, com o fim de aumento do capital social futuro da companhia.

Aqui, destaca-se a necessidade da formalização de um instrumento contratual por escrito, que contenha todas as informações descritas no parágrafo anterior, uma vez que no caso de eventual interpretação equivocada por parte do fisco, é possível que as partes apresentem um documento formal que refute tal conclusão.

Gelbcke, Iudícibus, Martins e Santos (2018) confirmam tais premissas no Manual de Contabilidade Societária de acordo com as normas internacionais e com a Lei 13.105 de 16 de março de 2015, conforme alterada (“Código de Processo Civil”) da Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras – FIPECAFI (“Manual”):

Idêntico tratamento deve ser dado aos adiantamentos recebidos como clara intenção de capitalização pelos acionistas ou quotistas. Essa clara intenção deve estar documentada por instrumentos formais irrevogáveis dos acionistas e órgãos diretivos da empresa e não somente declara oralmente.

Quanto ao prazo de capitalização, existem discussões e linhas de raciocínio diferentes sobre o tema.

A Receita Federal do Brasil (“Receita Federal”) possuía o entendimento de que o prazo máximo para capitalização do AFAC era de 120 (cento e vinte) dias, a ocorrer na ocasião do primeiro ato formal da sociedade após o aporte, conforme previsão contida no subitem 7.1.1 do Parecer Normativo CST nº 17 de 1984.

Já o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”), por sua vez, já se posicionou no sentido de que o prazo de 120 (cento e vinte) dias para capitalização do AFAC não possui amparo legal. Assim, o seu mero descumprimento não seria causa suficiente para descaracterizar o AFAC e caracterizá-lo, consequentemente, como uma operação de mútuo com aplicabilidade do IOF.

Em artigo publicado no site do Chamarelli Advogados sobre o AFAC, o escritório analisa as diferenças no posicionamento do CARF, que também já se posicionou pela descaracterização do AFAC quando verificada a ausência de compromisso na capitalização dos recursos aportados ou na demora injustificada do aumento de capital social (mais de 5 (cinco) anos), com aplicabilidade/cobrança de IOF no caso.

Tal questão parece ser resolvida com a formalização do AFAC por meio do instrumento contratual contendo a clara intenção de capitali-

zação do AFAC e aumento futuro de capital social da companhia, bem como com prazo definido para que referido aumento de fato ocorra – que precisa, obrigatoriamente, ser respeitado.

No entanto, em 31 de março de 2022, na primeira decisão pró-contribuinte sobre o tema, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, em decisão proferida nos autos do processo nº 10980.723999/2015-11, entendeu que não há limite para a capitalização do AFAC, uma vez que o Parecer Normativo SCT 17/84 e a Instrução Normativa SRF 127/88, que previam prazo para a operação, não produzem mais efeitos. Nesse caso, a empresa havia sido autuada pelo fisco, sob o argumento de que a demora para capitalização dos valores, bem como a devolução do montante investido ao sócio descaracterizariam o AFAC, caracterizando um contrato de mútuo, com incidência de IOF³⁵.

Considerando que a maioria das decisões até hoje foram a favor do fisco, além da correta formalização do AFAC, é necessário que seja feita, também, a correta contabilização da operação.

Nesse sentido, o CARF emitiu o Parecer Normativo CST nº 23/81, que assim dispõe:

- 1. Ocorrendo a eventualidade de adiantamento para futuro aumento de capital, qualquer que seja a forma pela qual os recursos tenham sido recebidos – mesmo que sob a condição para utilização exclusiva em aumento de capital –, esses ingressos deverão ser mantidos fora do patrimônio líquido, por serem esses adiantamentos considerados obrigação para com terceiros, podendo ser exigidos pelos titulares enquanto o aumento de capital não se concretizar.*
- 2. O patrimônio líquido fica definitivamente aumentado quando, após a subscrição, ocorrer o recebimento de cada parcela da integralização.*

Tal entendimento fiscal, segundo o Manual da FIPECAFI, estava vinculado ao sistema de correção monetária das demonstrações financeiras, derogado em 1996, pela Lei nº 9.249/95. Além disso, o AFAC não figura dentro das contas do Patrimônio Líquido que servem de base

35 CARF: Lentidão para aumento de capital não desvirtua operação de adiantamento. Disponível em: < <https://vvfconsultores.com.br/blog/demora-na-capitalizacao-do-afac-nao-caracteriza-operacao-de-mutuo/>>.

para o cálculo dos Juros sobre o Capital Próprio (“JCP”), conforme disposto no artigo 75 da Instrução Normativa nº 1.700/17, promulgada pela Receita Federal.

De acordo com o disposto no Manual e de acordo com os itens 19 a 24 do Pronunciamento Técnico CPC 26 (R1), do Conselho Federal de Contabilidade, como é determinada a adoção da essência sobre a forma como regra mais importante para elaboração das demonstrações contábeis, o certo é que o AFAC figure dentro do patrimônio líquido, se estiver garantido de que os valores investidos comporão obrigatoriamente o capital social da sociedade – mesmo que apenas futuramente.

Assim, tem-se que, diante de um cenário no qual há a urgência no aporte de valores pela companhia, por exemplo, é possível que se operacionalize um aporte, por meio de um AFAC, tomando-se alguns cuidados, com a formalização do AFAC por meio de um instrumento contratual entre investidor, companhia e demais sócios, na qualidade de intervenientes anuentes, contendo informações como valores, intenção de aumento futuro do capital social e prazo para integralização do investimento.

Além disso, importante que, com esse instrumento em mãos, a contabilidade da companhia aloque a receita recebida na conta de patrimônio líquido e que, dentro do prazo estabelecido, seja realizada assembleia geral extraordinária – e reunião do conselho de administração, caso haja previsão estatutária para tal – para aprovação do aumento do capital da companhia, respeitando-se todos os requisitos formais e legais para tal.

Seguindo todas as premissas aqui abordadas, os riscos de descaracterização, apesar de ainda existentes, são mitigados consideravelmente, de modo que o investidor pode realizar o aporte sem sofrer uma tributação excessiva – que poderia comprometer o investimento – e a sociedade recebe os valores de forma mais célere e menos burocrática, a fim de cumprir suas obrigações mais urgentes, de modo que o AFAC se apresenta como um mecanismo completamente viável.

2.2.3. Direitos societários do titular do AFAC

Nas palavras de Campinho (2018), os acionistas possuem naturalmente duas espécies de direitos: direitos essenciais e direitos modificáveis.

Os direitos essenciais, também nominados intangíveis, imposteráveis, fundamentais, inderrogáveis ou imutáveis, são inerentes à qualidade de acionista. Encontram-se, pois, fundamentalmente ligados à titularidade acionária. Em virtude de disposição legal, não pode o estatuto nem a assembleia geral privarem o acionista de exercê-los. Traduzem, por assim dizer, direitos individuais ou próprios, para os quais não se permite modificação ou supressão pela vontade coletiva, expressa pela voz da maioria, ou pelo consentimento de todos ou de certos acionistas. Não podem ser atingidos, porque a sociedade não é possível dispor daquilo que pertence individualmente ao patrimônio intangível do acionista. Em contraposição a esses direitos individuais, emergem os direitos ditos coletivos ou sociais, que se caracterizam por serem modificáveis. São direitos que predominam sobre o interesse particular de cada membro da sociedade. Seja na sua atribuição, seja no seu exercício, tais direitos encontram-se estritamente ligados à vida e ao funcionamento da companhia, dependendo, por isso da vontade social soberana. Esses direitos admitem modificações por previsão estatutária e, em última análise, pela assembleia geral, que, tendo o poder de reformar o estatuto, tem a faculdade de alterar ou modificar, e às vezes suprimir esses direitos sociais.

O artigo 109 da LSA dispõe sobre os direitos essenciais dos acionistas, quais sejam:

Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembleia-geral poderão privar o acionista dos direitos de:
I - participar dos lucros sociais;
II - participar do acervo da companhia, em caso de liquidação;
III - fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais;
IV - preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos artigos 171 e 172;
V - retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei.

Alguns atores, como Campinho (2018), entendem que o rol trazido no referido artigo não é taxativo, a ele devendo ser incorporados outros direitos previstos em lei, como o direito à informação e à igualdade de tratamento, por exemplo.

Conforme abordado acima, o AFAC pode ser realizado por um investidor que já compõe o quadro de sócios da companhia ou por um terceiro interessado em compô-lo futuramente, respeitando-se o direito de preferência dos atuais sócios.

Assim, caso o investidor seja um terceiro, ainda estranho à companhia, este possui, até o momento da realização do aumento do capital social, com emissão de novas ações que passarão a ser de sua titularidade – integralizadas com o dinheiro injetado na companhia –, uma mera intenção de se tornar acionista – uma vez que, nas palavras de HOOG (2010), a essência (do AFAC) não é de capital, e sim uma mera intenção de ser.

Nesse sentido, apenas se o investidor já for parte do quadro de sócios da companhia é que poderá disfrutar dos direitos inerentes à qualidade de acionista. Do contrário, precisará aguardar que o aumento de capital seja consumado e as ações emitidas.

É possível ainda que, no instrumento particular firmado entre o investidor, a companhia e os demais acionistas estejam contidas algumas previsões para que o investidor possa acompanhar o dia a dia da sociedade mais de perto como, por exemplo, participar das assembleias de sócios na qualidade de ouvinte, ter acesso às contas e demonstrações financeiras da companhia, ser informado de decisões tomadas pelos administradores que impactem no funcionamento da sociedade, dentre outros – não se tratando de uma obrigação, mas sim de um simples acordo entre as partes que compõem e/ou passarão a compor o quadro de sócios da companhia.

2.2.4. Cancelamento do AFAC

Para Castro e Kuhl (2021), ao contrário do que ocorre em um contrato de mútuo, em que deve haver a restituição do montante em dinheiro, em um típico contrato de AFAC sequer há cláusula prevendo a devolução dos montantes aportados ao investidor, já que tais valores deverão ser convertidos em capital.

Conforme definido anteriormente, o contrato de AFAC prevê uma

injeção de valores em uma determinada sociedade, que precisa de um aporte com urgência, sem que seja possível observar todas as regras e burocracias inerentes ao aumento de capital social formal, para que, dentro de um determinado prazo pré-estipulado, o capital investido seja consolidado em um aumento de capital social.

O Código Civil, em seu artigo 104, inciso III, prevê que a validade do negócio jurídico requer forma prescrita em lei ou não defesa em lei, ou seja, se a lei não exigir que se observe alguma formalidade específica, a declaração de vontade das partes é válida e prevalece.

Seguindo tal lógica, as partes podem transigir determinado negócio jurídico – nesse caso, o AFAC – e formalizar alguns pontos a serem observados como, por exemplo, regras para o seu desfazimento.

Nesse sentido, Castro e Kuhl (2021) entendem que é possível que o cancelamento/desfazimento do AFAC ocorra e que tal possibilidade tenha previsão contratual.

A devolução de um AFAC típico implica, necessariamente, no desfazimento desse negócio jurídico, i.e., cancelam-se os efeitos do aumento de capital em momento futuro, e voltam as partes (investidor e sociedade) ao status quo ante. O simples fato de existir cláusula prevendo a devolução dos montantes aportados como AFAC serve apenas para reger, antecipadamente, as regras para o desfazimento do negócio, se este vier a ocorrer.

No entanto, os autores entendem que a previsão de tal condição não implica na reclassificação do AFAC como mútuo, por exemplo, diante das condições diferentes que compõem tais instrumentos.

Para a caracterização de um contrato de mútuo, entende-se que há uma prestação por parte do credor – nesse caso, a de emprestar dinheiro em espécie para a sociedade – que, por sua vez, deve receber uma contraprestação da sociedade: a restituição dos valores em dinheiro (espécie).

Já no desfazimento do AFAC, com o cancelamento da operação – independente do motivo –, a prestação por parte do credor é devolvida, mas não há a conclusão do negócio, de modo que a restituição feita pela sociedade é apenas para que se regresse ao *status quo ante*, como se a operação nunca tivesse existido na prática.

Castro e Kuhl (2021) defendem, ainda, que o fisco não poderia requalificar o AFAC como mútuo diante do desfazimento da operação, sob pena de violação ao princípio da legalidade tributária (artigo 97, inciso III, c/c artigo 110 do Código Tributário Nacional).

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:
(...)

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Mais uma vez, o risco de descaracterização – mesmo que seja possível discuti-lo juridicamente – é mitigado diante da formalização do AFAC por meio de um instrumento contratual firmado entre todos os envolvidos: investidor, companhia e demais acionistas, uma vez que é possível prever todas as possibilidades de cancelamento e regras de desfazimento da operação, sendo possível provar a natureza da operação cancelada.

Importante ressaltar que quando se fala em desfazimento do AFAC, não há que se discutir aspectos referentes à redução do capital social, uma vez que aqui discute-se uma possibilidade de cancelamento da operação anterior à consumação do investimento em capital social. Caso o aumento já tivesse sido consumado, as regras legais de redução de capital social da LSA deveriam ser observadas.

2.2.5. Direito de crédito em caso de falência

Conforme definido acima, o AFAC nada mais é do que um instrumento por meio do qual um investidor – terceiro estranho à companhia ou acionista da companhia – investe dinheiro em um momento no qual a sociedade precisa de valores com urgência e a companhia, por sua vez, assume a obrigação de realizar um futuro aumento de capital social.

Tal obrigação, a luz do Código Civil, poderia se enquadrar como uma obrigação de fazer, ou seja, uma prestação e/ou ato de fazer. Nesse sentido, o credor seria o investidor, que fornece os valores, e o devedor seria a companhia, que assume a obrigação de fazer um aumento de capital social.

No entanto, existem situações adversas que podem ocorrer antes mesmo que a companhia realize o aumento previsto como, por exemplo, a decretação de sua falência.

Diante de uma decretação de falência inesperada da sociedade, a LRF prevê, em seu artigo 117, que contratos bilaterais não se resolveriam pela decretação da falência, de modo que ainda poderiam ser cumpridos pelo administrador judicial caso o seu cumprimento implicasse na redução ou evitasse o aumento do passivo da massa falida.

Art. 117. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.

Como se sabe, não há como consumir o aumento de capital social em uma sociedade falida, de modo que o cumprimento da obrigação se tornaria impossível.

Nesse sentido, o Código Civil prevê sanções para o devedor que, por sua culpa, torne a prestação do fato impossível.

Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

No caso de uma sociedade anônima, os sócios possuem responsabilidade limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas, conforme preceitua a parte final do artigo 1º da LSA.

No entanto, o artigo 82 da LRF dispõe que, nos casos de sociedades de responsabilidade limitada, como é o caso das sociedades anônimas, deve haver apuração da responsabilidade pessoal dos sócios pelo juízo da falência.

Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de res-

ponsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

Nesse sentido, para que se verifique se há ou não o dever de indenizar por parte da sociedade e de seus demais sócios, é necessário que, primeiramente, seja apurada a responsabilidade pessoal dos sócios da sociedade falida.

Em tempo, destaca-se que, caso o investidor já seja um acionista da companhia, aguardando pela emissão de mais ações que seriam futuramente de sua titularidade, este não tem direito a receber qualquer crédito à título de devolução do capital social já investido no momento da liquidação, conforme preceitua o artigo 83 da LRF:

Art. 83. (...)

§ 2º Não são oponíveis à massa os valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital social na liquidação da sociedade.

Caso existam ações pendentes de integralização na companhia, destaca-se que a falta de integralização no prazo correto pelo acionista e o acionista em mora, considerado remisso, na forma dos artigos 106 e 107 da LSA, podem ensejar na responsabilização pessoal daquele sócio ou de todos os sócios perante o juízo falimentar, caso não se movimentem no sentido de regularizar a integralização das ações, o que poderia, eventualmente, culminar no pagamento da indenização, considerando a premissa estabelecida no artigo 248 do Código Civil.

Diante de tal situação, considerando-se uma possível falência, também não haveria que se falar em um reenquadramento da operação realizada entre as partes pelo fisco, uma vez que a obrigação não seria cumprida em razão da impossibilidade do devedor de prosseguir com o que foi acordado entre as partes.

No entanto, para mitigar ainda mais o risco de um possível reenquadramento e cobrança retroativa de tributos por parte do fisco – pensando que os envolvidos pretendem ser proteger procurando evitar que a discussão se torne judicial –, a formalização do AFAC por meio de um instrumento contratual firmado entre todos os envolvidos na

operação poderia ser extremamente útil.

Isso porque o AFAC traria todos os termos do negócio jurídico celebrado, listando valores, condições, datas de integralização, dentre outras informações, e, portanto, dificultaria substancialmente a descaracterização do negócio jurídico para um contrato de mútuo, por exemplo.

Por fim, entendendo que os sócios e/ou a sociedade deram causa à impossibilidade de cumprimento da obrigação pactuada e de que é devida uma indenização por perdas e danos ao investidor, será necessário apurar se tal crédito é concursal, ou seja, decorre de uma obrigação assumida antes da decretação da falência (art. 83, inciso VIII, alínea “a” da LRF) ou se trata-se de crédito extraconcursal, decorrente de obrigação resultante de ato jurídico válido após a decretação da falência (art. 84, inciso I-E, parte final da LRF) – o que poderia ser fator determinante para a classificação do crédito seria a caracterização do que o investidor está, de fato, recebendo: a devolução dos valores investidos ou a indenização por quebra da obrigação.

3 CONCLUSÃO

O presente artigo se dedicou a analisar o AFAC, bem como seus aspectos, regramento aplicável e possibilidades de utilização no dia a dia, utilizando-se de vasta revisão bibliográfica de doutrinas, legislação vigente e decisões administrativas.

O objetivo era, diante de lacuna legislativa gritante sobre o tema, entender como, quando e se seria viável e seguro se utilizar de tal instrumento, considerando a existência de outros institutos como o mútuo e a doação.

Para tal, foram desmembrados conceitos legais que compõem e/ou norteiam o AFAC para, então, ser possível analisar o negócio jurídico em si.

Diante dos demais institutos analisados foi possível verificar que o AFAC pode ser um instrumento de muita utilidade para o dia a dia das sociedades anônimas de capital fechado, desde que sejam observados os cuidados necessários à sua não descaracterização, culminando em uma eventual autuação por parte do fisco.

Para que fosse possível chegar a tal conclusão, foram analisados elementos como: (i) quais os requisitos de validade e existência do AFAC; (ii) os direitos do investidor na qualidade de acionista ou potencial acionista da sociedade; (iii) a possibilidade de cancelamento e re-

versibilidade do AFAC e suas consequências; e (iv) quais os direitos do investidor, na qualidade de credor da sociedade, em caso de falência.

Além disso, foram considerados aspectos tributários e fiscais para a formalização do AFAC, visando prevenir investidor e sociedade de eventuais autuações junto ao fisco e cobranças de impostos em excesso de maneira retroativa, bem como contornar a lacuna que existe sobre o tema.

Nesse sentido, o AFAC pode ser interpretado como um grande e, talvez, complexo quebra-cabeças, de modo que para que a operação seja segura e finalizada, todas as peças precisam estar conectadas e nos seus lugares certos.

Assim, para a utilização de um recurso como o AFAC, se faz mister a formalização do negócio jurídico por meio de um instrumento contratual entre investidor, companhia e demais sócios – como intervenientes anuentes –, contendo informações como valores, intenção de aumento futuro do capital social e prazo para integralização do investimento, no mínimo. A lei também permite que as partes do contrato disponham sobre outros elementos, como a possibilidade de desfazimento e reversibilidade da operação.

No entanto, apesar de ter sido possível colacionar alguns pontos positivos e a favor do AFAC, resta claro que a sua formalização e utilização devem ser considerados e analisados cuidadosamente, respeitando-se as formalidades societárias e contábeis aqui trazidas.

REFERÊNCIAS

Adiantamento para futuro aumento de capital (AFAC): quais cuidados devem ser tomados pelas empresas antes da realização das AGOs?. Informativo Gaia Silva Gaede Advogados, 2021. Disponível em: <<https://gsga.com.br/adiantamento-para-futuro-aumento-de-capital-afac-quais-cuidados-devem-ser-tomados-pelas-empresas-antes-da-realizacao-das-agos/>>. Acesso em 10 de julho de 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em 10 de setembro de 2022.

_____. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 – LSA.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em 30 de julho de 2022.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2022 – Código Civil.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 30 de julho de 2022.

_____. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 – LRF.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em 11 de setembro de 2022.

_____. **Resolução do Conselho de Contabilidade nº 1.159 de 13 de fevereiro de 2009.** Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/resolucao-cfc1159_2009.htm>. Acesso em 30 de julho de 2022.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial: direito de empresa.** 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTRO, Leonardo Moraes; KUHL, Thiago. **Importantes considerações sobre a não-incidência do IOF sobre adiantamento para futuro aumento de capital (AFAC).** Bueno Tax Lawyers, 2021. Disponível em: <https://bueno.tax/artigos/2021/01/importantes-consideracoes-sobre-a-nao-incidencia-do-iof-sobre-adiantamento-para-futuro-aumento-de-capital-afac/#_ftn4>. Acesso em 10 de julho de 2022.

_____. **Curso de direito comercial: sociedade anônima.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

EIZERIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada. Volume II – Arts. 121 a 188.** São Paulo: Quartier Latin, 2011.

Impacto Tributário do AFAC. Chambarelli Advogados. Disponível em: <<https://chambarelli.com.br/2021/02/22/impactos-tributarios-do-afac/>>. Acesso em 10 de julho de 2022.

GELBCKE, Ernesto Rubens et al. **Manual de contabilidade societária: aplicável a todas as sociedades: de acordo com as normas internacionais e do CPC.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GERDULLI, Laila. **AFAC: O que é e para o que serve o adiantamento futuro de capital.** Moreira Suzuki Advogados, 2020. Disponível em: <<https://moreirasuzuki.com.br/artigos/afac-o-que-e-e-para-que-serve-o-adiantamento-para-futuro-aumento-de-capital/>>. Acesso em 10 de julho de 2022.

HOOG, Wilson Alberto Zappa. **Adiantamento para Futuro Aumento de Capital. Uma Opinião Considerando as Alterações na Lei 6.404/1976.** Laboratório de Perícia Contábil Forense-Arbitral Zappa Hoog, Petrenco e Cia, 2010. Disponível em: <<http://zappahoog.com.br/site/index.php/adiantamento-para-futuro-aumento-de-capital-uma-opinio-considerando-as-alteracoes-na-lei-6-404-1976/>>. Acesso em 10 de julho de 2022.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial.** 41. ed., rev. atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVA, Rodrigo Soldati. **Adiantamento para Futuro Aumento de Capital (AFAC):**

definição, finalidade e apresentação adequada no Balanço Patrimonial. Athros: Auditoria e Consultoria, 2021. Disponível em: <<https://www.athros.com.br/adiantamento-para-futuro-aumento-de-capital-afac-definicao-finalidade-e-apresentacao-adequada-no-balanco-patrimonial/#:~:text=Os%20adiantamentos%20para%20futuros%20aumentos,registrados%20no%20Passivo%20Não%20Circulante.>>. Acesso em 10 de julho de 2022.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Aumentos de capital das sociedades anônimas.** São Paulo: Saraiva, 1988.

3

Sucessão de quotas de sócio falecido de sociedade limitada, no âmbito do registro empresarial

MARCUS VINICIUS TADEU PEREIRA *

JULIANE MACHADO DA FONSECA NASCIMENTO**

FLÁVIA REGINA BRITTO GONÇALVES***

* -Advogado, Mestre em Direito do Estado pela UFPR, Procurador Regional da Junta Comercial do Paraná.

** -Advogada, Subprocuradora Regional da Junta Comercial do Paraná

***-Advogada, especialista em Direito Empresarial. 18 (dezoito) anos de experiência na Junta Comercial do Estado de São Paulo

1 – Introdução

Fato muito comum e de solução aparentemente simples, a morte de sócio de sociedade limitada pode gerar conflitos jurídicos e discussões societárias entre sócios e herdeiros, capazes de interferir, ou mesmo prejudicar, o seguimento da sociedade.

A questão pode ser vista por um lado especificamente patrimonial e sucessório, cujas regras então nos parecem mais objetivas e sem muita margem para discussões. Mas se as olharmos sob o prisma do direito societário, então as exceções e possibilidades variadas de desfecho para a sociedade suscitam a aplicação de regras muito específicas, em grande medida infralegais, para disciplinar, sem riscos, o seguimento da sociedade em razão de falecimento.

Questões outras estão intimamente ligadas ao preceito contido no artigo 5º, inciso XX da nossa Carta Magna, pois “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou permanecer associado”. Tudo porque, com o falecimento de um membro da sociedade faz-se um desafio intrínseco e interno da sociedade dar continuidade à atividade empresarial com membros que não foram livremente escolhidos para comporem a pessoa jurídica.

Dessa feita, muitas sociedades em seus contratos, previamente, estabelecem regras que são ditadas por seus sócios e que, obviamente, conduzem o exercício da atividade empresarial para rumos menos sinuosos, com o fito de não serem as pessoas jurídicas e seu regular funcionamento atingidos frontalmente por questões que fujam da livre manifestação volitiva, como, por exemplo, o fato que decorre do falecimento de um de seus membros.

Neste artigo, partindo das normas já positivadas e em vigor em nosso ordenamento, trataremos brevemente das regras aplicáveis e das formas de prevenção de impasses societários quando do falecimento de um sócio, no âmbito do registro empresarial. Esperamos abordar temas que ajustem no cotidiano das relações societárias possíveis conflitos, de modo a não autorizar que questões relacionadas aos sócios sejam capazes de interferirem no regular funcionamento das pessoas jurídicas.

2 – Contexto para o tema e panorama legislativo atual

A lei civil discorre sobre as formas de continuidade dos direitos societários, atingidas pelo falecimento de sócio, para tanto partindo de princípios consagrados e de cabimento longo e incontestado em nosso ordenamento jurídico:

Princípio da preservação da pessoa jurídica: Todo o direito societário converge para convalidar este princípio na análise das relações entre sócios e destes com terceiros, no sentido de que as normas vigentes devem ser aplicadas e interpretadas com uma visão de que a personalidade jurídica deve, sempre que possível, ser mantida, assim como sua natureza distinta daquela dos sócios que as compõem.

Em outras palavras: é desafiador dissociarmos e distinguirmos as personalidades, uma vez que as questões que assolam a vida pessoal dos sócios, e aquelas que decorrem do exercício da atividade empresarial, devem ser tratadas distintamente, ou seja, não devem adentrar cada qual em suas esferas.

Há necessidade de distinção de modo a não permitir que a condução da atividade empresarial seja atingida em sua estrutura, garantindo-se que situações cotidianas não sofram ruptura em sua continuidade, tais quais: decisões gerenciais importantes adotadas por sócios administradores, pagamento de funcionários, autorização de dispêndio de valores necessários à aquisição de insumos para o funcionamento regular de suas atividades.

Contudo, como premissa necessária à existência da pessoa jurídica e sua permanência no mundo jurídico positivo faz-se essencial a preservação da personalidade jurídica da sociedade, com o mínimo abalo possível por situações externas relacionadas aos seus sócios.

O princípio da preservação dos direitos patrimoniais das sociedades e sócios que as compõem também encontra respaldo quando se preserva a distinção entre a pessoa jurídica e a física, cada uma com seu espectro de deveres, responsabilidades, relações com terceiros e direitos próprios.

Deste modo, situações extrínsecas à sociedade, como, por exemplo, o falecimento de sócio, não devem trazer consequências negativas à continuidade das relações societárias e negociais da pessoa jurídica, de modo a garantir que a sociedade empresarial desfrute de boa saúde financeira e seja capaz de conduzir suas atividades coti-

dianas sem que as decisões administrativas necessárias interfiram na preservação de seus direitos patrimoniais, sem que se suscite eventual confusão patrimonial entre os bens que compõem o patrimônio pessoal dos sócios e aqueles que se relacionam ao patrimônio da sociedade.

Ora, as sociedades empresárias limitadas, com base no princípio da limitação de responsabilidade, têm respaldo na segregação de patrimônios dos sócios e da sociedade, com o fim subliminar de permitir àqueles que se dedicam ao exercício da atividade empresarial e, para tanto, constituem pessoas jurídicas em formato de sociedades empresárias limitadas, ainda que unipessoais, exerçam suas atividades, e cumpridos os fundamentos jurídicos expendidos em lei, com liberdade, sem que o seu patrimônio pessoal seja atingido por questões inerentes ao risco do exercício da atividade empresarial.

O princípio da *affectio societatis* entende que a sociedade nasce e se desenvolve a partir de deliberações voluntárias dos sócios e enquanto elas permanecem, junto com a real intenção dos sócios em se relacionar no âmbito societário.

Assim, há um desafio que já é observado na constituição de sociedades, o qual está relacionado à intenção livre de as pessoas se associarem para o alcance de objetivos comuns. Referida associação está também relacionada à afinidade que as pessoas possuem na eleição de seus pares para o exercício de atividades empresárias. Muitos associam-se por encontrarem uns nos outros aptidões que se correlacionam e que possibilitam à pessoa jurídica que se pretende constituir o atingimento do fim a que se destina.

Entretanto, referida afeição poderá estar sobremaneira abalada com fatos extrínsecos às decisões das pessoas que compõem a sociedade como, exemplificamente, o fato infeliz e inesperado advindo do falecimento de um sócio, que se caracteriza por gerar no interior da sociedade uma situação delicada e que carece de enfrentamento.

Nesse diapasão, a eventual substituição do sócio falecido, seja por seus sucessores, seja por terceiro, a liquidação da sua quota, ou, ainda, a dissolução total da sociedade, pode gerar importantes discussões internas, as quais devem ser tratadas com cautela de modo a não causarem abalos significativos no desenvolvimento do fim social da sociedade empresarial e que não rumem, portanto, à quebra da *affectio societatis*.

Pois bem, partindo de tais princípios, de ampla aceitação em

nosso ordenamento jurídico, nosso Código Civil dispõe uma regra específica tentando prever como se dará a sucessão do sócio falecido. Vejamos os artigos 1028, 1031 e 1032 do CC:

“...Art. 1.028. No caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo:

I - se o contrato dispuser diferentemente;

II - se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade;

III - se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido.

Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

§ 1º O capital social sofrerá a correspondente redução, salvo se os demais sócios suprirem o valor da quota.

§ 2º A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário.

Art. 1.032. A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação...”

Ainda que com uma “origem” comum, há diferença na abordagem e nas regras a serem aplicadas quando alguém falece sendo titular de bens e direitos, inclusive participação societária. Em processo sucessório, a matéria, as normas e os fundamentos que se suscitam para determinar os direitos das partes envolvidas e o destino do patrimônio do falecido, todas têm natureza distinta daquelas que exsurgem dos reflexos do falecimento sobre a situação de sociedade da qual fazia parte o falecido.

Com efeito, no âmbito civil discute-se quem herda, quanto se herda, como se herda, e se busca enumerar e valorar (inventariar, portanto) o monte-mor do patrimônio a ser partilhado, com seus reflexos

sobre a propriedade, as relações pessoais, os reflexos monetários e mesmo fiscais.

Por sua vez, no que tange ao registro empresarial, o falecimento do sócio pode acarretar uma gama de efeitos no andamento da sociedade, com possíveis reflexos na realidade e cotidiano da empresa e dos sócios, inclusive com eventuais riscos de ilegalidades e danos. Daí porque a análise feita no ato societário levado a registro perante o órgão de Registro Público Empresarial, nesses casos, é tão importante.

A averiguação do seguimento de normas vigentes, evitando ilicitudes formais e mesmo seus reflexos na sociedade, de modo a garantir que sejam observadas das prescrições legais é atribuição do agente que analisa o ato societário quando levado a registro, o que também é norma de nosso Código Civil:

“...Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.

Art. 1.153. Cumpre à autoridade competente, antes de efetivar o registro, verificar a autenticidade e a legitimidade do signatário do requerimento, bem como fiscalizar a observância das prescrições legais concernentes ao ato ou aos documentos apresentados.

Parágrafo único. Das irregularidades encontradas deve ser notificado o requerente, que, se for o caso, poderá saná-las, obedecendo às formalidades da lei.

Art. 1.154. O ato sujeito a registro, ressalvadas disposições especiais da lei, não pode, antes do cumprimento das respectivas formalidades, ser oposto a terceiro, salvo prova de que este o conhecia.

Parágrafo único. O terceiro não pode alegar ignorância, desde que cumpridas as referidas formalidades...”

A lei civil também disciplina as várias faces do registro empresarial, em seus artigos acima indicados, preparando a norma específica que rege todo o sistema de registro vigente no país, em especial a lei 8934/94, já atualizada com as inclusões havidas nas leis 13.874/19 e 14.195/21:

*“...Art. 35. Não podem ser arquivados:
I - os documentos que não obedecerem às prescrições legais ou regulamentares ou que contiverem matéria contrária aos bons costumes ou à ordem pública, bem como os que colidirem com o respectivo estatuto ou contrato não modificado anteriormente;*

Art. 37. Instruirão obrigatoriamente os pedidos de arquivamento:

I - o instrumento original de constituição, modificação ou extinção de empresas mercantis, assinado pelo titular, pelos administradores, sócios ou seus procuradores;...”

Sendo atribuição das juntas comerciais, pelas referidas normas, a verificação da legalidade e registro de atos societários, é neste órgão que surge a casuística e os precedentes que, servido de desbravadores, orientam a prática de registro das mudanças necessárias nas empresas em caso de perda de um de seus sócios. Nesta realidade, portanto, com o tempo se forjaram entendimentos sobre o procedimento de se registrar essas mudanças substanciais, de modo a respeitar as normas vigentes e mitigar os riscos para as empresas, sem avançar na alçada familiar, sucessória e patrimonial das pessoas relacionadas, sempre naquela linha da preservação do melhor interesse dos sócios e terceiros envolvidos.

Pois bem, a mesma lei de registro empresarial, que prevê que devem ser obedecidos certos requisitos legais e formais para se registrar um ato societário, inclui alterações em sociedade em que se pretenda mudanças no quadro de sócios, por ato voluntário ou mesmo falecimento. Vejamos:

“...Art. 40. Todo ato, documento ou instrumento apresentado a arquivamento será objeto de exame do cumprimento das formalidades legais pela junta comercial.

§ 1º Verificada a existência de vício insanável, o requerimento será indeferido; quando for sanável, o processo será colocado em exigência.

§ 2º As exigências formuladas pela junta comercial deverão ser cumpridas em até 30 (trinta) dias, contados da data da ciência pelo interessado ou da publicação do despacho.

§ 3º O processo em exigência será entregue completo

ao interessado; não devolvido no prazo previsto no parágrafo anterior, será considerado como novo pedido de arquivamento, sujeito ao pagamento dos preços dos serviços correspondentes...”

No mesmo sentido, com redação muitíssimo semelhante, estão as disposições do Decreto n. 1800/96, que regulamenta a Lei de registro (8934/94).

Por sua vez, dentro do sistema nacional de registro empresarial (SINREM), sobretudo em nosso Brasil de grandes dimensões, variações regionais e pluralidade de entendimentos diversos, por vezes opostos, o legislador previu para o órgão nacional – DREI³⁶ – a função de ordenar a prática e entendimentos sobre assuntos de sua alçada, normatizando-os, em caráter infralegal, o que atualmente se faz por meio das Instruções Normativas. Vejamos o fundamento legal:

Art. 4º O Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (Drei) da Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia tem por finalidade

I - supervisionar e coordenar, no plano técnico, os órgãos incumbidos da execução dos serviços de Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

II - estabelecer e consolidar, com exclusividade, as normas e diretrizes gerais do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

III - solucionar dúvidas ocorrentes na interpretação das leis, regulamentos e demais normas relacionadas com o registro de empresas mercantis, baixando instruções para esse fim;

IV - prestar orientação às Juntas Comerciais, com vistas à solução de consultas e à observância das normas legais e regulamentares do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

V - exercer ampla fiscalização jurídica sobre os órgãos incumbidos do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, representando para os devidos fins às autoridades administrativas contra abusos e

³⁶ O Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI) sucedeu o anterior DNRC pela vigência da lei n...

infrações das respectivas normas, e requerendo tudo o que se afigurar necessário ao cumprimento dessas normas;

VI - estabelecer normas procedimentais de arquivamento de atos de firmas mercantis individuais e sociedades mercantis de qualquer natureza;

VII promover ou providenciar, supletivamente, as medidas tendentes a suprir ou corrigir as ausências, falhas ou deficiências dos serviços de Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

Com base e para os fins deste permissivo legal, o DREI emana suas Instruções Normativas, muitas vezes acompanhadas de anexos, como tem sido há muito o caso do Manual de Registro das Sociedades Limitadas, documento no qual constam as regras que se pretendem serem esmiuçadas neste artigo.

3 – Normas de registro para falecimento de sócio na sociedade limitada.

Até há bem pouco tempo, para o tema da sucessão de cotas, as juntas comerciais observavam, quando da análise do ato societário, o contido na Instrução Normativa n. 81/2020 do DREI, tendo pacificado, na maioria delas, o entendimento de que, para poder dar às cotas do sócio falecido um destino final, seria preciso esperar pelo desfecho do procedimento sucessório, o que, em seguida, seria comunicado ao registro, para arquivamento, pelas partes, da respectiva alteração contratual. Sem uma prévia partilha, somente se permitia arquivamento de ato em empresa de sócio falecido por ordem judicial ou, quando fosse para regularizar sua administração ou admitir, substituindo o falecido, seu espólio no quadro de sócios.

Com efeito, após um breve período de consultas públicas e troca de ideias perante os órgãos do SINREM, foi publicada a Instrução Normativa n. 81/2020, permitindo maior liberdade de ação para as empresas quando ocorria falecimento de sócio. Essa IN/81 dispunha:

“... 4.5. FALECIMENTO DE SÓCIO

No caso de falecimento do sócio único, pessoa natural, a sucessão dar-se-á por alvará judicial ou na partilha, por sentença judicial ou escritura pública de partilha de bens.

Já no caso de sociedade com dois ou mais sócios, diante do falecimento de algum dos sócios, liquidar-se-á a sua quota salvo se:

I -o contrato dispuser diferentemente;

II -os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade; ou

III -por acordo com os herdeiros, for regulada a substituição do sócio falecido (art. 1.028, do CC).

Na hipótese de não existir interesse de continuidade da sociedade com os herdeiros, ou seja, de ser promovido a liquidação das quotas do falecido por deliberação dos sócios remanescentes, necessária a apresentação de alvará e/ou formal de partilha e, independe da vontade dos herdeiros do sócio falecido. (Incluído pela Instrução Normativa DREI nº 55, de 2 de junho de 2021)

Caberá, ainda, aos sócios remanescentes, após a liquidação da(s) quota(s) proceder com a redução do capital social ou suprir o valor da quota (art. 1.031, § 1º, do CC), bem como promover o pagamento da quota liquidada, em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo ou estipulação contratual em contrário (art. 1.031, § 2º, do CC). (Incluído pela Instrução Normativa DREI nº 55, de 2 de junho de 2021)

Enquanto não houver homologação da partilha, o espólio é representado pelo inventariante, devendo ser juntada a respectiva certidão ou ato de nomeação de inventariante ao documento a ser arquivado. (Incluído pela Instrução Normativa DREI nº 55, de 2 de junho de 2021)

No caso de alienação é indispensável a apresentação do respectivo alvará judicial ou escritura pública de partilha de bens específico para a prática do ato. (Incluído pela Instrução Normativa DREI nº 55, de 2 de junho de 2021)

Caso o inventário já tenha sido encerrado, deverá ser juntado ao ato a ser arquivado cópia da partilha homologada e certidão de trânsito em julgado. Nessa hipótese, os herdeiros serão qualificados e comparecerão na condição de sucessores do sócio falecido podendo, no mesmo instrumento, haver o recebimento das suas quotas e a transferência a terceiros. (Incluído pela Instrução Normativa DREI nº 55, de 2 de junho de 2021)...”

Mais recentemente, com uma visão mais hodierna das normas societárias e necessidade de modernizar a vivacidade das empresas em seu cotidiano, o entendimento passou a ser o de aceitar algumas mudanças na sociedade, mesmo antes de decisão final na alçada do processo sucessório. Embasaram essa mudança de posicionamento, a tendência de facilitação e racionalização dos processos de registro, com atribuições ampliadas deferidas ao DREI quando da edição da Lei nº 13.874 de 2019 chamada de “lei da liberdade econômica” e da Lei nº 14.195 de 2021, chamada de “lei de melhoria do ambiente de negócios”.

Então sobreveio a IN n. 55/2021/DREI, visando a facilitação de abertura e registro de empresas, elencando mudanças em vários temas. Entre os dispositivos alterados, a IN/55 dispõe que seus manuais, anexos da IN/81, passam a vigorar com alterações diversas, inclusive no tema da sucessão de sócio falecido.

Nesta IN/55 seguem textos com novas redações dadas aos manuais em anexo ou, mais precisamente, às notas relativas a capítulos dos anexos. E ali, em meio a tantos detalhes mudados para adequar aos temas da IN propriamente dita, quase enxertado após setenta páginas e tabelas diversas, incluem-se as novas regras sobre sucessão do sócio.

Nessa seara, o DREI passou a ter o ideal de uma liberdade ainda maior para as sociedades e empresários, no âmbito do registro, pelo que alterou seu entendimento e o incluiu em nova mudança normativa, tratando da matéria de forma mais liberal em sua subsequente nova versão atualizada daquela IN/81/20, que sobre a matéria assim dispôs:

“...No caso de falecimento do sócio único, pessoa natural, a sucessão dar-se-á por alvará judicial ou na partilha, por sentença judicial ou escritura pública de partilha de bens.

Já no caso de sociedade com dois ou mais sócios, diante do falecimento de algum dos sócios, liquidar-se-á a sua quota salvo se:

I - o contrato dispuser diferentemente;

II - os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade; ou

III - por acordo com os herdeiros, for regulada a substituição do sócio falecido (art. 1.028, do CC).

Notas:

I. Não havendo disposição em contrário no contrato social sobre a sucessão de sócio falecido, **poderá ha-**

ver a alteração contratual, com liquidação das quotas, sem qualquer participação de inventariante e/ou herdeiros do sócio falecido, cabendo apenas aos sócios remanescentes a alteração contratual;

II. Havendo disposição contratual que permita o ingresso de herdeiros e sucessores, podem estes já ingressarem com alteração contratual assumindo sua posição, **não sendo necessária a apresentação de alvará e/ou formal de partilha, em virtude de inexistência de previsão legal.**

III. Havendo cláusula que permita o ingresso de herdeiros e sucessores, e estes decidam que não querem ingressar na sociedade, pode ser feita alteração contratual, sem a necessidade de alvará ou formal de partilha.

IV. Na hipótese de não existir interesse de continuidade da sociedade com os herdeiros, ou seja, de ser promovido a liquidação das quotas do falecido por deliberação dos sócios remanescentes, não é necessária a apresentação de alvará e/ou formal de partilha e, independe da vontade dos herdeiros do sócio falecido.

Caberá, ainda, aos sócios remanescentes, após a liquidação da(s) quota(s) proceder com a redução do capital social ou suprir o valor da quota (art. 1.031, § 1º, do CC), bem como promover o pagamento da quota liquidada, em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo ou estipulação contratual em contrário (art. 1.031, § 2º, do CC).

Enquanto não houver homologação da partilha, o espólio é representado pelo inventariante, devendo ser juntada a respectiva certidão ou ato de nomeação de inventariante ao documento a ser arquivado

No caso de alienação é indispensável a apresentação do respectivo alvará judicial ou escritura pública de partilha de bens específico para a prática do ato.

Caso o inventário já tenha sido encerrado, deverá ser juntado ao ato a ser arquivado cópia da partilha homologada e certidão de trânsito em julgado. Nessa hipótese, os herdeiros serão qualificados e comparcerão na condição de sucessores do sócio falecido podendo, no mesmo instrumento, haver o recebimento das suas quotas e a transferência a terceiros.

SEÇÃO V

2.5.
No caso de extinção não é necessária a apresentação do alvará judicial ou escritura pública de partilha de bens, específico para a prática do ato, se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade. Os sucessores poderão ingressar na sociedade e dis-tratar no mesmo ato.” (NR)...”

Nesta ocasião, com essas mudanças de entendimento e de regras práticas de registro, o DREI, embora imbuído das melhores intenções, estremeceu a segurança jurídica e o entendimento pacificado nas juntas comerciais, o que trataremos adiante.

4 – Normas atuais e a IN/112/2021/DREI.

O assunto despertou posições distintas e controversas nas juntas comerciais, ao notar que o entendimento do DREI não contemplava uma série de exceções, nem cobria toda a gama de cenários possíveis para as sociedades em caso de falecimento de sócio.

Verifica-se que houve ainda outras mudanças introduzidas nas notas à IN/55, por meio da mais atual e vigente IN/112/2021/DREI, ora alvo destas linhas. Isto porque dela se extraem as notas que regulam, atualmente, o entendimento daquele órgão sobre o tema e que permitem a transferência de quotas do sócio falecido para os herdeiros sem que, para isso, fosse apresentado qualquer documento.

Em uma redação um pouco mais consciente quanto ao tema sucessório e às atribuições conferidas ao órgão de Registro Público Empresarial, a redação dada pelas notas integrantes da IN/DREI n. 112 previu, para casos de seguimento da sociedade, dependente de se saber quem herdaria as cotas de capital, assegurou-se de conferir segurança à sucessão, dispondo:

“...Na hipótese de sucessão das quotas, ou seja, quando as quotas forem transferidas, é necessária, para o arquivamento do ato societário, a apresentação do alvará judicial e/ou formal de partilha, conforme determina o art. 619, inciso I, do Código de Processo Civil. A autorização judicial pode ser substituída por

documento equivalente emitido por cartório de notas, nos casos em que se admite inventário extrajudicial. Nessa hipótese, os herdeiros serão qualificados e comparecerão na condição de sucessores do sócio falecido, podendo, no mesmo instrumento, haver o recebimento das suas quotas e a transferência a terceiros...”

Esse entendimento mais cauteloso para hipóteses de sucessão das cotas, para ingresso de herdeiros na sociedade que continua após falecimento de sócio, não foi acompanhado de cautela equivalente em outros casos em que a sociedade encontra outros destinos.

E neste ponto, destaca-se uma necessidade de cautela para o registro de atos societários que digam acerca da destinação de quotas, ouvir os herdeiros sobre a sucessão das quotas do sócio falecido, bem como acerca de eventual alienação das quotas a terceiro. No caso de não haver desfecho acerca da sucessão patrimonial das quotas, que se, ao menos, seja exigida a manifestação pautada em ordem judicial ou em manifestação concedida nos autos da partilha extrajudicial, concedida àquele que, legalmente, representa o espólio, o inventariante.

Necessário frisar, neste ponto, que não é argumento válido para o DREI normatizar deste modo a sucessão de cotas, alegar que se busca celeridade no registro. Ora, quando se trata de sucessão de cotas, não afeta o tempo de registro de empresa, a facilidade de abertura de empresas no país (objetivo permanente do DREI), mas regularizar quadro de sócios de sociedade já formada. A visão ora exposta, de que é necessário ouvir os herdeiros ou ao menos intervenção do inventariante, não atrasa o registro, não equivale a paralisação de empresas – porque é tudo iniciativa da parte. As juntas recebem a documentação pertinente e registram o ato com a presteza que lhes cabe. Eliminar a cautela de se saber a situação dos herdeiros, não apressa, melhora ou garante o registro correto.

No entendimento da maioria das Juntas Comerciais, essa mudança trouxe insegurança jurídica³⁷ para o registro de empresas ao permitir o arquivamento de atos societários contrários a lei, o que é vedado pelo art. 35, I da lei 8.934/1994, que dispõe:

³⁷ Lembre-se que uma das finalidades do registro de empresas é conferir segurança jurídica, de acordo com a lei 8.934/1994, art. 1º, I.

“...Art. 35. Não podem ser arquivados:

I - os documentos que não obedecerem às prescrições legais ou regulamentares ou que contiverem matéria contrária aos bons costumes ou à ordem pública, bem como os que colidirem com o respectivo estatuto ou contrato não modificado anteriormente;

II - os documentos de constituição ou alteração de empresas mercantis de qualquer espécie ou modalidade em que figure como titular ou administrador pessoa que esteja condenada pela prática de crime cuja pena vede o acesso à atividade mercantil;

III - os atos constitutivos de empresas mercantis que, além das cláusulas exigidas em lei, não designarem o respectivo capital e a declaração de seu objeto, cuja indicação no nome empresarial é facultativa; (Redação dada pela Lei nº 14.195, de 2021)

IV - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.195, de 2021)

V - os atos de empresas mercantis com nome idêntico a outro já existente; (Redação dada pela Lei nº 14.195, de 2021)

VI - a alteração contratual, por deliberação majoritária do capital social, quando houver cláusula restritiva;

VII - os contratos sociais ou suas alterações em que haja incorporação de imóveis à sociedade, por instrumento particular, quando do instrumento não constar:

a) a descrição e identificação do imóvel, sua área, dados relativos à sua titulação, bem como o número da matrícula no registro imobiliário;

b) a outorga uxória ou marital, quando necessária;

VIII - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 1º O registro dos atos constitutivos e de suas alterações e extinções ocorrerá independentemente de autorização governamental prévia, e os órgãos públicos deverão ser informados pela Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim) a respeito dos registros sobre os quais manifestarem interesse. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)

§ 2º Eventuais casos de confronto entre nomes empresariais por semelhança poderão ser questionados pelos interessados, a qualquer tempo,

por meio de recurso ao DREI. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021).”

Entende-se arriscado não depender de deliberação dos herdeiros, ainda que representados (inventariante), ou sequer demandar que estejam cientes das alterações contratuais.

Mais precisamente, as mudanças foram alocadas de forma - entendemos - indireta. Não constam de artigos claros da nova IN, mas de mudanças no texto dos anexos à IN/81, os manuais de registro. Mais do que isso, não constam de itens destacados dos anexos, mas de notas às regras elencadas nos manuais. A nosso ver, relegou mudanças em situações sensíveis como sucessão de sócios, a uma categoria de “sub-regras”, anotações à margem das regras mais robustas.

Como isso poderia gerar, como de fato gerou, confusão entre profissionais atuantes nas juntas comerciais, pode-se presumir que geram confusão ainda maior entre usuários, o que já reflete no número de processos com dúvidas, exigências, recursos, sem resposta única que traga segurança jurídica para o registro e para as consequências civis e empresariais daquela sucessão pretendida nas empresas.

O entendimento do DREI, nas notas ao manual, é que, falecido o sócio, exceto se houver previsão expressa no contrato, o(s) remanescente(s) poderá(ão) afastar herdeiros da sociedade sem sequer os notificar ou sequer se saber se de fato há herdeiros, o que eles querem ou se têm alguma preferência, direito ou expectativa sobre as cotas.

Neste ponto, a crítica que decorre de dúvidas: Nestes casos de sucessão, como a Junta poderá ter certeza acerca da condição de herdeiro? Pois segundo a legislação sucessória, descendentes podem ser herdeiros (ou não), cônjuge pode ser herdeiro (ou não), ascendentes podem ser herdeiros (ou não), a depender da ordem sucessória, de deserdação. Inclusive pessoas que não são parentes do falecido podem ser herdeiros.

Portanto, entende-se que somente os documentos do inventário podem comprovar a condição de herdeiro. Mas na nova regra da IN não há exigência de apresentação desses documentos. Daí a fundada dúvida.

Por outro lado, nas notas à IN (item 4.5.1), permitir que herdeiros entrem na sociedade sem inventário ou inventariante, é admitir que alguns herdeiros possam desconsiderar outros. A probabilidade

de disputas sucessórias passarem a interferir nos registros, arriscando sua segurança (art. 1º., lei 8934/94), é muito alta, o que se vê empiricamente no cotidiano das juntas.

E o item III das notas permite que herdeiros renunciem a seu direito de ingresso na sociedade, sem sequer saber se de fato são herdeiros, ou se há mais deles, ou qual a proporção, ou quem se responsabiliza por eles e por seus atos, já que nem inventariante se demanda, desconsiderando a norma do art. 1.991 do Código Civil.

Há mais: há contradição entre o texto das notas I a IV e o seguimento, pois aquelas mencionam total desnecessidade de inventário ou alvará, mas este menciona que “Enquanto não houver homologação da partilha, o espólio é representado pelo inventariante, devendo ser juntada a respectiva certidão...” ou ainda que “No caso de alienação é indispensável a apresentação do respectivo alvará judicial ou escritura” pública ou ainda que “...Caso o inventário já tenha sido encerrado...”

Ou seja, não há clareza de quando se deve exigir inventário ou alvará, e quando ele é dispensado, levando o analista do registro a uma verdadeira pesquisa sobre situação familiar ou da sociedade, para poder registrar o ato – o que escapa à sua alçada e, isto sim, prejudica a celeridade do registro.

Como consequência, sempre que houver falecimento de sócio e alteração contratual sem cautela documental quanto aos herdeiros, está se dando margem a grande insegurança jurídica e grandes probabilidades de discussões societárias, inclusive judiciais, minando a autoridade do registro.

Isso tudo sem um benefício concreto que possa justificar. A visão atual, de que é necessário ouvir os herdeiros ou ao menos intervenção do inventariante, não atrasa o registro, não equivale a paralisação de empresas – porque é tudo iniciativa da parte. As juntas recebem a documentação pertinente e registram o ato com a presteza que lhes cabe. Eliminar a cautela de se saber a situação dos herdeiros, não apressa, melhora ou garante o registro correto.

Por sua vez, no âmbito processual, salientamos que, como a transferência do patrimônio do sócio falecido, em face do que determina o artigo 619, I do Código de Processo Civil, depende de autorização do juiz do inventário, a quem compete fiscalizar a observância das regras de direito sucessório. Confere-se:

“Art. 619. Incumbe ainda ao inventariante, ouvidos os interessados e com autorização do juiz:

I - alienar bens de qualquer espécie”.

Permitir arquivamentos de atos societários sem a observância dessa regra poderia implicar em sérios prejuízos às partes envolvidas no processo de inventário (muitas vezes litigioso), com possibilidade até mesmo de eventual responsabilização da Junta Comercial, com fundamento no art. 37, §6º da Constituição c/c art. 35, I da lei 8.934 de 1994.

Destaca-se, ainda, que é comum entre os órgãos públicos de registro de propriedade a exigência de alvará ou formal de partilha para transferência do patrimônio de pessoa falecida, entendimento até então pacífico entre as Juntas Comerciais; pelo menos desde a Instrução Normativa do extinto DNRC nº 98/2003.

Veja-se que, para maior segurança, a anuência ou ao menos a ciência de herdeiros ou inventariante é uma espécie de exigência comum, a que o cidadão está acostumado e que previne problemas, pois evita a ocorrência de atos contrários a lei e afasta a responsabilidade da Junta Comercial por eventual inobservância de algum direito sucessório.

Por certo que se para transferir imóveis, veículos e semoventes de uma pessoa falecida é necessário alvará judicial ou formal de partilha, não há motivos para ser diferente tratando-se de quotas de sociedade empresária.

Foi debatendo tais questões, após sucessivas discussões, que o Colegiado de Procuradores e Secretários das Juntas Comerciais entendeu pela necessidade de ajustes na IN DREI 81, em especial item 4.5, notas II e III do Manual de LTDA, em razão de mudanças implementadas pela IN DREI 55.

Parcialmente assimiladas pela legislação infralegal, as intervenções do grupo que observou cotidianamente os reflexos das normas de sucessão de sócio lograram culminar em uma nova série de alterações, feitas pelo DREI, nas notas explicativas (elencadas no item 4.5.1 do anexo IV do seu manual de registro, inseridas na versão mais recente da IN/DREI/81/20.

Essa mais recente redação de fato corrigiu alguns dos impasses apontados, embora em linhas gerais tenha mantido o entendi-

mento anterior, pela desnecessidade de depender – ou sequer de dar ciência – de inventário ou inventariante, para alterar estrutura de sociedades, quando do falecimento de sócio.

Foram mantidos os entendimentos de que há uma segregação entre as esferas de registro e sucessória, sendo indevida a preocupação daquela sobre o cumprimento das leis que regulam esta última. Em outras palavras, segundo pretende o DREI e suas INs, o registro pode e deve ser facilitado em caso de falecimento de sócio, permitindo-se a rápida solução para afastamento do falecido, deixando de lado questões sucessórias civis, que não são sua alçada, mas afeitas apenas aos herdeiros, inventariantes e demais partícipes da relação sucessória.

Isto implica em permitir o registro da sucessão do sócio falecido independentemente de haver inventário, finalizado ou não, ou ainda haver consenso sobre herdeiros ou o destino das cotas. Ainda capacita o(s) sócio(s) remanescente(s) a decidir, apenas por si, o destino das cotas, se as compra, se absorve seu valor com redução de capital social ou o destino da própria sociedade, pois pode decidir por sua dissolução, tudo independentemente da vontade dos sucessores do falecido.

Nessa nova formatação da regra de registro, continuam sem resposta, e a nosso ver à mercê de riscos para a sociedade e para o registro empresarial, alguns pontos, dos quais salientamos três relevantes: (i) a questão do quórum para deliberação sobre o destino da sociedade; (ii) existência de herdeiro menor; (iii) e o procedimento de liquidação de cotas (art. 1.10238 do Código Civil).

A questão do quórum lança dúvidas sobre a legitimidade que o sócio remanescente teria para decidir o seguimento da sociedade. De fato, para cada espécie de deliberação societária, a lei prevê um quórum determinado, expostos nos artigos do Código Civil:

“...Art. 1.071. Dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato:

38 Art. 1.102. Dissolvida a sociedade e nomeado o liquidante na forma do disposto neste Livro, procede-se à sua liquidação, de conformidade com os preceitos deste Capítulo, ressalvado o disposto no ato constitutivo ou no instrumento da dissolução. Parágrafo único. O liquidante, que não seja administrador da sociedade, investir-se-á nas funções, averbada a sua nomeação no registro próprio.

- I - a aprovação das contas da administração;*
- II - a designação dos administradores, quando feita em ato separado;*
- III - a destituição dos administradores;*
- IV - o modo de sua remuneração, quando não estabelecido no contrato;*
- V - a modificação do contrato social;*
- VI - a incorporação, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação;*
- VII - a nomeação e destituição dos liquidantes e o julgamento das suas contas;*
- VIII - o pedido de concordata.*

Art. 1.076. *Ressalvado o disposto no art. 1.061, as deliberações dos sócios serão tomadas (Redação dada pela Lei nº 13.792, de 2019)*

- I - pelos votos correspondentes, no mínimo, a três quartos do capital social, nos casos previstos nos incisos V e VI do art. 1.071;*
- II - pelos votos correspondentes a mais de metade do capital social, nos casos previstos nos incisos II, III, IV e VIII do art. 1.071;*
- III - pela maioria de votos dos presentes, nos demais casos previstos na lei ou no contrato, se este não exigir maioria mais elevada...”*

A questão de eventual existência de herdeiro menor traz a necessidade das garantias de direitos indisponíveis, que por imposição legal demandam cautelas. Diz-se imposição legal, porque além do artigo 619, I do Código de Processo Civil, já mencionado acima, incidem as regras de cautela para bens de menor, os artigos 166, I e IV c/c 171, I, e ainda 180, 181, 195 e 198, I, todos do CCB.

Lembrando que a cautela daqueles que zelam por bens de herdeiros, em especial se forem menores, é tão evidente que consta da norma positiva, como por exemplo o artigo 618, II do CPC, ao impor que: *“incumbe ao inventariante administrar o espólio, velando-lhe os bens com a mesma diligência que teria se seus fossem”*.

Aqui se indaga, a título de argumento: se mesmo para a venda de bem de menor, com propriedade já adquirida e por ato *inter vivos*, a lei exige tais garantias, como por exemplo no artigo 497 do Código

Civil, então porque se deveria liberar a alienação de bem ou que se abra mão de direito, quando o menor o tem por sucessão, teoricamente situação mais delicada?

Quanto aos casos de liquidação de cotas, ainda que, à primeira vista, entenda-se possível que ocorra independentemente do processo sucessório e possibilite a retirada deste, toma contornos graves se cogitarmos que ele ocorra sem conhecimento dos interessados – sucessores –, porque, visto a fundo, expõe contradição à lei civil, entre os artigos 1.028 e 1.102 do Código Civil, mais especificamente. Vejamos.

Com efeito, se do falecimento do sócio decorre a liquidação de suas cotas, seja por previsão contratual específica, seja por deliberação hábil ou mesmo por escolha do sócio remanescente, há um procedimento a ser observado, também previsto no Código Civil (**grifamos**):

“..Art. 1.102. Dissolvida a sociedade e nomeado o liquidante na forma do disposto neste Livro, procede-se à sua liquidação, de conformidade com os preceitos deste Capítulo, ressalvado o disposto no ato constitutivo ou no instrumento da dissolução.

...Art. 1.103. Constituem deveres do liquidante:

...VI - convocar assembleia dos quotistas, cada seis meses, para apresentar relatório e balanço do estado da liquidação, prestando conta dos atos praticados durante o semestre, ou sempre que necessário;

*...VIII - **finda a liquidação**, apresentar aos sócios o relatório da liquidação e as suas contas finais;*

IX - averbar a ata da reunião ou da assembleia, ou o instrumento firmado pelos sócios, que considerar encerrada a liquidação.

...Art. 1.107. Os sócios podem resolver, por maioria de votos, antes de ultimada a liquidação, mas depois de pagos os credores, que o liquidante faça rateios por antecipação da partilha, à medida em que se apurem os haveres sociais.

*Art. 1.108. **Pago o passivo e partilhado o remanescente**, convocará o liquidante assembleia dos sócios para a prestação final de contas.*

*Art. 1.109. **Aprovadas as contas**, encerra-se a liquidação, e a sociedade se extingue, ao ser averbada no registro próprio a ata da assembleia...”*

O ponto nodal aqui é o comando legal para que a liquidação das cotas seja considerada pronta, efetivada. Isso não pode prescindir de um ato formal de recebimento do valor liquidado pelo sucessor, que a ele tem direito, mesmo que sejam superados todos os óbices que este, no trâmite do procedimento de liquidação, possa levantar antes da aceitação do valor (arts. 1108 e 1109, CC).

Ora, pelo entendimento da IN do DREI, se o remanescente decide liquidar as cotas do falecido para seguir com a sociedade sem ele ou seus sucessores, e se pode registrar tal deliberação sozinho, sem sequer “a ciência ou anuência” do inventariante ou sucessor, então como ele poderá obter, para a liquidação que deve proceder na forma legal (Art. 1109, §. CC), a necessária aprovação das contas e sua quitação, que a considera terminada?

Lembrando que, neste ponto, a própria nota do DREI na referida IN/55 menciona que o procedimento de liquidação de cotas, quando deliberado pelo remanescente, “deve seguir o trâmite legal”.

Ora, esse trâmite legal, para chegar naquele ponto de aprovação e quitação (Art. 1109 CC), deve liquidar as cotas por meio de uma liquidação acatada pro todos, muitas vezes dependendo de aprovação em juízo, como é o caso da norma cogente dos artigos 606 e ss. do CPC (**grifamos**):

*“...Art. 606. Em caso de omissão do contrato social, o **juiz definirá**, como critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma.*

...Art. 608. Até a data da resolução, integram o valor devido ao ex-sócio, ao espólio ou aos sucessores a participação nos lucros ou os juros sobre o capital próprio declarados pela sociedade e, se for o caso, a remuneração como administrador.

*...Parágrafo único. **Após** a data da resolução, o ex-sócio, o espólio ou os sucessores terão direito apenas à correção monetária dos valores apurados e aos juros contratuais ou legais.*

*...Art. 609. **Uma vez apurados**, os haveres do sócio retirante serão pagos conforme disciplinar o contrato social e, no silêncio deste, nos termos do § 2º do art. 1.031 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)...”*

Mais ainda, a lei civil dispõe, como já notado acima que a cessão das cotas por liquidação é condicionada à aprovação dessa liquidação (grifamos):

*“...Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, **liquidar-se-á**, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em **balanço especialmente levantado**.*

*...§ 2º A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de **noventa dias, a partir da liquidação**, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário...”*

Por isso ora se aduz que, exceto no caso de disposição contratual expressa e contrária, a cessão das cotas do falecido dependerá de um procedimento, por mais simples e consensual que seja, para definir quem são os herdeiros, sua legitimidade e a forma da liquidação daquelas cotas a partilhar.

Em outras palavras: se o DREI reconhece que a sucessão do sócio falecido pode ser feita com liquidação de suas cotas, sendo este um procedimento previsto em lei com fases de apuração, liquidação propriamente dita e sua final aprovação, com prazos posteriores a isso para a quitação, então é conclusão que a transferência das cotas liquidadas (ou sua baixa perante o capital social) somente poderá ocorrer se tais fases foram respeitadas e não antes, não incidentalmente, como se independentemente delas.

Destarte, há contradição entre as normas do DREI e oposição destas em face das normas que regem a forma se se liquidar as cotas que serão – posteriormente – destinadas à sucessão.

E há ainda outros reflexos, ora anotados como argumento contrário à sua manutenção, do entendimento permissivo da IN/55.

Com efeito, constar na nota do Manual de Registro do DREI (item 4.5.1), que se permite que herdeiros entrem na sociedade sem inventário ou inventariante, é admitir que alguns herdeiros possam desconsiderar outros. A probabilidade de brigas sucessórias passarem a interferir nos registros, arriscando sua segurança (art. 1º., lei 8934 de 1994), é muito alta, o que se vê empiricamente no cotidiano das juntas.

Mais ainda, o contido nas notas ao Manual de Registro DREI permite que herdeiros renunciem a seu direito de ingresso na sociedade, sem sequer saber se de fato são herdeiros, ou se há mais deles, ou

qual a proporção, ou quem se responsabiliza por eles e por seus atos, já que nem inventariante se demanda, desconsiderando a norma do art. 1.991 do Código Civil.

Em resumo, vemos que, ainda que a intenção do DREI, dentro de suas atribuições legais (art. 4º., lei 8934 de 1994) tenha se voltado para a simplificação das fases de registro e continuidade da empresa, o resultado normativo padece de dois vícios em nosso entender: o primeiro, de ordem formal, pois relega uma questão importantíssima à categoria de “sub-norma”, isto é, meras notas de interpretação de questões que já são impostas pelo DREI por INs, ou seja, infralegais.

Em outras palavras, não são normas objetivas do órgão regulador, ainda que infralegais, mas mero entendimento, uma interpretação que o DREI tem das normas civis aplicáveis.

O segundo vício está na inocuidade de tais medidas, que não influem em celeridade de registro, muito menos em sua segurança, outro mister que deve ser zelado pelo DREI. Partindo das opções de destino da participação societária do falecido, que constam do artigo 1.028 do Código Civil, o DREI os estende, no que tange aos procedimentos de registro, de modo a conferir ao sócio remanescente um poder de decisão que pode gerar efeitos graves, prejudiciais, por vezes ilegais, sob argumento de que estes estariam em alçada diversa, segregada da atribuição registral.

Ressalta-se, neste ponto, que o cotidiano das juntas comerciais está repleto de casos, muitas vezes graves, de atos societários combatidos por nulidades e vício de vontade, instruindo pedidos de cancelamento de registro ou suscitando providências para instruir demandas judiciais. Grande parte desses casos têm origem em ato societário aprovado sem cautela no que tange justamente ao tema deste artigo, a sucessão de sócio falecido, quando feita somente seguindo determinações do Manual do DREI em detrimento das regras civis acima levantadas.

Deste modo, tampouco serve de amparo à visão mais permissiva da IN/55 o argumento de que a segregação da esfera registral da esfera sucessória traz simplificação e celeridade ao registro.

Desta forma, conclui-se que a sucessão de cotas de sócio falecido é ato grave, solene, com potenciais reflexos a terceiros, justificando uma cautela no registro que deve ser maior do que a forma atualmente prevista pelo órgão regulador – DREI.

5 – Hipóteses excetuada.

Em tempo, concluímos expondo que toda a discussão se concentra nos casos em que, com o falecimento de sócio, há alteração no quadro social (QSA) ou distribuição do capital social, eis que pode ter reflexos patrimoniais e sucessórios. Deste modo, não estão incluídos, nem poderiam estar, os atos de administração e manutenção das atividades da sociedade, mesmo com sócio falecido.

Assim, alterações contratuais que visam substituir, no QSA, o falecido por seu espólio, na pessoa de seu inventariante, para que lá figure até final do procedimento de partilha; alterações que visem atualizar a administração da empresa, quando ocupada pelo falecido então substituído; ou ainda alterações diversas sem reflexo no QSA, como mudanças de endereço, filiais, correções ou, não precisam ter restrições para registro.

Nesses casos, se o(s) sócio(s) remanescente(s) tiverem o quórum necessário, poderão arquivar o ato societário deliberando por maioria 1.071 a 1.076 do Código Civil); se não tiverem o quórum, podem obter a concordância do representante do espólio ou, em casos especiais, até mesmo suprir sua assinatura no documento, desde que se prove sua convocação e ciência, seguindo então o mesmo procedimento acima indicado (item 4).

Este ponto se fundamenta, ainda, no poder de administração conferido ao inventariante, nos termos do artigo 1.991 do Código Civil e artigo 617 do Código de Processo Civil, sendo o termo de inventariante suficiente para a representação do espólio.

Assim, o termo de inventariante, primeiro ato do processo de inventário, cujo procedimento foi bastante simplificado com a admissão do inventário extrajudicial em cartório de notas, é suficiente para alterações que impliquem, por exemplo, a eleição do administrador, alteração do objeto ou endereço social, de modo a permitir a continuidade da atividade empresarial enquanto se discute eventuais direitos sucessórios no processo de inventário.

6 – Sugestão de alteração da norma.

Isto posto, visando equilíbrio entre simplificação dos registros

empresariais com segurança jurídica a sócios, herdeiros e empresas, sugere-se a alteração daquele item 4.5 do Anexo IV da IN/112/DREI (Manual de LTDA.), passando a ter a seguinte redação:

FALECIMENTO DO SÓCIO

Quanto ao falecimento do sócio, ressalvada a prevalência de disposição inserida no contrato social, abre-se a possibilidade de, com base no artigo 1.028 do Código Civil:

I - liquidação das quotas do falecido (dissolução parcial);

II - dissolução total da sociedade pelos sócios remanescentes; ou

III - sucessão das quotas do falecido.

Liquidação das quotas

A deliberação é tomada pelos sócios remanescentes, hipótese que não se precisa aguardar a finalização do inventário, de alvará ou formal de partilha, bastando a anuência dos sucessores do sócio falecido, de cônjuge ou da participação do inventariante. A anuência poderá ser na forma de sua assinatura no ato societário, declaração em separado ou comprovação de notificação feita ao inventariante ou sucessor.

Caso assim conste do contrato ou de deliberação (art. 1076 CCB), caberá aos sócios remanescentes reduzir proporcionalmente o capital social ou suprir a quota liquidada, de acordo com o art. 1.031, §1º, do Código Civil.

A apuração e o pagamento dos haveres devem observar o regramento legal (art. 1.031, § 2º, c/c 1102 Código Civil) ou regra contratual específica, se houver, sendo requisito para o arquivamento da alteração contratual a comprovação de que do resultado da liquidação, foi dado ciência ao sucessor ou inventariante.

Exceção à regra, nos termos da IN/DREI n. 81 na redação dada pela n. 112, será a previsão legal expressa em sentido diverso, prevendo a forma e o destino das cotas do falecido, ou quando, por acordo com os herdeiros, for regulada a dissolução total pelos sócios remanescentes.

É possível, diante do falecimento de um dos sócios, que

os sócios remanescentes, com o devido quórum, optem pela dissolução total da sociedade, de acordo com o art. 1.028, inciso II, do Código Civil, hipótese que não depende da apresentação de alvará ou formal de partilha, apenas da ciência ou anuência prévia dos sucessores do sócio falecido, de cônjuge ou da participação do inventariante. A dissolução total da sociedade, com a consequente liquidação do patrimônio social e a sua extinção, deve observar o regramento legal (artigo 1.028, II, c/c artigo 1.102 e seguintes do Código Civil) ou regra contratual específica, se houver.

Sucessão de quotas

Na hipótese de sucessão das quotas, ou seja, quando as quotas forem transferidas, **é necessária, para o arquivamento do ato societário, a apresentação do alvará judicial e/ou formal de partilha, conforme determina o art. 619, inciso I, do Código de Processo Civil.** A autorização judicial pode ser substituída por documento equivalente emitido por cartório de notas, nos casos em que se admite inventário extrajudicial.

Nesse caso, os herdeiros serão qualificados e comparecerão na condição de sucessores do sócio falecido, podendo, no mesmo instrumento, haver o recebimento das suas quotas e a transferência a terceiros.

I. A representação do espólio em atos societários que não impliquem em transferência patrimonial pode ser realizada pelo inventariante, sendo necessário apresentar o termo de inventariança.

II. Aplica-se o disposto no item 4.5.1. para a hipótese de existir cláusula que permita o ingresso de herdeiros e sucessores.

7. DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS REGULADORAS DA MATÉRIA NO ÂMBITO DAS SOCIEDADES

De certo, situações que envolvem o evento morte de sócios poderão ocasionar abalos consideráveis na base estrutural da pessoa jurídica, razão pela qual, diante do quanto exposto neste artigo, tomamos a liberdade de recomendar que o contrato social contenha disposições contratuais, com o ânimo de os sócios estabelecerem regras próprias, que mais se adequem às necessidades cotidianas da sociedade.

As sociedades contratuais caracterizam-se por serem institutos que concedem àqueles que firmam o contrato social certa liberalidade,

com o fim de estabelecerem em cláusulas disposições que regerão as relações entre os sócios e não somente entre eles, como também em relação aos que, de alguma forma, podem ter relação com a sociedade.

Sugere-se, então, que os sócios ao estabelecerem cláusulas em seus contratos sociais prevejam questões intimamente relacionadas ao falecimento. Uma vez que, de acordo com o artigo 1028, a regra geral diz respeito à liquidação da quota do sócio falecido. E aí em seus incisos, ele contém exceções, mas que devem estar previstas no contrato social, ou seja, a substituição do sócio falecido por seus sucessores, a dissolução total da sociedade.

Ainda, os sócios devem também pensar que liquidar uma quota ou mesmo dissolver uma sociedade são questões muito delicadas, que envolvem avaliação patrimonial, levantamento de valores, muitas vezes a sociedade, ainda que ela esteja num momento de ápice, ela não está em condições de fazer tais levantamentos. Muitas estão em crescimento e isso sim, com certeza, é causa de ruína para as sociedades, então os sócios precisam pensar nessas questões.

E, de repente, estabelecerem que os herdeiros serão seus sucessores na sociedade. E no caso de os remanescentes não aceitarem tais sucessores, que se indiquem ou que se supra a quota daquele sócio para que não haja, então, solução de continuidade no patrimônio da sociedade, uma vez que prever questões relacionadas às quotas significa também colocar a sociedade numa situação mais segura quanto às questões financeiras.

São situações delicadas, que devem ser pensadas, a fim de que não se leve a sociedade à ruína, a pessoa jurídica tem, pela lei, a personalidade dissociada de seus sócios. E quando falamos em dissolução total da pessoa jurídica ou dissolução parcial que seja, falamos numa ruptura, numa quebra da sociedade.

Os sócios devem, sim, prever em seus contratos cláusulas que concedam à própria sociedade e a eles, segurança para que exerçam a atividade empresarial, com a menor intervenção externa possível de modo a não terem suas atividades cotidianas atingidas, uma vez que empresa é risco.

No âmbito do direito civil e, aqui, são trazidos conceitos jurídicos que são capazes de se moldarem às situações empresariais, a morte é um evento futuro e certo, uma vez que sabemos que vai ocorrer, mas não sabemos quando vai ocorrer. Assim, para que não sejam os só-

cios e a sociedade surpreendidos com ocasiões que, de certo, abalarão emocionalmente os que estão à frente dos negócios, recomenda-se que sejam estabelecidas cláusulas capazes de suportarem situações como essas e que ditem regras referentes à sucessão do patrimônio do sócio falecido.

Como já ressaltado alhures, ao Órgão de Registro Público de Empresas, ainda que não lhe caiba a análise de circunstâncias intrínsecas da sociedade, cabe a ele o exame das prescrições legais e, portanto, o mínimo que se deve conceder aos julgadores, os quais autorizarão o registro, é segurança para o deferimento.

Portanto, estabelecer regras claras que estejam em consonância com os termos do artigo 1.028 do Código Civil:

1. A liquidação da quota do sócio falecido, considerada pelo montante efetivamente realizado, estabelecendo-se, inclusive, os procedimentos atinentes ao balanço a ser levantado, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução;
2. A forma de pagamento do valor da quota liquidada, obedecendo-se minimamente às regras estabelecidas em lei;
3. A conseqüente redução do capita social, após a liquidação da quota, ou, ainda, o suprimento do valor da quota por sócio remanescente ou pela própria sociedade, com recursos próprios;
4. A dissolução da sociedade, se os sócios remanescentes assim optarem;
5. A substituição do sócio falecido se regulada por acordo entre os herdeiros

No caso de a sociedade se resolver em relação a um sócio, por liquidação da quota, o capital social sofrerá a correspondente redução, salvo se os demais sócios suprirem o valor da quota. Ademais, a quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de 90 (noventa) dias, a partir da liquidação.

Arrimando-nos nos princípios que regem as sociedades contratuais, os sócios poderão, igualmente, estabelecer regras referentes ao pagamento da quota liquidada, consoante permissivo contido no parágrafo 2º do artigo 1.028 do Código Civil.

Faz-se imperioso destacarmos, como já salientado neste artigo, que o Código Civil contém disposição expressa acerca da responsabi-

lidade dos sucessores do falecido pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade.

O deferimento a um pedido de arquivamento de ato societário que não obedeça às regras próprias da resolução da sociedade em relação ao sócio falecido pode ser fatal para a continuidade da empresa, uma vez que podem existir futuros questionamentos judiciais, acompanhados de possíveis responsabilizações, daqueles que deferem os pedidos de arquivamento, sem que sejam observadas as prescrições legais.

Portanto, os sócios estabelecerem regras específicas e que atendam a contento suas expectativas são situações que revestem a sociedade, minimamente, da segurança necessária para sua sobrevivência, diante de circunstâncias que decorram de uma fatalidade relacionada ao evento morte.

Estabelecer regras amparadas na lei e na vontade dos sócios é propiciar que os atos societários, os quais estabelecem regras que norteiam a atividade diária da empresa, sejam engendrados em bases sólidas e capazes de conduzirem a sociedade com diretrizes que se acomodem no mundo jurídico positivo e surtam efeitos concretos e que, de alguma forma, orientem aqueles que têm alguma relação com a sociedade, seja relação direta, seja relação indireta.

Com a Pandemia, vimos muitas sociedades sofrerem graves danos que decorreram do evento morte. Sociedades ficaram, inclusive, acéfalas. Houve, por vezes, a nomeação de administrador não-sócio, diante do despreparo dos sucessores, não por falta de aptidão para conduzirem os negócios sociais, mas por falta de condições emocionais.

Portanto, preocupar-se não somente com a destinação da quota do sócio falecido, mas, igualmente, com a administração da pessoa jurídica, caso ocorra a resolução da sociedade em relação a um sócio, com a condução dos negócios da empresa, incluindo-se no contrato social, em cláusula específica, diretrizes relacionadas à administração e à substituição imediata daquele sócio pré-morto, caso este tenha poderes de administração. Parece-nos uma conduta cautelosa que deve ser pensada e convencionada, preventivamente, entre os sócios.

Aprofundando-nos, um pouco mais, nas questões intrínsecas das sociedades e, levando-se em consideração a máxima de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, Inciso II, da Constituição Federal), bem como que os

contratos fazem lei entre as partes que o pactuaram, com base na relativização dos contratos.

Nessa toada, imaginemos uma situação na qual os herdeiros não tenham interesse em manterem-se associados à sociedade e aos sócios que mantinham relação contratual com o sócio falecido

As exceções do pacto sunt servanda dependem da anuência do terceiro ou da responsabilidade do espólio em relação aos credores.

Portanto, os herdeiros têm a vontade protegida por vasto arcabouço legal, quando manifestam o desinteresse em ingressarem na sociedade empresária da qual o falecido participava.

Imaginemos um cenário, no qual seja realizada uma reunião entre sucessores e sócio remanescente, consignando-se: a) a declaração dos herdeiros quanto ao não interesse no ingresso na sociedade empresária; b) o interesse do sócio remanescente em ficar com todas as quotas sociais que pertenciam ao falecido.

Há no caso hipotético cláusula contratual que estabelece, como regra, não a liquidação da quota do sócio falecido, mas a admissão dos seus sucessores na sociedade e, diante da não aquiescência dos herdeiros quanto ao ingresso na sociedade conjugada à manifestação livre do sócio remanescente quanto à aquisição das quotas do sócio falecido não resta outra providência que não admitir o ato societário a arquivamento.

Para tanto, vislumbra-se autorização judicial específica ou disposição levada ao inventário extrajudicial, uma vez que referida manobra societária envolve responsabilização daquele que assumirá o ativo e o passivo que decorrem daquela quota.

Como também, é uma situação jurídica que pode esbarrar em questões outras, relacionadas à sucessão patrimonial, que não sejam bem alinhadas e que possam ser incitadas num momento futuro, no caso de não terem sido as decisões tomadas com arrimo em disposições que estejam amparadas na lei e na vontade livre e consciente das partes.

Concluindo, é temerário imaginarmos o deferimento de um ato societário que envolva sócio falecido sem que seus herdeiros, ou sem que o inventariante, porque este último tem a responsabilidade ditada em lei sobre a administração dos bens do falecido, sejam ouvidos. Outrossim, o inventariante tem que se responsabilizar por aquilo que autoriza. Os sucessores do falecido, como já salientado, têm, igualmente,

responsabilidade estabelecida em lei acerca do patrimônio herdado. Ainda, eles respondem até o limite da herança por eventuais dívidas. Contudo, o assunto deve ser tratado com cautela e seriedade.

7 – Conclusão.

Diante do exposto, em nome da estabilidade do registro público empresarial (artigo 1º, lei 8934 de 1994), das cautelas necessárias à transmissão ou destino de bens do falecido (artigos 1028 c/c 1991, 2016 e 2017, CC) e da vigência de lei regulando o tema (artigos 1102 e ss. CC c/c artigo 618, II, CPC), salvo melhor juízo, entendemos que a norma atual afronta as restrições da lei civil para sucessão de sócio falecido (artigo 1028 CC e artigo 610 CPC) e, por isso, necessita revisão, na forma acima sugerida, sendo que, até lá, os casos de alteração societária envolvendo falecimento de sócio sejam sempre objeto de uma análise acurada pelos agentes de registro, com amparo no artigo 1153 do CCB, para que conduzam o processo de registro com as exigências necessárias (artigo 57, decreto 1800/96) para a transmissão dos bens do sócio falecido com a segurança devida.

Referências:

- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, Direito de Empresa, ed. RT, 2007.
- BERTOLDI, Marcelo e RIBEIRO, Marcia Carla Periera, Curso Avançado de Direito Comercial, 4ª. Ed., RT, 2008
- BRASIL. Código Civil Lei nº 10.406 de 10.01.2002. Encontrado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm
- BRASIL. Instruções normativas DREI. Encontrado em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/drei/legislacao/instrucoes-normativas-em-vigor>

4

Três décadas da lei de registro Público de empresas, Lei Nº. 8.934/94

JOSÉ A. CEREZOLI *

HUMBERTO LOPES CAVALCANTE**

* - Mestre em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio; Pós-graduado em Direito Societário e Mercado de Capitais pela FGV Direito Rio; Pós-graduado em Direito Empresarial e dos Negócios pela UCAN/IAVM – Rio; Assessor da Procuradoria da JUCERJA; Diretor Presidente do IBREmp; Co-coordenador da Revista Brasileira de Direito Societário e Registro Empresarial; Sócio do Escritório Cerezoli | Voi Advogados; Consultor em Direito Societário e Regulatório; E-mail: <jose@cerezolivoi.com.br>.

** - Graduado em Direito pela UFC - Universidade Federal do Ceará; Pós-graduado em Direito Tributário pela UVA-Universidade Estadual Vale do Acaraú; Procurador-Chefe da JUCEC -Junta Comercial do Estado do Ceará; Associado-fundador do Instituto Brasileiro de Registro Empresarial (IBREmp); Titular do Escritório HUMBERTO LOPES CAVALCANTE – ADVOCACIA; Professor de Direito das Obrigações da FacCDL – Faculdade de Direito CDL – Fortaleza - CE.



TRÊS DÉCADAS DA LEI DE REGISTRO PÚBLICO DE EMPRESAS, LEI Nº. 8.934/94

RESUMO

O presente artigo se ocupa do estudo sobre o panorama do registro e legalização de empresa no Brasil, desde a criação do Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (SINREM) pela Lei nº. 8.934/94, há quase 30 anos, perpassando pela instituição da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – REDESIM pela Lei nº. 11.598/2007, e as ondas de alterações legislativas e regulamentares no intuito de melhoria do ambiente de negócios no País. Após essa análise conclui-se que há uma necessidade premente de se conjugar as normas atinentes ao ambiente de negócios em apenas um diploma legal na busca de uma sistematização da matéria, bem como para colher os benefícios dos avanços tecnológicos e para que os órgãos envolvidos na formalização de empresas também funcionem como instância alternativa ao poder judiciário para a solução de conflitos societários.

Palavras-chaves: Direito Societário. Registro Empresarial. Legalização de Empresas. Ambiente de Negócios. Empresas

ABSTRACT

This paper aims a study about the panorama of the registration and legalization of companies in Brazil, since the creation of the Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (SINREM) by the Law nº. 8.934/94, for almost 30 years, permeating the institution of the Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – REDESIM by Law no. 11,598/2007, and waves of legislation and regulations aimed at improving the business environment in the country. After this analysis, it is concluded that there is an urgent need to combine the norms related to the business environment in just one legal diploma in the search for a systematization of the matter, as well as to reap the benefits of technological advances and so that the bodies involved in the formalization of companies also works as an alternative instance to the judiciary for the resolution of corporate conflicts.

Keywords: Corporate Law. Business Registration. Legalization of Companies. Business environment. Companies

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo ocupa-se do estudo sobre o panorama do registro e legalização de empresa no Brasil, desde a criação do Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (SINREM) pela Lei nº. 8.934/94, há quase 30 anos, perpassando pela instituição da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – REDESIM pela Lei nº. 11.598/2007, e as ondas de alterações legislativas e regulamentares no intuito de melhoria do ambiente de negócios no País.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, na década de 1990, o Brasil estava passando por um período de desestatização, de um Estado que intervinha fortemente na economia para um Estado Regulador, arrastado pela onda de reformulação das políticas intervencionistas do Estado na economia que passaram a ser realizadas por todo o mundo a partir dos anos 70.¹

Foi nesse cenário que foi promulgada a Lei nº. 8.934/94, com o propósito de flexibilizar as regras de intervenção estatal na economia. Esta lei revogou a Lei nº. 4.726, de 13 de julho de 1965, que tratava dos Serviços do Registro do Comércio e Atividades afins e criou o Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (SINREM), formado como conhecemos hoje. Essa lei foi regulamentada pelo Decreto nº 1.800, de 30/01/1996 e são as normas básicas do Registro de Empresas utilizado hoje.

Entretanto, com a mudança nas relações sociais e a evolução da tecnologia o registro de empresas passou a sofrer grande pressão para que se modernizasse ou, é possível dizer, se transformasse,² principalmente a partir do ano de 2006, em função da pesquisa Doing Business no Brasil, realizada pelo Banco Mundial e publicada em 2006, em que o Banco Mundial pesquisou a regulação de negócios nas principais capitais do Brasil e concluiu que o tempo e os custos para se abrir uma empresa no Brasil chegava a demorar 152 dias em São Paulo.³

1 Cf. CEREZOLI, José A. O regime jurídico da sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos sob a ótica do Supremo Tribunal Federal. In: GUERRA, Sérgio (coord.). Teoria do Estado Regulador. Curitiba: Juruá, 2017. p. 303.

2 Cf. CEREZOLI, José A. A digitalização do Direito Societário no Brasil. Revista Brasileira de Direito Societário e Registro Empresarial, v. 1, p. 49-84, 2021.

3 THE WORLD BANK. Doing business no Brasil. Washington, DC, Banco Mundial, 2006. Disponível em: <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/>

Diante desse cenário, o problema que se apresenta é saber se a Lei nº. 8.934/94 não deveria ser substituída por uma legislação mais conectada com a realidade atual totalmente permeada pela tecnologia.

Essa discussão torna-se atual, uma vez que, após quase trinta anos da promulgação da Lei nº. 8.934/94 o mundo está diferente, como se pode observar, parece que as principais alterações legislativas ocorridas no período englobado neste trabalho, se deram em função da inegável influência desempenhada pela tecnologia sobre a prestação de serviços de registro à sociedade, com a utilização massiva de sistemas informatizados, logaritmos, robôs, certificados digitais, assinaturas eletrônicas, conexão instantânea em a quase qualquer lugar, inteligência artificial etc.

Com o objetivo de confirmar ou refutar a necessidade de uma nova regulamentação sobre o registro e legalização de empresas no Brasil, vamos estudar o cenário no qual foi editada a Lei nº. 8.934/94, indicar os pontos em que a legislação se encontra defasada e fazer um panorama acerca das tendências para a matéria, diante da revolução tecnológica hoje vivida pela sociedade atual.

Na primeira parte do artigo (Seção 2), foi descrito de forma resumida o panorama econômico em que se encontrava o Brasil no momento em que se deu a edição da Lei nº. 8.934/94, bem como se buscou demonstrar o funcionamento do Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (SINREM) trazido pela referida lei até a implantação da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – REDESIM, pela Lei nº. 11.598, de 03 de dezembro de 2007.

Na segunda parte do trabalho (Seção 3), buscou-se fazer um apanhado das principais alterações introduzidas pela legislação em matéria de registro empresarial e ambiente de negócios até o momento.

Na Seção 4 do artigo foi feita uma análise da Lei nº. 8.934/94 e demonstradas as tendências do registro empresarial, as quais requeiram alteração na legislação sobre a matéria.

Ao final, do cotejo entre o disposto na Lei nº. 8.934/94 a realidade atual em matéria de registro empresarial e ambiente de negócios extraiu-se uma conclusão.

2. A EDIÇÃO DA LEI N. 8.934/94

Com a Constituição Federal de 1988, a competência para legislar sobre direito comercial e registros públicos é da União, salvo se houver delegação específica através de lei complementar (art. 22, I, XXV e parágrafo único, da CF/88), ao passo que cabe à União e aos Estados legislar sobre as juntas comerciais de forma concorrente (art. 24, III,⁴ da CF/88), cabendo à legislação federal fixar as normas gerais e à legislação estadual, as normas específicas (competência suplementar).⁵

A partir da promulgação da nova Constituição Federal de 1988 e todo um movimento de liberalização da economia e privatizações, bem como pela introdução do Estado Regulador no Brasil,⁶ foi editada

4 Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

III - juntas comerciais;

(...)

5 “Trata-se de matéria antes prevista como de competência legislativa privativa da União nas Constituições de 1967 (art. 8º, XVII, “e”) e de 1946 (art. 5º, XV, “e”) e que ora passa para o âmbito da competência legislativa concorrente. Na verdade, as mencionadas Constituições conferiam à União exclusividade para legislar sobre registros públicos e juntas comerciais, sendo que a atual Constituição manteve a competência legislativa privativa da União apenas quanto a registros públicos (art. 22, XXV).

Pois bem, no exercício desta competência foi editada, já na vigência da atual Constituição, a Lei Federal n. 8.934/94, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, encontrando-se nessa lei numerosas e minudentes disposições relativas às juntas comerciais, consideradas órgãos locais do Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis, com funções executora e administradora dos serviços de registro.

Ora, o fato de o art. 24, III, ter incluído as juntas comerciais no espaço das competências legislativas concorrentes autoriza o questionamento sobre a constitucionalidade da lei em pauta, que extrapolou em muito a edição de normas gerais sobre o assunto.

Não se nega que há uma íntima relação entre os temas registros públicos e juntas comerciais, o que autoriza o legislador federal a disciplinar integralmente os aspectos da competência registral que a elas incumbe.

Já quanto a aspectos de organização administrativa, considerando-se a opção do constituinte pela inclusão das juntas na competência legislativa concorrente, haveria a União de conter-se nos limites das normas gerais, deixando para os Estados o seu desdobramento, até porque a própria lei federal as subordina administrativamente ao governo da unidade federativa de sua jurisdição. A justificar esse entendimento, soam oportunas as ponderações de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Comentários, cit., v. 1, p.187), para quem as juntas comerciais cumprem funções estabelecidas na legislação federal, mas institucionalmente são órgãos da Administração estadual, daí a competência concorrente para legislar sobre elas. (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentário ao artigo 21, III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. Comentários à Constituição do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva-Almedina, 2018. p. 1.465)

6 A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado somente

a Lei nº 8.934, de 18/11/1994, com o propósito de flexibilizar as regras de intervenção estatal na economia. Foi através dessa lei que se criou a noção de Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins em formato de sistema, o Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (SINREM) como conhecemos hoje. Essa lei foi regulamentada pelo Decreto nº 1.800, de 30/01/1996 e são as normas básicas do Registro de Empresas utilizado hoje.⁷

Esse sistema que engloba órgãos e entidades federais e estaduais é formado basicamente pelo Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI) (nova nomenclatura do extinto Depar-

poderia atuar diretamente na economia de forma excepcional, já que nos estados capitalistas a atividade econômica seria conferida inicialmente ao capital privado, não seria mais o “dirigente ou impulsionador” da economia, mas um “facilitador” da atuação das empresas privadas. A intervenção, neste caso, estaria submetida ao princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Estado estaria autorizado a intervir quando a iniciativa não se interesse ou não seja capaz de desenvolver certa atividade. A atuação estatal direta na economia por meio do controle de empresas públicas ou sociedades de economia mista submetidas a um regime de direito privado, assumindo a posição equiparada ao empresário comum nessas relações. Nessa linha, seria vedado às estatais terem privilégios em relação à demais empresas sob pena de afetar o cerne do regime adotado pela Constituição Federal de 1988 para a ordem econômica e financeira, especialmente os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa (FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 267,269 e 281).

Segundo Caio Tácito: “Em razão de sua singularidade, a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista não é um ato livre do administrador público. Representa uma escolha política que, por sua qualidade, incumbe ao legislador (princípio da reserva legal).

Nos Estados capitalistas, a atividade econômica é por excelência conferida ao capital privado, ainda que a lei possa determinar os parâmetros da livre iniciativa.

A intervenção estatal na economia é, por definição, um procedimento excepcional, inspirado em fins de interesse coletivo e integrado no planejamento da economia nacional (Constituição, art. 173)” (TÁCITO, Caio. Regime Jurídico das Empresas Estatais. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 195:1-8, jan./mar. 1994. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45976/47417>.); Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Contratações Estratégicas das Estatais que Competem no Mercado. In: OSÓRIO, Fábio Medina e SOUTO, Marcos Jurueña Villela (coords.). Direito Administrativo: Estudos em Homenagem da Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 579; BARROSO Luís Roberto. Estado e Livre Iniciativa na Experiência Constitucional Brasileira. Apontamentos para a conferência de encerramento do Congresso Brasileiro de Direito Comercial, São Paulo, 11 de abril de 2014. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/04/Estado-e-Livre-iniciativa_ver-sao-final_11abr2014.pdf.

7 Como veremos no decorrer desse trabalho, há várias outras legislações que alteraram e influenciaram o Registro Público de Empresas no Brasil, como por exemplo a Lei nº 11.598, de 3 de dezembro de 2007, que estabelece diretrizes e procedimentos para a simplificação e integração do processo de registro e legalização de empresários e de pessoas jurídicas, cria a Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – REDESIM.

tamento Nacional de Registro do Comércio - DNRC), e as Junta Comerciais.

O Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI) está inserido na estrutura do Governo Federal, que integra a Secretaria da Micro e Pequena Empresa e Empreendedorismo, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços, não possui personalidade jurídica e tem atribuições de supervisão, orientação, coordenação, e regulamentação do registro de empresas, e as Juntas comerciais.⁸

Como órgão de execução, o sistema de registro de empresas se serve das Juntas Comerciais, entes locais, havendo uma em cada Estado da Federação e no Distrito Federal, com sede nas respectivas capitais e atribuição na circunscrição territorial de todo o Estado (art. 5º, da Lei nº 8.934/94).

Torna-se importante destacar que as Juntas Comerciais têm natureza híbrida, haja vista que em matéria administrativa ela insere-se na administração pública estadual e em matéria técnica de registro de empresa, vincula-se ao DREI (art. 6º da Lei nº. 8.934/94), segundo Campinho (2022):

As Juntas Comerciais são órgãos locais, com funções executora e administradora dos serviços de registro. Haverá, portanto, uma Junta Comercial em cada unidade da Federação, com sede na capital e jurisdição na área da circunscrição territorial respectiva. Encontram-se, assim, subordinadas administrativamente ao governo da unidade federativa onde se localizam e, tecnicamente, ao DREI. A Junta Comercial do Distrito Federal, entretanto, é subordinada administrativamente à Secretaria da Micro e Pequena Empresa, integrando a sua estrutura organizacional, e tecnicamente, ao DREI.¹⁰

8 Decreto nº 11.340, de 1º de janeiro de 2023. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços e remaneja cargos em comissão e funções de confiança.

9 Art. 6º As juntas comerciais subordinam-se administrativamente ao governo da unidade federativa de sua jurisdição e, tecnicamente, ao DNRC, nos termos desta lei (BRASIL, 1994b).

10 CAMPINHO, Sérgio. O direito de empresa à luz do código civil. 13 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 336.

Como já mencionado, embora as juntas comerciais sejam entes estaduais, inseridos na administração pública indireta dos estados, exercem função de natureza federal em regime de delegação legal, de modo que, em matéria administrativa, subordina-se ao governo estadual e, tecnicamente, ao Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI) (art. 6º¹¹ da Lei nº. 8.934/94).

Em razão dessa dupla subordinação, diz-se que as juntas comerciais possuem natureza híbrida, como ensina Coelho (2008):

A vinculação hierárquica a que se submete as Juntas é de natureza híbrida. Em matéria de direito comercial e atinente ao registro de comércio, ela se encontra sujeita ao DNRC, órgão federal; nas demais matérias (assim, o direito administrativo e financeiro), o vínculo de subordinação se estabelece com o governo da unidade federativa que integra. [...]. A vinculação hierárquica de natureza híbrida se manifesta, igualmente, na hipótese de interposição de recurso administrativo, dirigido ao Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio (esfera federal), contra decisões do Plenário da Junta Comercial (esfera estadual), com base no art. 44, III, da Lei n. 8.934/94. Também deve ser lembrado que a duplicidade de vínculos hierárquicos decorre, segundo algumas decisões, a competência da Justiça Federal para apreciar a validade dos atos da Junta, relacionados ao direito comercial. 12

Contudo, observava-se que os órgãos de registro e licenciamento de atividade econômica eram dispersos e independentes, sem integração. Havia um sistema nacional de registro e os demais órgãos de licenciamento funcionavam de forma desarticulada, segundo Schwingel e Rizza (2013):

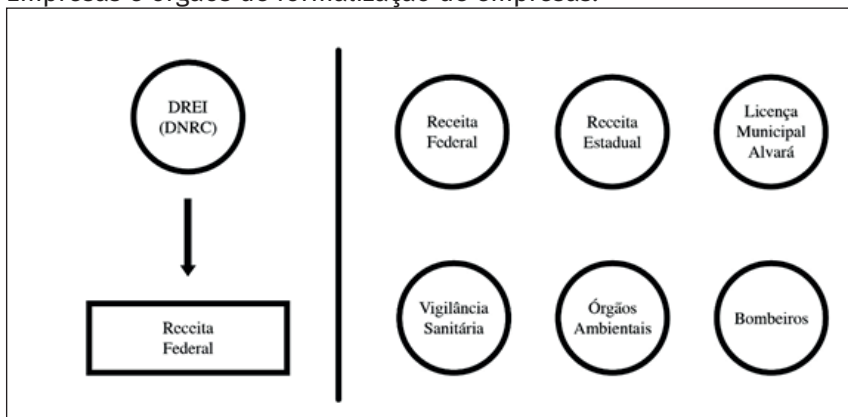
Pelo trâmite atual, para registrar sua empresa, muitas vezes o empreendedor, após diversos comparecimentos à junta comercial ou ao cartório, a órgãos tributários e de emissão de alvarás, necessita,

11 Art. 6º. As juntas comerciais subordinam-se, administrativamente, ao governo do respectivo ente federativo e, tecnicamente, ao Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.833, de 2019).

12 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. 1. p. 69.

dentre outras providências, aguardar a vistoria do **Corpo de Bombeiros, da vigilância sanitária, dos órgãos ambientais, antes** de iniciar suas atividades. Muitas vezes, pagando meses de aluguel do imóvel comercial com as portas fechadas. Essas exigências prévias, além de impossibilitar o imediato início das atividades, são responsáveis por boa parte da morosidade do processo de regularização das empresas.¹³

Figura 1 – Representação do Sistema Nacional de Registro de Empresas e órgãos de formalização de empresas.



Fonte: Elaborado pelo Autor

Entretanto, esse formato de sistema passou por uma transformação a partir da metade da década de 2000 devido aos maus resultados do Brasil no relatório subnacional da pesquisa *Doing Business* no Brasil, realizada pelo Banco Mundial e publicada em 2006. Nesse trabalho, o Banco Mundial pesquisou a regulação de negócios sobre cinco tópicos: abertura de empresas, registro de propriedades, obtenção de crédito, pagamento de impostos e cumprimento de contratos, nas seguintes capitais: Manaus; Salvador; Fortaleza; Brasília; São Luís;

13 SCHWINGEL, Inês; RIZZA, Gabriel. Políticas públicas para formalização das empresas: Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas e iniciativas para a desburocratização. Brasília – DF: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2013. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3846/1/bmt54_politicaemfoco_politicapublica.pdf.

Cuiabá; Campo Grande; Belo Horizonte; Rio de Janeiro; São Paulo; Porto Alegre; Porto Velho e Florianópolis.

Como mencionado, os resultados concernentes à abertura de empresas foram catastróficos, chegando a demorar 152 dias em São Paulo, média essa que é utilizada para o ranqueamento do Brasil:

No Brasil, abrir uma empresa é mais fácil nos Estados de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul. É mais difícil em São Paulo, no Ceará e no Maranhão (tabela 1.3). O prazo para abrir uma empresa varia consideravelmente entre os estados, de 19 dias em Minas Gerais a 152 dias em São Paulo (figura 1.5). No Ceará, precisa-se de 19 procedimentos diferentes para abrir uma empresa, e 18 no Maranhão e Santa Catarina.¹⁴

Isso resultou na criação da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – REDESIM, pela Lei nº. 11.598, de 03 de dezembro de 2007, transformando o sistema de registro em um elemento de uma rede com a tarefa de integrar os processos de registro e de legalização de empresas, bem como os órgãos e entidades responsáveis pela regulação de entrada.

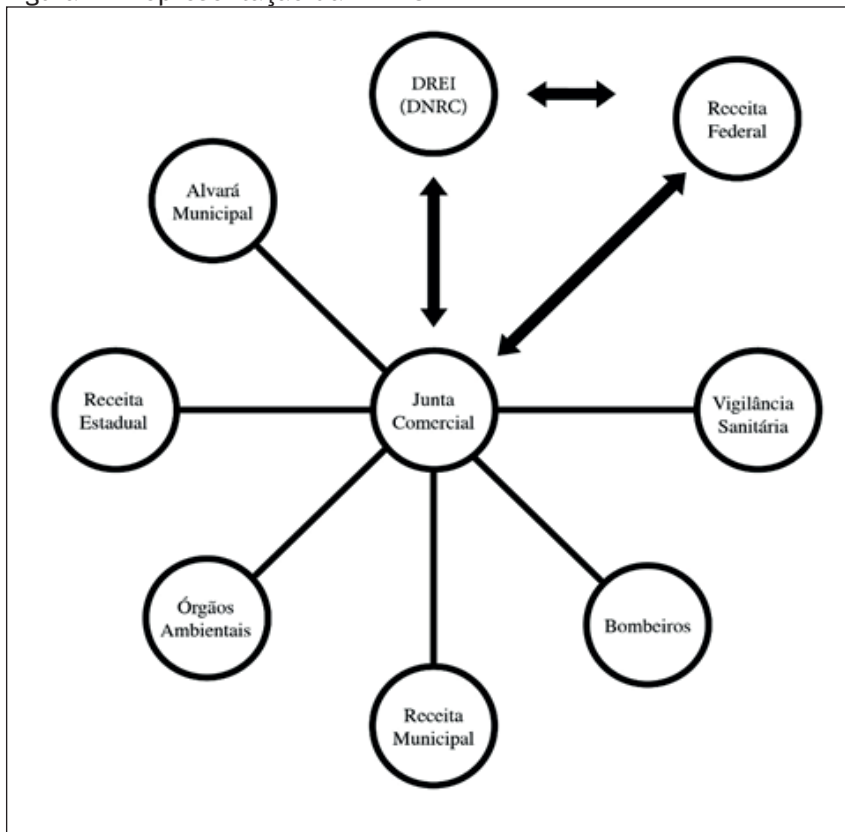
A REDESIM inclui num mesmo sistema, o registro empresarial, os cadastros da Receita Federal, da Receita Estadual, da Receita Municipal, órgãos de licenciamento urbano municipais, órgãos da vigilância sanitária federal, estadual e municipal, órgãos de licenciamento ambiental federal, estadual e municipal, bombeiros, entre outros, sendo gerida nos estados pelas respectivas juntas comerciais. Importante registrar que a adesão à REDESIM é obrigatória para os órgãos e entidades federais e estaduais, e facultativa para os demais, mediante a assinatura de termo de convênio (art. 1º da Lei 11.598/2007).¹⁵

14 THE WORLD BANK. Doing business no Brasil. Washington, DC, Banco Mundial, 2006. Disponível em: <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Subnational-Reports/DB06-Sub-Brazil-Portuguese.pdf>.

15 A REDESIM se orientaria por nove diretrizes básicas tendentes à simplificação e integração dos processos e órgãos de registro e legalização de empresas: “A rede se orienta por nove diretrizes fundamentais para redução da burocracia: i) compatibilizar e integrar procedimentos; ii) evitar a duplicidade de exigências; iii) garantir a linearidade do processo, da perspectiva do usuário; iv) entrada única de dados cadastrais e documentos; v) independência das bases de dados; vi) informação compartilhada; vii) agilidade nas integrações de novos órgãos intervenientes no processo; viii) redução do tempo para registro e legalização de empresas; e ix) aumento do número de formalização de empresas e negócios”

Isso pode ser representado conforme a Figura 2:

Figura 2 – Representação da REDESIM



Fonte: Elaborado pelo Autor

A partir de então, houve várias alterações legislativas sobre essa matéria, buscando ampliar a simplificação, rapidez e eficiência do registro e legalização de empresas

(SCHWINGEL, Inês; RIZZA, Gabriel. Políticas públicas para formalização das empresas: Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas e iniciativas para a desburocratização. Brasília – DF: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2013. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3846/1/bmt54_politicaemfoco_politicapublica.pdf. p. 53).

2. DO SISTEMA NACIONAL DE REGISTRO DE EMPRESAS MERCANTIS – SINREM À REDE NACIONAL PARA A SIMPLIFICAÇÃO DO REGISTRO E DA LEGALIZAÇÃO DE EMPRESAS E NEGÓCIOS – REDESIM E MAIS

Como visto, a partir do relatório subnacional da pesquisa *Doing Business* no Brasil, realizada pelo Banco Mundial e publicada em 2006 o Governo Federal iniciou uma reforma na legislação para simplificação dos procedimentos relativos à formalização de empresas.

As reformas do sistema de registro de empresas se iniciaram por meio da edição do novo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte¹⁶, pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Esta lei revogou o antigo estatuto das micro e pequenas empresas, Lei nº. 9.841, de 5 de outubro de 1999, tendo sido criado o Comitê Gestor do Simples Nacional, responsável por deliberar e discutir matérias tributárias, e o Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, encarregado de discutir todos os assuntos não incluídos na competência do comitê, tendo a participação dos órgãos federais competentes e das entidades vinculadas ao setor.

Especificamente em relação ao registro de empresas, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, trouxe várias medidas de simplificação, como, por exemplo, “a unicidade do processo de registro e de legalização de empresários e de pessoas jurídicas” e o incentivo na busca da compatibilização e integração dos procedimentos dos órgãos envolvidos no processo de registro e legalização de empresas, “de modo a evitar a duplicidade de exigências e garantir a linearidade do processo, da perspectiva do usuário” (art. 4º, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

Em seguida foi lançada a Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – REDESIM, pela Lei nº. 11.598, de 03 de dezembro de 2007, transformando o sistema de registro em um elemento de uma rede com a tarefa de integrar os processos de registro e de legalização de empresas, bem como os órgãos e entidades responsáveis pela regulação de entrada.

Em 2008, a Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, alterou a Lei Complementar nº. 123/2006 visando incluir o Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios CGSIM e introduzir no ordenamento

16

Cf. art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

jurídico brasileiro a figura do Microempreendedor Individual (MEI).¹⁷ O MEI se caracterizaria como um trabalhador equiparado ao empresário que, ao se formalizar exclusivamente através de um portal na internet, passa a deter número de registro empresarial e pode se inscrever no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ e emitir nota fiscal, contando ainda com seguro social, mediante o pagamento de um pequeno valor ao Fisco.¹⁸

A inscrição do MEI pelo portal não demorou a funcionar, contudo, em relação à digitalização do registro de empresas, esta somente começou a sair do papel após a edição da Resolução CGSIM nº. 25, de 18 de outubro de 2011¹⁹, a qual definiu e estabeleceu as competências dos agentes responsáveis pelos integradores da rede, passando o integrador nacional à responsabilidade da Receita Federal do Brasil e o integrador estadual, às Juntas Comerciais.

Outra alteração significativa se deu com as alterações da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, introduzidas pela Lei Complementar nº. 147, de 7 de agosto de 2014. A partir da determinação de que os processos de registro e legalização das micro e pequenas empresas devessem “ter trâmite especial e simplificado, preferencialmente eletrônico, opcional para o empreendedor na forma a ser disciplinada pelo CGSIM” (art. 4º, § 1º, e 8º).²⁰

Em 2019, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 876, de 13 de março de 2019, pela qual foi introduzida na Lei de Registro Público de Empresas, nº. 8.934/94, a figura do registro automático. De acordo com a norma estabelecida, o registro automático possibilita que os atos societários possam ser registrados de imediato, de forma que o ato é analisado por meio de sistema informatizado, que concede o registro assim que este é apresentado, bastando que os atos preparatórios para o arquivamento, como a viabilidade, estejam deferidos e

o empresário utilize um instrumento padrão. Assim, a análise do ato por um analista da junta comercial ficaria postergado para depois do registro, no prazo de dois dias úteis.

Também no início de 2019, foi promulgada a Lei Complementar nº 167, de 24 de abril de 2019, que alterou a Lei Complementar nº. 123/2006, para a inserção de duas novas figuras societárias ao ordenamento jurídico brasileiro, criou a Empresa Simples de Crédito (ESC) e a Empresa Simples de Inovação (ESI). Em matéria de digitalização, observa-se que a Empresa Simples de Inovação seria inscrita para obtenção de CNPJ através de um portal, de forma eletrônica via internet, similar ao que ocorre com o MEI. De acordo com o regulamento, a empresa inova simples deverá ser registrada através do Portal Nacional de Empresas e Negócios do Governo Federal. Essa inscrição se dará mediante o preenchimento de um formulário eletrônico e para sua baixa, que também será realizada pelo portal, não há necessidade de muitas providências.²¹

Dentre tantas reformas no registro empresarial, uma das mais importantes e recentes foi a já mencionada Medida Provisória nº. 881, de 30 de abril de 2019, que trata das diretrizes sobre liberdade econômica, convertida na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Essa norma legal trouxe várias alterações para o registro de empresas brasileiro, além do registro automático, como já visto, previu em seu art. 3º, X, o direito do empreendedor de arquivar documentos, “por meio de microfilme ou por meio digital, conforme técnica e requisitos estabelecidos em regulamento, hipótese em que se equipará a documento físico para todos os efeitos legais e para a comprovação de qualquer ato de direito público”. Com o intuito de compatibilizar as normas sobre assinaturas digitais, a MP nº. 881/2019 inseriu o art. 2º-A na Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, tratando da possibilidade de armazenamento de documentos em formato eletrônico.

Além disso, a MP nº. 881/2019 alterou o art. 32 da Lei nº. 8.934/94, previu a possibilidade da autenticação de documentos por advogados ou contadores perante as juntas comerciais, substituindo a autenticação de documentos por cartórios, consoante o disposto no art. 63 da Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. Também alterou o art. 32 da Lei nº. 8.934/94, dispensando a realização de ato societário para alteração de informações meramente cadastrais, bastando o envio das

17 Cf. o § 1º, do art. 18-A, da Lei Complementar nº. 123/2006.

18 “O Brasil conta hoje com mais de 15 milhões de MEI (Apresenta os relatórios estatísticos baseados apenas nos MEIs que se formalizaram por meio do Portal do Empreendedor. Disponível em: <http://www22.receita.fazenda.gov.br/inscricaoemi/private/pages/relatorios/opcoesRelatorio.jsf>

19 Cf. Resolução CGSIM nº. 48, de 11 de outubro de 2018, que dispõe sobre o procedimento especial para o registro e legalização do Microempreendedor Individual – MEI, por meio do Portal do Empreendedor.

20 Cf. art. 4º, § 1º, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

21 Inova Simples. Disponível em: <https://www.gov.br/empresas-e-negocios/pt-br/inova-simples/inova-simples>

informações de forma eletrônica para as juntas comerciais, as quais passariam a atualizar os cadastros das empresas. Por fim, a MP nº. 881/2019 também autorizou que o registro seja realizado através de um sistema eletrônico criado e mantido pelo Ministério da Economia, sobre o qual ainda não se tem notícias de sua implantação.

Com a declaração da Pandemia de COVID-19 (Novo Corona Vírus) pela Organização Mundial de Saúde – OMS, no dia 13 de março de 2020, o DREI emitiu o OFÍCIO CIRCULAR SEI nº 1014/2020/ME, de 25 de março de 2020,²² autorizando o registro de atos e documentos societários digitalizados, apenas com a assinatura digital de um contador ou de um advogado, que se tornaria responsável pela autenticidade da documentação digitalizada, com base nas regras da já mencionada IN DREI nº. 60/2019²³. Esse ofício circular do DREI foi revogado pelo OFÍCIO CIRCULAR SEI nº 1218/2020/ME, de 13 de abril de 2020,²⁴ o qual manteve o procedimento adotado na orientação revogada.

Outra medida importante para o registro de empresa foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Medida Provisória nº. 931, de 30 de março de 2020, convertida na Lei nº 14.030, de 28 de julho de 2020, a qual estabeleceu, dentre outras matérias, a participação e exercício de voto em assembleia à distância para sociedades anônimas abertas e fechadas, sociedades limitadas e cooperativas, tendo sido

22 OFÍCIO CIRCULAR SEI nº 1014/2020/ME, de 25 de março de 2020. Disponível em: https://abessoftware.com.br/wp-content/uploads/anterior/Arquivos/Oficio%20Circular%201014_assinatura%20digital.pdf

23 “8. Assim, da leitura dos dispositivos de ambas as instruções normativas mencionadas, este Departamento entende que os profissionais de que trata a IN nº 60, de 2019, podem realizar a autenticação de quaisquer documentos (atos constitutivos, alterações, baixas, etc) do empresário, sócio ou acionista, inclusive na forma digital, através do seu respectivo certificado digital.

9. Frisamos que a IN nº 60, de 2019, não veda a autenticação de documentos de forma eletrônica, sendo possível que o empresário digitalize todos os documentos físicos, inclusive os que assinou de próprio punho, e o seu contador ou advogado realize (i) a autenticação desses documentos digitalizados e (ii) o protocolo deles no sistema da Junta Comercial, desde que munido de procuração e assinando com o seu certificado digital.

10. Adicionalmente, existe a possibilidade de o empresário outorgar poderes para que o contador ou advogado assine o instrumento em seu nome (com seu certificado digital). Nesta situação, o profissional juntará ao processo a procuração e a respectiva declaração de autenticidade”. (OFÍCIO CIRCULAR SEI nº 1218/2020/ME, de 13 de abril de 2020. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/drei/legislacao/arquivos/oficios-circulares-drei/2020/Ofcio_Circulara_SEI_1218a_2020a_MEa_coma_anexo.pdf).

24 OFÍCIO CIRCULAR SEI nº 1218/2020/ME, de 13 de abril de 2020. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/drei/legislacao/arquivos/oficios-circulares-drei/2020/Ofcio_Circulara_SEI_1218a_2020a_MEa_coma_anexo.pdf

regulamentada pela IN DREI nº. 79, de 14 de abril de 2020, revogada pela IN DREI nº. 81, de 10 de junho de 2020.

Em seguida, foi editada a Medida Provisória nº 983, de 16 de junho de 2020, convertida na Lei nº 14.063, de 23 de setembro de 2020, a qual estabeleceu a classificação e aceitação das assinaturas digitais para comunicação entre pessoas privadas e o poder público e entre os órgãos deste, dentre outros pormenores sobre as assinaturas digitais. Segundo a medida, “ato do titular do poder ou do órgão constitucionalmente autônomo de cada ente federativo estabelecerá o nível mínimo exigido para a assinatura eletrônica em documentos e transações em interação com o ente público”, de forma que parece ter sido delegada ao DREI a competência para estabelecer o nível mínimo das assinaturas digitais concernentes ao registro de atos e documentos societários.

Por fim, em 2021 o Governo Brasileiro editou a Medida Provisória nº 1.040, de 29 de março de 2021, convertida na Lei nº. 14.195, de 26 de agosto de 2021, a qual dispõe sobre a facilitação para abertura de empresas, a proteção de acionistas minoritários, a facilitação do comércio exterior, a criação do Sistema Integrado de Recuperação de Ativos, dentre outras matérias, com o objetivo declarado de implantar medidas de melhoria no ambiente empresarial do País, buscando uma melhor posição no ranking do Doing Business do Banco Mundial.²⁵

25 Para observar o efeito das instituições sobre o desenvolvimento econômico, o World Bank (Banco Mundial) realizava anualmente uma pesquisa sobre o ambiente de negócios das nações, denominada Doing Business (Medindo Regulamentações de Negócios), a qual busca comparar economias em todo o mundo. Os pesquisadores do Banco Mundial fazem um estudo das regulações de negócios de cento e noventa (190) países, do qual resulta um ranking das economias, com regulações mais favoráveis aos investimentos. Os resultados da pesquisa eram utilizados para a elaboração de políticas públicas governamentais e por investidores de todo o mundo.

Contudo essa pesquisa foi interrompida em 2021, em função de irregularidades no Doing Business de 2018 e 2020 (Cf. THE WORLD BANK. Doing Business. Washington, DC, Banco Mundial, 2023. Disponível em: <https://archive.doingbusiness.org/en/doingbusiness>).

4. ANÁLISE DA LEI Nº. 8.934/94 E TENDÊNCIAS SOBRE O REGISTRO E LEGALIZAÇÃO DE EMPRESAS

Em primeiro lugar há que se atentar que hoje não é mais cabível tratar apenas do registro de empresas de forma isolada, estanque, há que se regulamentar a matéria dentro do contexto do ambiente de negócios, ou seja, uma nova legislação sobre formalização de empresas deve abarcar as normas relativas ao nascimento, licenciamento, funcionamento e extinção da empresa de forma mais ampla. Seria necessário incluir num mesmo documento as normas acerca do registro de empresas, da REDESIM e demais normas espalhadas pela legislação sobre empresas.

Nesse mesmo tópico, observa-se que há muito a legalização de empresas deixou de englobar apenas “órgãos federais, estaduais e distrital” uma vez que hoje estão incluídos nessa rede órgãos e entidades de todas os níveis de governo, sendo eles federais, estaduais e municipais. Como visto a REDESIM transformou o sistema de registro em um elemento de uma rede com a tarefa de integrar os processos de registro e de legalização de empresas.

Outra questão diz respeito à dicotomia de registros para empresas. Não há mais razão para existir empresas registradas nas Juntas Comerciais e outras que são registradas no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Quando da elaboração do Código Civil de 2002, como destaca Gonçalves Neto (2014), o legislador teria perdido a oportunidade de unificar os agentes econômicos sob um mesmo regime legal empresarial, além de integrar os registros nas Juntas Comerciais. Essa dicotomia de registros, segundo o autor, não teria razão de ser, mesmo que se mantivesse a distinção de regimes jurídicos para empresários e não empresários, nada justificaria a separação dos registros:

Assim sendo, as sociedades simples inscrevem-se no registro civil de pessoas jurídicas, a cargo dos diversos Ofícios do foro extrajudicial; os empresários individuais e as sociedades empresárias no registro público de empresas mercantis, a cargo juntas comerciais. Nestas últimas também deve inscrever-se espécie de sociedades simples (lei das cooperativas, art. 18) Perdeu o legislador, no meu modo de ver, grande oportunidade para unificar o registro das pessoas

jurídica, como se dá em Portugal, por exemplo (Dec. – lei 129/1998), ou ao menos, das sociedades, independentemente da natureza da atividade que tenham por objeto exercer. Não há, de fato, razão que justifique a separação de registros de sociedades, consoante sejam ou não seja considerada empresárias. O regime jurídico do registro de ambas podia ser uniformizado sem nenhuma parda e só traria segurança às relações jurídicas societárias.²⁶

Nesse contexto, o registro de empresas realizado pelas juntas comerciais, segundo explica Gonçalves Neto (2021), seria mais estruturado e eficiente que o registro civil de pessoas jurídicas. De acordo com o autor, ao contrário do que aconteceria com os cartórios de registro civil, que acumulam outras funções e estão dispersos por todo o território nacional, as juntas comerciais exerceriam suas atividades de registro de modo centralizado e especializado. Isso porque, haveria apenas uma junta comercial em cada estado da federação, coordenadas por um órgão central federal, com corpo técnico especializado na matéria de Direito Empresarial.²⁷

No que concerne à atuação das Juntas Comerciais, no entendimento de Requião (2010), as Juntas Comerciais realizam o exame formal dos atos societários e documentos submetidos ao registro, não podendo adentrar na esfera do direito privado dos sócios ou da sociedade:

É preciso compreender que no exercício dessas atribuições as Juntas Comerciais funcionam como tribunal administrativo, pois examinam previamente todos os documentos levados a registro. Mas essa função não é jurisdicional, pois as Juntas possuem apenas competência para o exame formal desses atos e documentos. (...) O que não podem as Juntas fazer, pois escapa à sua competência, é examinar problemas inerentes e próprios ao direito pessoal dos que participam de tais atos, pois isso constituiria invasão da competência do

26 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de Empresa: Comentários aos artigos 966 a 1195 do Código Civil. 7. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. p. 1003/1004.

27 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de Empresa: Comentários aos artigos 966 a 1195 do Código Civil. 7. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. p. 1003/1004.

Poder Judiciário. Essa matéria, que não deixa de ser sutil, já foi objeto de debate judicial, tendo nossos juízes recolocando as Juntas Comerciais nos limites de sua competência administrativa. (...)

Assim é que se deve entender a competência das Juntas Comerciais. Não podem os vogais se arrogar à posição de magistrados para decidir problemas de interesse privado das partes que comparecem nos instrumentos levados a registro. A validade do documento, que cumpre às Juntas comerciais examinar, na verdade, nada tem que ver com a validade ou invalidade das decisões tomadas pelas partes, no exercício de seus direitos privados.”²⁸

José Edwaldo Tavares Borba sustenta que o registro de empresas somente pode considerar a ilegalidade manifesta do ato, de forma que as questões interpretativas ou baseadas em entendimentos doutrinários ou jurisprudenciais devem ser analisadas pelo Poder Judiciário:

O registro de empresas desempenha atribuições específicas de controle da legalidade (art. 97 da Lei nº. 6.404/76, e art. 35, I, da Lei nº. 8.934/94), cabendo-lhe promover um esforço de saneamento das irregularidades ocorrentes. Gudesteu Pires, com a precisão que o caracteriza, chamou esse mister do registro de empresas de “alimpação de nulidades”.

De qualquer sorte, deve-se acentuar que a ilegalidade a ser considerada pelo registro de empresas é apenas a ilegalidade manifesta. Sempre que a matéria envolva controvérsias de natureza interpretativa, dependentes de construções doutrinárias ou jurisprudenciais, a questão se desloca naturalmente para o âmbito do Poder Judiciário, ao qual cabe dirimir os conflitos de interesses. Igualmente refogem às atribuições do registro de empresas os conflitos atinentes ao mérito das decisões tomadas, posto que não lhe compete deliberar a respeito do acerto ou desacerto das decisões tomadas em assembleia, mas apenas quanto ao conflito frontal entre o ato ou deliberações adotadas e a lei, considera-da esta segundo a interpretação assente.”²⁹

28 REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol. 1. p. 139/140. p. 107.

29 BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2021. 230/231

Contudo, da evolução tecnológica e da necessidade crescente de regulação voltada para a mitigação de riscos, observa-se que as finalidades ou o propósito de um sistema ou rede para formalização de empresas está muito mais amplo que aquelas voltadas a “dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis” como previsto no inciso I, do art. 1º da Lei nº. 8.934/94.

Não é de hoje que o Departamento Nacional de Registro Empresarial e ainda em maior medida as Juntas Comerciais passaram a ser os gestores dessa rede voltada para a legalização de empresas. Como visto, as juntas comerciais são os integradores estaduais, regulamentando e gerindo a relação entre os vários órgãos e entidades que compõem a REDESIM.³⁰

Há necessidade de se estipular normas no sentido de que um novo sistema de formalização de empresas também funcione como um tribunal administrativo capaz de solucionar conflitos societários de modo a se evitar ou reduzir a necessidade de se levar questões desse jaez ao poder judiciário. Seria por demais estimulante que as juntas comerciais funcionassem como instância capaz de manejar instrumentos alternativos de solução de conflitos na área societária, tais como a negociação, mediação, conciliação e até mesmo a arbitragem.

Outra finalidade que pode ser atribuída aos órgãos e entidades que compõem a rede para melhoria do ambiente de negócios diz respeito à busca da expansão da atividade empresarial do País, mediante o desenvolvimento de atividades e projetos que incentivem a formalização de empresas. Pois, segundo informações do SEBRAE a informalidade da atividade empresarial no Brasil é elevada, chegando a 68% das pessoas que se dizem “donos de negócios”.³¹

Além disso, os órgãos e entidades de formalização e legalização

30 De acordo com a Resolução CGSIM nº. 61, de 12 de agosto de 2020, a Receita Federal do Brasil é o integrador nacional e as Juntas comerciais se encarregam do integrador estadual.

31 “Segundo estudo realizado pelo Sebrae utilizando dados da PNADC trimestral (2012 a 2020), no quarto trimestre de 2020 havia cerca de 27,2 milhões de “donos de negócios” (empregadores + conta própria) no Brasil, sendo que 8,8 milhões afirmavam ter CNPJ (32%) e 18,4 milhões não o possuíam (68%) (Empreendedorismo informal no Brasil. SEBRAE. Disponível em: <https://sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/empreendedorismo-informal-no-brasil,77089b44da716810VgnVCM1000001b00320aRCRD>.

de empresas teriam atribuição fundamental no fornecimento de informações sobre empresas ao mercado e para a formulação de políticas públicas pela Administração Pública. Essas entidades possuem informações de vários aspectos das empresas de todo País, as quais representam um ativo importante que não devem permanecer trancafiados em bancos de dados inacessíveis à sociedade.

Uma nova legislação sobre formalização e legalização de empresas deve estipular regras para o uso massificado e seguro da tecnologia nessa área. Deve estipular requisitos claros para a realização de registros e licenciamentos de forma digital pela rede mundial de computadores. Há que se prever uma única entrada para apresentação de pedidos de documentação e a utilização de portais e sistemas uniformizados e integrados para a formalização e licenciamento de empresas para todo o país. Todas as informações prestadas pelos empresários devem ser realizadas por meio de formulários e documentos eletrônicos.

Hoje o arquivamento digital é a regra no Brasil, contudo há carência de regulamentação mais objetiva e clara diretamente na Lei. Essa regulamentação se encontra prevista, basicamente, em leis esparsas como a Lei Complementar 123/2006, a Lei nº. 11.598, a Lei nº. 12.682/2012 e na Instrução Normativa DREI nº. 81, de 10 de Junho de 2020, onde as juntas comerciais trabalham com sistemas e procedimentos diversos e conflitantes entre si.

É importante que se insira na legislação regras objetivas para o cancelamento e retificação de registros realizados de modo equivocado ou fraudulento, evitando-se a necessidade de busca do Poder Judiciário para a invalidação de um registro ou perpetuação de situações que causam insegurança jurídica para a atividade empresarial e para a retificação de informações e o arquivamento de documentos societários pelas Juntas Comerciais.

No Brasil, no entanto, não há uma regra legal específica sobre essa matéria. Observe-se que a Lei nº. 8.934/94 prevê a possibilidade de correção de vícios apenas antes do registro, no prazo de 30 dias para a interposição do recurso administrativo, chamado pedido de reconsideração, conforme o art. 45,³² haja vista que após o registro,

32 Art. 45. O Pedido de Reconsideração terá por objeto obter a revisão de despachos singulares ou de Turmas que formulem exigências para o deferimento do arquivamento e será apresentado no prazo para cumprimento da exigência para apreciação pela autoridade

é permitido, tão-somente, o desarquivamento do ato, no prazo de 10 dias úteis da publicação da decisão que defere o registro, através da interposição de Recurso ao Plenário, na forma do art. 46.³³

Enquanto isso, no direito germânico, há regras específicas e bem definidas sobre as invalidades de atos societários já registrados. Conforme demonstra Shcimidt (1997), o Registro Comercial tem o poder de proceder ao cancelamento do registro, contudo, nem todos os registros incorretos podem ser cancelados de ofício, caso em que há a necessidade de um pedido.³⁴

De forma semelhante, em Portugal, também há normatização específica sobre essa questão, como ensina Paulo de Tarso Domingues, há a possibilidade de serem declarados nulos, conforme as hipóteses taxativas previstas no art. 42º do CSC.³⁵ Em relação aos vícios sanáveis, ou seja, aqueles não previstos na relação taxativa do art. 42º do CSC, entende-se que não podem ser declarados nulos.³⁶

de recorrida em 3 (três) dias úteis ou 5 (cinco) dias úteis, respectivamente. (Redação dada pela Lei nº 11.598, de 2007)

33 Art. 46. Das decisões definitivas, singulares ou de turmas, cabe recurso ao plenário, que deverá ser decidido no prazo máximo de 30 (trinta) dias, a contar da data do recebimento da peça recursal, ouvida a procuradoria, no prazo de 10 (dez) dias, quando a mesma não for a recorrente.

34 “El juzgado de registro procede de oficio en especial en los casos de cancelaciones. Pero no todas las inscripciones que se han vuelto incorrectas son canceladas de oficio. Básicamente, en estos casos, también se requiere una presentación. Conforme a los § 143 de la FGG puede ser cancelada una inscripción ilícita. De acuerdo al § 31, II, del HGB y al § 141 de la FGG, las “Firmas” extinguidas son canceladas de oficio en el Registro de Comercio. Siguiendo al § 144 de la FGG, las sociedades nulas se cancelan en el Registro de Comercio (respecto de la cancelación de las sociedades que carecen de patrimonio, rige la ley sobre la disolución i cancelación de sociedades y cooperativas del 9 de octubre de 1934; RGBI, I, p. 914). El § 144 de la FGG faculta y obliga al tribunal a establecer formalmente los vicios estatutarios de una AG, KGaA o una GmbH. También se ejerce la protección de las “Firmas”, desde el punto de vista del derecho público, según el § 37, 1, del HGB y al § 140 de la FGG.” (SCHMIDT, Karsten. Derecho comercial: tracción de la 3ª edición alemana por Federico E. G. Werner. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997. p. 405/406)

35 DOMINGUES, Paulo de Tarso. Variações sobre o capital social. Coimbra: Almedina, 2009. p. 151/152.

36 “Problema distinto é o de saber qual a consequência para o caso de o contrato fazer referência ao capital social, mas em que esta menção é feita de forma irregular, p. ex., referindo-o em moeda estrangeira, ou em diferentes moedas, ou fixando um valor inferior ao mínimo legalmente exigível.

O propósito claro e expreso da Primeira Directiva foi o de restringir e estatuir um numerus clausus, uma enumeração rigorosamente taxativa das causas de invalidade do contrato de sociedade. Donde, não estando a irregularidade ou nulidade de menção relativa ao capital social prevista no artigo 11º daquela Directiva, não deverá ela ser considerada como causa

Ressalte-se que o procedimento para rerratificação e cancelamento de registro, previstos no art. 40 e na Instrução Normativa DREI nº. 81, de 10 de Junho de 2020, são precários, cujos dispositivos são por demais abertos e omissos, causando dúvida e contradições na aplicação dessa regra.

5. CONCLUSÃO

Do estudo empreendido podemos concluir que há uma necessidade premente de se conjugar as normas atinentes ao ambiente de negócios em apenas um diploma legal na busca de uma sistematização da matéria, na busca de diminuir a burocracia, aumentando a segurança jurídica e a eficiência na formalização de empresas no Brasil.

Além disso, é essencial que a legislação seja atualizada no sentido de colher os benefícios dos avanços tecnológicos, bem como atender os anseios da sociedade por serviços públicos ágeis e acessíveis.

Há muito, no Brasil, existe a necessidade de que o registro empresarial, em especial, as juntas comerciais assumam maior responsabilidade na área empresarial, podendo funcionar como tribunais para a solução de conflitos societários de forma alternativa ao poder judiciário e, ainda, como instituição fomentadora da atividade empresarial.

Com certeza, a organização do ambiente de negócios no Brasil deve passar pela reformulação da matéria sobre registro de empresas e por conseguinte, a substituição da Lei nº. 8.934/94, por um diploma legal mais amplo e conectado com os avanços tecnológicos que revolucionaram o mundo nos últimos 50 anos.

de invalidade do contrato de sociedade após o registro do mesmo; i.é, em princípio, esta sanção deverá ficar exclusivamente reservada para a omissão total, para a falta de qualquer referência ao capital social" (DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Variações sobre o capital social*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 153).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentário ao artigo 21, III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva-Almedina, 2018.
- BARROSO Luís Roberto. Estado e Livre Iniciativa na Experiência Constitucional Brasileira. Aparentamentos para a conferência de encerramento do Congresso Brasileiro de Direito Comercial, São Paulo, 11 de abril de 2014. Disponível em: http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/04/Estado-e-Livre-iniciativa_versao-final_11abr2014.pdf.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- CAMPINHO, Sérgio. O direito de empresa à luz do código civil. 13 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- CEREZOLI, José A. A digitalização do Direito Societário no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Societário e Registro Empresarial*, v. 1, p. 49-84, 2021.
- CEREZOLI, José A. O regime jurídico da sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos sob a ótica do Supremo Tribunal Federal. In: GUERRA, Sérgio (coord.). *Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2017.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. 1.
- DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Variações sobre o capital social*. Coimbra: Almedina, 2009.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: Comentários aos artigos 966 a 1195 do Código Civil*. 7. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.
- Inova Simples. Disponível em: <https://www.gov.br/empresas-e-negocios/pt-br/inova-simples/inova-simples>.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Contratações Estratégicas das Estatais que Competem no Mercado. In: OSÓRIO, Fábio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela (coords.). *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem da Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- OFÍCIO CIRCULAR SEI nº 1014/2020/ME, de 25 de março de 2020. Disponível em: https://abessoftware.com.br/wp-content/uploads/anterior/Arquivos/Oficio%20Circular%201014_assinatura%20digital.pdf.
- OFÍCIO CIRCULAR SEI nº 1218/2020/ME, de 13 de abril de 2020. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/drei/legislacao/arquivos/oficios-circulares-drei/2020/Oficio_Circulara_SEIa_1218a_2020a_MEa_coma_anexo.pdf.
- Portal do Empreendedor. Disponível em: <http://www22.receita.fazenda.gov.br/inscricaoemi/privat/pages/relatorios/opcoesRelatorio.jsf>.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol. 1.
- SCHMIDT, Karsten. *Derecho comercial: tracción de la 3ª edición alemana por Federico E. G. Werner*. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997.
- SCHWINGEL, Inês; RIZZA, Gabriel. *Políticas públicas para formalização das empresas: Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas e iniciativas para a desburocratização*. Brasília – DF: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2013. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3846/1/bmt54_politicaemfoco_politicapublica.pdf.
- SEBRAE. Empreendedorismo informal no Brasil. Disponível em: <https://sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/empreendedorismo-informal-no-brasil,77089b44da716810VgnVCM-1000001b00320aRCRD>.

TÁCITO, Caio. Regime Jurídico das Empresas Estatais. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 195:1-8, jan./mar. 1994. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45976/47417>.

THE WORLD BANK. Doing business no Brasil. Washington, DC, Banco Mundial, 2006. Disponível em: <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Subnational-Reports/DB06-Sub-Brazil-Portuguese.pdf>.

THE WORLD BANK. Doing business no Brasil. Washington, DC, Banco Mundial, 2006. Disponível em: <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Subnational-Reports/DB06-Sub-Brazil-Portuguese.pdf>.

THE WORLD BANK. Doing Business. Washington, DC, Banco Mundial, 2023. Disponível em: <https://archive.doingbusiness.org/en/doingbusiness>.

5

Parecer nº. 88/2021-JUCERJA- PRJ-JAC

Proc.: 00-2021/435430-0
VACIVITTA NOVA IGUAÇU- SERVIÇOS DE IMUNIZAÇÃO HUMANA LTDA.

Despacho 28492

Ilma. Sra. Procuradora Regional,

SOCIEDADE LIMITADA. ATO CONSTITUTIVO. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL POR CONHECIMENTOS ESPECÍFICOS. KNOW-HOW. TEMA CONTROVERSO. PROSSEGUIMENTO.

I – RELATÓRIO

Trata-se de pedido de registro do Contrato Social da sociedade **VACIVITTA NOVA IGUAÇU-SERVIÇOS DE IMUNIZAÇÃO HUMANA LTDA.**, de 05 de outubro de 2021, cuja parte da integralização do capital social é dada através de transferência por *know-how*.

Em 03/11/2021, a Sra. Julgadora Singular formulou a seguinte exigência:

Decisão: Em Exigência		Data: 03/11/2021
Observação do Julgamento:		
Grupo	Tipo Exigência	Detalhamento:
Assinatura	Falta assinatura de titular/sócio/administrador - Anexo IV, da IN/DREI nº 81.	CONTRATO SEM ASSINATURA

Após reentrada do processo, a Sra. Julgadora Singular, em 08/11/2021, reformulou sua exigência, conforme termos abaixo:

Decisão: Em Exigência		Data: 08/11/2021
Observação do Julgamento:		
Grupo	Tipo Exigência	Detalhamento:
Capital	Declarar ou corrigir a Forma e/ou o Prazo de Integralização do Capital - Item 1.2.10 e ss da IN/DREI nº 38	observe IN DREI 81 anexo para a composição do capital social

A sociedade se manifestou da seguinte forma:

SR. RODRIGO LIMA, CUMPRINDO A EXIGÊNCIA, OS CONTRATOS QUE ANEXEI AO PROCESSO, TODOS ESTÃO AS-

SINADOS POR TODOS OS SÓCIOS, NÃO ESTOU USANDO CONTRATO PADRÃO, E AS DATAS DE INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL BEM COMO DE PRAZO DA INTEGRALIZAÇÃO; O SISTEMA NÃO ME DÁ OUTRA FORMA DE FAZER SE NÃO, PARA A DATA DA INTEGRALIZAÇÃO A DATA DO CONTRATO, E A DE PRAZO A DATA DA ALTERAÇÃO OU POSTERIOR. DAÍ QUE NÃO ENTENDO ESTA EXIGÊNCIA. PODERIA NOS AJUDAR, CASO NÃO TENHA ACERTADO?

Diante disso, a Sra. Julgadora Singular solicita o pronunciamento desta Procuradoria, por despacho de 09/11/2021, nos seguintes termos: À Procuradoria Regional,

Solicito parecer quanto a possibilidade de arquivamento do presente instrumento, tendo em vista o que consta na integralização do capital.

A empresa integraliza o capital com know-how, em breve pesquisa, observei que ausência de disposições específicas a respeito do know-how faz com que parte da doutrina entenda que não seria passível de utilização no capital social, seja pela dificuldade de valoração, de delimitação das suas características essenciais, de penhora em caso de responsabilidade civil da sociedade, ou mesmo pela impossibilidade, muitas vezes, de se aferir a quem de fato ele pertence.

Todavia, em que pese a ausência de regramento legal sobre o tema, as peculiaridades do know-how não lhe retiram a possibilidade de ser utilizado para integralização do capital social. Observa-se que não há dúvida de que ele é dotado de valor econômico e pode representar uma vantagem competitiva importante para a sociedade, maior até, em muitos casos, do que qualquer aporte financeiro.

Sendo assim, há possibilidade de integralização do capital social com KNOW-HOW?

*Desde já agradeço,
Leila Flávia.*

Eis o sucinto relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, cabe esclarecer que a lei não exige capital mínimo para contribuição, sendo as quotas distribuídas livremente e a integralização poderá ser realizada através da transferência de bens, podendo esses bens serem materiais ou até mesmo imateriais, desde que suscetíveis de avaliação monetária, conforme estabelecido no art. 977, III, do Código Civil:

Art. 997. *A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: (...)*

III - *capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;*

Ademais, há previsão expressa no Manual de Registro da Sociedade Limitada, aprovado pela IN DREI nº. 81/2020, alterado pela IN DREI nº. 55/2021, itens 4.2 e 4.3.4, do Capítulo II, Seção I:

4.2. CAPITAL SOCIAL

O capital da sociedade deve ser expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária.

4.3.4. Integralização com bens

Poderão ser utilizados para integralização de capital quaisquer bens, desde que suscetíveis de avaliação em dinheiro.

Para corroborar tal entendimento, José Edwaldo Tavares Borba sintetiza, ainda, que, em regra, a contribuição é dada em dinheiro, sendo que “os demais bens somente serão admitidos se corresponderem a um especial interesse da companhia, a ser previamente determinado”.¹

Contudo, o autor ensina que seria inviável a integralização do capital social com know-how, uma vez que este estaria vinculado à pessoa o que o tornaria intransmissível, equiparado à força de traba-

¹ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 15ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 223

lho: “O know-how ou a experiência acumulada são indissociáveis da pessoa que os detém, sendo assim intransmissíveis a não ser como mera força de trabalho, o que os inviabiliza para o efeito de integralizar o capital de uma sociedade anônima; esta não admite ações de trabalho ou indústria”.²

Por outro lado, Fran Martins entende que o know-how seria considerado um bem alienável, por tal razão, transmissível, de forma que poderia ser utilizado para a integralização do capital social, como citado por Tavares Borba:

*Fran Martins sustenta posição contrária: “Do mesmo modo, o know-how, que consiste em conhecimentos especializados e secretos sobre a utilização de uma técnica própria para a exploração de certos produtos, pode também constituir elemento capaz de ser oferecido como contribuição para a formação do capital da sociedade anônima, já que o know-how é considerado um bem alienável e, portanto, transmissível” (1979, v. 1, p.59). Cabe observar, entretanto, que o know-how não se transfere, ensina-se, tudo se resumindo em uma prestação de serviço, de todo incompatível com os princípios que informam a integralização de capital.*³

Há inúmeros artigos na rede mundial de computadores em que seus autores se posicionam no sentido da possibilidade de utilização do know-how para a integralização do capital social.⁴

No caso, os sócios Amanda, Renan e Thiago, pretendem utilizar seus conhecimentos referentes ao ramo de Serviços de Vacinação e Imunização Humana para a integralização do capital social, o que seria de difícil visualização como um bem intangível alienável e transferível.

2 BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 15ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 224

3 BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 15ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 224

4 Para citar apenas dois: LISBOA, Fernando Di Sabatino G. e MENDES, Natália Milagres. **A Integralização de Capital Social com a transferência de tecnologia, ou know-how.** Chenut, 2012. Disponível em: <<https://chenut.online/br/a-integralizacao-de-capital-social-com-a-transferencia-de-tecnologia-ou-know-how/>>. Acesso em: 19 nov. 2018; e CUNTO, Rapahel de, MACHADO, José Mauro Decoussau, MENEGUETTI, Pamela Gabrielle. **O uso do know-how como contribuição ao capital social.** Migalhas, 2012. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/159625/o-uso-do-know-how-como-contribuicao-ao-capital-social>>. Acesso em: 19 nov 2021.

Entretanto, considerando que as Juntas Comerciais não devem ingressar em discussões sobre questões controvertidas, conforme se depreende do disposto no art. 40 da Lei nº. 8.934/94, e que todos os sócios concordaram com a integralização do capital com conhecimentos específicos sobre um ramo de atividade da empresa, entende-se que essa questão não deve ser analisada no caso em tela.

No entendimento de Rubens Requião, as Juntas Comerciais realizam o exame formal dos atos societários e documentos submetidos ao Registro, não podendo adentrar na esfera do direito privado dos sócios ou da sociedade:

É preciso compreender que no exercício dessas atribuições as Juntas Comerciais funcionam como tribunal administrativo, pois examinam previamente todos os documentos levados a registro. Mas essa função não é jurisdicional, pois as Juntas possuem apenas competência para o exame formal desses atos e documentos.

(...)

O que podem as Juntas fazer, pois escapa à sua competência, é examinar problemas inerentes e próprios ao direito pessoal dos que participam de tais atos, pois isso constituiria invasão da competência do Poder Judiciário. Essa matéria, que não deixa de ser sutil, já foi objeto de debate judicial, tendo nossos juízes recolocando as Juntas Comerciais nos limites de sua competência administrativa.

(...)

*Assim é que se deve entender a competência das Juntas Comerciais. Não podem os vogais se arrogar à posição de magistrados para decidir problemas de interesse privado das partes que comparecem nos instrumentos levados a registro. A validade do documento, que cumpre às Juntas comerciais examinar, na verdade, nada tem que ver com a validade ou invalidade das decisões tomadas pelas partes, no exercício de seus direitos privados.*⁵

No que concerne à atuação das Juntas Comerciais, José Edwal-

5 REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 1. p. 107.

do Tavares Borba sustenta que o registro de empresas somente pode considerar a ilegalidade manifesta do ato, de forma que as questões interpretativas ou baseadas em entendimentos doutrinários ou jurisprudenciais devem ser analisadas pelo Poder Judiciário:

O registro de empresas desempenha atribuições específicas de controle da legalidade (art. 97 da Lei nº. 6.404/76, e art. 35, I, da Lei nº. 8.934/94), cabendo-lhe promover um esforço de saneamento das irregularidades ocorrentes. Gudesteu Pires, com a precisão que o caracteriza, chamou esse mister do registro de empresas de “alimpação de nulidades”.

De qualquer sorte, deve-se acentuar que a ilegalidade a ser considerada pelo registro de empresas é apenas a ilegalidade manifesta. Sempre que a matéria envolva controvérsias de natureza interpretativa, dependentes de construções doutrinárias ou jurisprudenciais, a questão se desloca naturalmente para o âmbito do Poder Judiciário, ao qual cabe dirimir os conflitos de interesses. Igualmente refogem às atribuições do registro de empresas os conflitos atinentes ao mérito das decisões tomadas, posto que não lhe compete deliberar a respeito do acerto ou desacerto das decisões tomadas em assembleia, mas apenas quanto ao conflito frontal entre o ato ou deliberações adotados e a lei, considerada esta segundo a interpretação assente.⁶

Observe-se que, de acordo com recentes Decisões de Recurso do DREI,⁷ o exame de tais questões extrapolaria a competência da Junta Comercial, a qual estaria adstrita à análise das formalidades essenciais e legais dos atos trazidos a registro, não podendo adentrar em discussão sobre questões controvertidas ou de vícios não manifestos. Segundo o entendimento do DREI, careceria competência às Juntas Co-

merciais para a apreciação do mérito dos atos societários, haja vista que seria “vedado indagar das causas que envolvem interesses próprios de sócios ou acionistas”.

Dessa forma, diante da controvérsia na doutrina, conclui-se que não cabe à Junta Comercial se imiscuir na discussão sobre a possibilidade ou não da utilização de *know-how* para a integralização do capital social da sociedade em tela.

III – CONCLUSÃO

Do exposto, opina-se pelo prosseguimento na análise do pedido de registro em relação às demais formalidades exigidas em lei.

Rio de Janeiro, 19 de novembro de 2021.

JOSÉ A. CEREZOLI
Profissional Superior de Registro de Empresas da JUCERJA.
ID.: 4326005-5

⁶ BORBA, José Edwaldo Tavares Borba. *Direito Societário*. 15 ed. São Paulo: Atlas2017. p 228/229.

⁷ Cf. Recurso ao Ministro nº 14021.114200/2019-23; Recurso ao Ministro nº 19974.101124/2019-41; e Recurso ao Ministro nº 19974.100219/2019-47. Disponíveis em: <http://www.mdic.gov.br/index.php/micro-e-pequenas-empresa/drei/decretos-drei-2>.

6

**Parecer nº.
93/2021-JUCERJA-
PRJ-JAC**

Proc.: 00-2021/397697-8 (proc. Anexos: 00-2021/397594-7 e 00-2021/400828-2)

COMUNIQUE-SE S.A.

NIRE: 33.3.0031972-7

Desp.: 28557

Ilma. Sra. Procuradora Regional,

SOCIEDADE ANÔNIMA. ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA. CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE LIMITADA. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL COM TRANSFERÊNCIA DE PATRIMÔNIO. OPERAÇÃO "DROP DOWN". VIABILIDADE. PROSSEGUIMENTO NA ANÁLISE.

I – RELATÓRIO

Trata-se do pedido de arquivamento da Ata de Assembleia Geral Extraordinária da companhia **COMUNIQUE-SE S.A.**, de 25 de outubro de 2021, pela qual aprovaram a transferência de patrimônio para outras duas empresas SUATV SINALIZAÇÃO DIGITAL LTDA. e INFLUENCY.ME MARKETING LTDA.

Em 08/11/2021, a Turma de Vogais formulou as seguintes exigências (protocolo 00-2021/397697-8):

Decisão: Em Exigência	Data: 08/11/2021	
Observação do Julgamento:		
Aparecida Maria Pereira da Silva Lopes:		
Grupo Fernando Feijó Sampaio Berwanger:	Tipo Exigência	Detalhamento:
Claudio da Cunha Valle: Corrigir o ato	Outras Exigências de Correção de Ato (especificar)	Esclareça se está realizando uma cisão parcial, em caso positivo observar procedimento na Lei 6.404/76. capital social integralizado da empresa é de R\$ 753.659,65, está realizando na AGE transferência de R\$ 1.044.073,61. Os atos devem ser arquivados em processos apartados de constituição de sociedade.
Corrigir o ato	Outras Exigências de Correção de Ato (especificar)	Esclareça se está realizando uma cisão parcial, em caso positivo observar procedimento na Lei 6.404/76. capital social integralizado da empresa é de R\$ 753.659,65, está realizando na AGE transferência de R\$ 1.044.073,61. Os atos devem ser arquivados em processos apartados de constituição de sociedade.
Corrigir o ato	Outras Exigências de Correção de Ato (especificar)	Esclareça se está realizando uma cisão parcial, em caso positivo observar procedimento na Lei 6.404/76. capital social integralizado da empresa é de R\$ 753.659,65, está realizando na AGE transferência de R\$ 1.044.073,61. Os atos devem ser arquivados em processos apartados de constituição de sociedade.

Diante disso, a companhia se manifestou da seguinte forma:

ILMO. SR. VOGAL DA JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
COMUNIQUE-SE S/A, ESTABELECIDADA NA RUA XV DE NOVENBRO, Nº 242, SALA 305, NO BAIRRO DO CENTRO, NO MUNICÍPIO DE RIO BONITO, ESTADO DO RIO DE JANEIRO, CEP 28.800.000, INSCRITA NO CNPJ SOB O Nº 04.558.476/0001-01, COM O SEU ESTATUTO SOCIAL ARQUIVADO NA JUNTA COMERCIAL SOB O NIRE 33.3.0031972-7, REPRESENTADA NESTE ATO POR SEU DIRETOR ABAIXO ASSINADO, RODRIGO AGUIAR DE AZEVEDO, VÊM ESCLARECER A EXIGÊNCIA APRESENTADA NO PROCESSO 00-2021/397697-8:
NESTE ATO NÃO ESTAMOS REALIZANDO UMA CISÃO, E SIM UMA OPERAÇÃO DE “DROP DOWN”. ESTAMOS TRANSFERINDO ATIVOS DO COMUNIQUE-SE S/A PARA CONSTITUIÇÃO DE NOVAS EMPRESAS, NO QUAL O COMUNIQUE-SE SERÁ DETENTORA DE 100% DAS QUOTAS DO CAPITAL SOCIAL. EMPRESA SUATV SINALIZAÇÃO DIGITAL LTDA – PROTOCOLO DE ARQUIVAMENTO DE CONSTITUIÇÃO 00-2021/397594-7. EMPRESA INFLUENCY.ME MARKETING LTDA – PROTOCOLO DE ARQUIVAMENTO DE CONSTITUIÇÃO 00-2021/400828-2. EM RELAÇÃO AO CAPITAL SOCIAL INTEGRALIZADO DO COMUNIQUE-SE S/A, NO PROTOCOLO 00-2021/552662-7 TIVEMOS UMA REDUÇÃO DE CAPITAL SOCIAL INDEVIDO, QUE FOI RERRATIFICADO ATRAVÉS DO PROTOCOLO 00-2021/953025-4 RETORNANDO O SEU VALOR ORIGINAL DE R\$ 1.031.506,65 TOTALMENTE INTEGRALIZADO. DESTE MODO, PEÇO ENCARECIDAMENTE QUE A EXIGÊNCIA DO ATO SEJA ATENDIDA COM AS INFORMAÇÕES PRESTADAS.
NESTES TERMOS,
PEDE DEFERIMENTO.

Diante disso, a Vice-Presidência solicita Parecer desta Procuradoria Geral, em despacho de 17/11/2021:

Boa tarde.
Usuário apresenta ato de empresa diversa da qual consta na capa do processo e no protocolo web (INFLUENCY.ME MARKETING LTDA), informando a operação de “Drop Down”.
Considerando a operação citada, quais os outros requisitos necessários para a concretização da mesma,

tais como laudo de avaliação, balanço, etc.?
Aguardo parecer.

Att.

Eis o sucinto relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, cabe esclarecer que a operação de “Drop Down” implica na transferência de patrimônio de uma sociedade para a formação do capital social de outra, caso em que a cedente recebe participação societária na cessionária.

Essa operação não encontra previsão específica na legislação brasileira, mas pode ser tratada como uma integralização de capital social em bens e direitos, como ocorre normalmente no caso de transferência de imóveis dos acionistas para a sociedade na integralização do capital, quando os sócios recebem em troca ações ou cotas do capital.

Para melhor compreensão da matéria, vale citar as palavras de Modesto Carvalhosa, que detalha a operação:

O drop down é uma operação vertical de transferência de ativos que provoca a substituição de elementos patrimoniais, uma vez que a sociedade conferente transfere bens e recebe o equivalente em participação societária, não existindo redução do capital social.

Essa operação é atípica no Direito brasileiro, não havendo regras específicas para regular seu regime jurídico. Daí porque algumas vezes se confunde esse instituto com a cisão, aplicando-se a ele regras que não são adequadas ou atribuindo-lhe consequências sucessórias e tributárias descabidas.

A operação de drop down é caracterizada pelo aumento de capital que uma sociedade empresária receptora realiza em uma subsidiária cedente, por meio da conferência de ativos tangíveis e intangíveis, den-

tro os quais podemos incluir ativos financeiros, know how, tecnologia, unidades produtivas, estabelecimentos comerciais e industriais, plantas fabris, direitos e obrigações, máquinas e equipamentos, matéria-prima, entre outros.

Contudo, é absolutamente necessário que o conjunto de bens, direitos e obrigações transferidos seja positivo.

Ao realizar a transferência de ativos, a sociedade conferente recebe em troca as ações ou quotas do capital social da sociedade receptora. Não há redução do capital da sociedade cedente, como ocorre na cisão, mas apenas a substituição de elementos patrimoniais, uma vez que a sociedade conferente transfere bens e recebe da receptora o equivalente em participação societária, sem precisar reduzir seu capital.

Há apenas uma operação contábil, substituindo-se contabilmente o registro dos bens pelo mesmo montante a título de participação no capital social da receptora, cujo capital foi subscrito e integralizado mediante a conferência daqueles mesmos bens.
(...)

Alguns poderiam pensar que o regime jurídico da cisão poderia se aplicar ao drop down, pois os efeitos dos dois institutos seriam equivalentes, mas isso é completamente falso.

A formação do capital da sociedade receptora do drop down obedece aos requisitos gerais atinentes à subscrição e integralização em bens de aumento de capital. Ao contrário do drop down- operação vertical-, a cisão prevê a divisão do capital social e a transferência de parcelas do patrimônio, o que significa a cessão do ativo e passivo da sociedade conferente.

Ademais, no drop down não são os acionistas da subscritora que recebem ações da sociedade receptora, mas a essa própria sociedade. Já na cisão- na qual a divisão de capital é essencial-, são os acionistas da receptora que recebem as ações emitidas, em conformidade com o § 5º. Do art. 229 da Lei Societária.

Na cisão, as ações integralizadas com parcelas do patrimônio de sociedade cindida serão atribuídas a seus

titulares, em substituição às extintas, na proporção das que possuíam. Por sua vez, no drop down não há divisão do capital, nem alteração da titularidade. Subjetiva das ações. De fato, permanece o mesmo quadro acionário, sem alteração do capital social, do qual continuam a participar os mesmos acionistas nas mesmas proporções anteriores.

(...)

Desse modo, aplicam-se ao drop down as regras gerais do Código Civil e da Lei Societária em matéria de transmissão de direitos e obrigações. Assim, responde a sociedade cedente pelas atividades iniciadas e concluídas antes da realização da operação; enquanto a sociedade receptora responde pelas atividades iniciadas e concluídas após a realização da operação. Por outro lado, ambas as sociedades respondem, proporcionalmente ao montante de suas obrigações, pelas atividades iniciadas antes da operação e concluídas depois desta.¹

Por outra ótica, vale lembrar que o Código Civil admite a integralização do capital social das sociedades limitada com dinheiro, bens e direitos, desde que suscetíveis de avaliação monetária, conforme estabelecido no art. 977, III, do Código Civil:

Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

(...)

III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;

Ademais, há previsão expressa no Manual de Registro da Sociedade Limitada, aprovado pela IN DREI nº. 81/2020, alterado pela IN DREI nº. 55/2021, itens 4.2 e 4.3.4, do Capítulo II, Seção I:

4.2. CAPITAL SOCIAL

O capital da sociedade deve ser expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária.

4.3.4. Integralização com bens

¹ CARVALHOSA, Modesto In: CARVALHOSA, Modesto e KUYVEN, Fernando. Sociedades anônimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Vol. III. p. 1.009/1.010

Poderão ser utilizados para integralização de capital quaisquer bens, desde que suscetíveis de avaliação em dinheiro.

Nesse contexto, e diante do fato de que as Juntas Comerciais não devem ingressar em discussões sobre questões controvertidas, conforme se depreende do disposto no art. 40 da Lei nº. 8.934/94, e que todos os sócios concordaram com a integralização do capital com conhecimentos específicos sobre um ramo de atividade da empresa, entende-se que essa questão não deve ser analisada no caso em tela.

No entendimento de Rubens Requião, as Juntas Comerciais realizam o exame formal dos atos societários e documentos submetidos ao Registro, não podendo adentrar na esfera do direito privado dos sócios ou da sociedade:

É preciso compreender que no exercício dessas atribuições as Juntas Comerciais funcionam como tribunal administrativo, pois examinam previamente todos os documentos levados a registro. Mas essa função não é jurisdicional, pois as Juntas possuem apenas competência para o exame formal desses atos e documentos.

(...)

O que podem as Juntas fazer, pois escapa à sua competência, é examinar problemas inerentes e próprios ao direito pessoal dos que participam de tais atos, pois isso constituiria invasão da competência do Poder Judiciário. Essa matéria, que não deixa de ser sutil, já foi objeto de debate judicial, tendo nossos juízes recolocando as Juntas Comerciais nos limites de sua competência administrativa.

(...)

Assim é que se deve entender a competência das Juntas Comerciais. Não podem os vogais se arrogar à posição de magistrados para decidir problemas de interesse privado das partes que comparecem nos instrumentos levados a registro. A validade do documento, que cumpre às Juntas comerciais examinar, na verdade, nada tem que ver com a validade ou invalidade das decisões tomadas pelas partes, no exercício de seus direitos privados.²

2 REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

No que concerne à atuação das Juntas Comerciais, José Edwaldo Tavares Borba sustenta que o registro de empresas somente pode considerar a ilegalidade manifesta do ato, de forma que as questões interpretativas ou baseadas em entendimentos doutrinários ou jurisprudenciais devem ser analisadas pelo Poder Judiciário:

O registro de empresas desempenha atribuições específicas de controle da legalidade (art. 97 da Lei nº. 6.404/76, e art. 35, I, da Lei nº. 8.934/94), cabendo-lhe promover um esforço de saneamento das irregularidades ocorrentes. Gudesteu Pires, com a precisão que o caracteriza, chamou esse mister do registro de empresas de “alimpação de nulidades”.

De qualquer sorte, deve-se acentuar que a ilegalidade a ser considerada pelo registro de empresas é apenas a ilegalidade manifesta. Sempre que a matéria envolva controvérsias de natureza interpretativa, dependentes de construções doutrinárias ou jurisprudenciais, a questão se desloca naturalmente para o âmbito do Poder Judiciário, ao qual cabe dirimir os conflitos de interesses. Igualmente refogem às atribuições do registro de empresas os conflitos atinentes ao mérito das decisões tomadas, posto que não lhe compete deliberar a respeito do acerto ou desacerto das decisões tomadas em assembleia, mas apenas quanto ao conflito frontal entre o ato ou deliberações adotados e a lei, considerada esta segundo a interpretação assente.³

Observe-se que, de acordo com recentes Decisões de Recurso do DREI,⁴ o exame de tais questões extrapolaria a competência da Junta Comercial, a qual estaria adstrita à análise das formalidades essenciais e legais dos atos trazidos a registro, não podendo adentrar em discussão sobre questões controvertidas ou de vícios não manifestos. Segundo o entendimento do DREI, careceria competência às Juntas Comerciais para a apreciação do mérito dos atos societários, haja vista

vol. 1. p. 107.

3 BORBA, José Edwaldo Tavares Borba. Direito Societário. 15 ed. São Paulo: Atlas2017. p 228/229.

4 Cf. Recurso ao Ministro nº 14021.114200/2019-23; Recurso ao Ministro nº 19974.101124/2019-41; e Recurso ao Ministro nº 19974.100219/2019-47. Disponíveis em: <http://www.mdic.gov.br/index.php/micro-e-pequenas-empresa/drei/decretos-drei-2>.

que seria “vedado indagar das causas que envolvem interesses próprios de sócios ou acionistas”.

Dessa forma, conclui-se que não há impedimento legal à realização do “Drop Down”, devendo-se aplicar ao caso as regras que possibilitam a integralização do capital social de uma sociedade com bens e direitos.

III – CONCLUSÃO

Do exposto, opina-se pelo prosseguimento na análise do pedido de registro em relação às demais formalidades exigidas em lei.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 2021.

JOSÉ A. CEREZOLI
Profissional Superior de Registro de Empresas da JUCERJA.
ID.: 4326005-5

Revista Brasileira de Direito Societário e Registro Empresarial

Nº 3

Coordenação:

Teresa Cristina G. Pantoja (RJ)

Helisia C. Góes (AP)

José A. Cerezoli (RJ)

Conselho Editorial:

Anderson Rodrigues da Silva (SP)

André Luiz Santa Cruz Ramos (DF)

Armando Rovai (SP)

Carlos Martins Neto (RJ)

Carolina Gedeon (RJ)

Cássia Mizusaki Funada (RO)

Cássio Cavalli (SP)

Celso Mogioni (SP)

Eduardo Rodrigues Junior (RJ)

Fábio Ulhoa Coelho (SP)

João Ricardo Coelho (PB)

Marcelo Vieira von Adamek (SP)

Márcio Guimarães (RJ)

Marcus Pereira (PR)

Maurício Moreira M. de Menezes (RJ)

Paulo Sérgio Mazzardo (RS)

Ronald Sharp Jr. (RJ)

Sérgio Campinho (RJ)

Realização:



Apoio:

