

Nº 1 ANO 1

JANEIRO-JUNHO 2020
PUBLICAÇÃO SEMESTRAL

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO SOCIETÁRIO E REGISTRO EMPRESARIAL

Nº 1 ANO 1

JANEIRO-JUNHO 2020
PUBLICAÇÃO SEMESTRAL

**REVISTA BRASILEIRA DE
DIREITO SOCIETÁRIO E
REGISTRO EMPRESARIAL**

Nº 1 ANO 1

JANEIRO-JUNHO 2020
PUBLICAÇÃO SEMESTRAL

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO SOCIETÁRIO E REGISTRO EMPRESARIAL

Realização:



A2 | soluções inteligentes

Apoio:

RUYZ ALCÂNTARA FILHO
ADVOGADOS

PANTOJA ADVOGADOS

MAZZARDO & COELHO
ADVOGADOS ASSOCIADOS

desde 1986

A stylized, handwritten-style signature of the letter "H" in a dark, elegant font.

HUMBERTO LOPES CAVALCANTE
ADVOCACIA

LCM
LEITE CARDOSO & MELO
ADVOGADOS

Nº 1 ANO 1

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.....	7
1-As decisões arbitrais frente aos registros públicos.....	13
<i>Asdrubal Franco Nascimbeni</i>	
2-A digitalização do direito societário no Brasil.....	49
<i>José A. Cerezoli</i>	
3-A instrução normativa 81/2020 e a data-base do balanço em reorganizações societárias.....	85
<i>Gustavo Massaini Poggio</i>	
4-A escolha do tipo jurídico para um pequeno empreendimento.....	99
<i>Breno Cardoso</i>	
5-A responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas em caso de violação à lei geral de proteção de dados (LGPD).....	127
<i>Miguel Pedro Alves da Paz</i>	
6-Investimento-anjo no Brasil: uma análise sobre as vantagens e desvantagens de sua adoção no financiamento de atividades econômicas.....	151
<i>Allan Nascimento Turano</i>	
7-O drop down como instrumento de reorganização societária no direito brasileiro.....	173
<i>Carolina Barboza da Silva</i>	
8-Tratamento de dados pessoais pelo poder público: uma análise da aplicação da lgpd no registro empresarial.....	191
<i>William Lima Rocha</i>	
9- Parecer Jurídico O conflito aparente de normas e o reconhecimento de firma no registro empresarial.....	225
<i>Cezar Roberto Perassoli Cardoso</i>	
10-Publicações Societárias obrigatórias.....	235
<i>Prof. Dr. Armando Luiz Rovai</i>	

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Revista brasileira de direito societário e registro empresarial :

nº 1 : ano 1 / organização IBREmp. -- 1. ed. --

Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Registro Empresarial, 2021.

"Janeiro-Junho 2020 : publicação semestral"

ISBN 978-65-993611-0-4

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 2. Direito societário

1. Brasil : Direito societário 34:338(81)

21-54921 CDU-34:338(81)

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

APRESENTAÇÃO



Apresentação

Presentation

É com muito prazer que apresento esta primeira Revista do Instituto Brasileiro de Registro Empresarial – IBREmp.

O Registro de Empresas é atividade essencial para o desenvolvimento econômico do País; em meio a multiplicidade de órgãos federais, estaduais e municipais dedicados ao fomento da atividade empresarial, sem dúvida o papel mais relevante é exercido pelas tradicionais *Juntas Comerciais* que - em todos os Estados do Brasil, inclusive no Distrito Federal - e de modo cada vez mais eficiente, desempenham essa atividade.

Ao redor do mundo, há muitos órgãos que efetivam o registro dos empresários individuais e das sociedades empresárias. As distinções entre os mecanismos de funcionamento desses entes são inúmeras: ditadas, na maior parte das ocasiões, pelo grau de desenvolvimento econômico do país em questão, assim como pelo nível de liberdade de iniciativa existente e ainda pelo sistema jurídico adotado.

O Brasil, como se sabe, tem um sistema jurídico de origem romano-germânica-canônica. Vale dizer, prevalecem alguns princípios do Direito Romano clássico, modificados pelo Direito Alemão e temperados pelo Direito Canônico - da Igreja Católica. Nesse caldo de cultura, ferve uma sociedade inquieta, que busca uma situação igualitária e simultaneamente plural, em que a livre iniciativa econômica é preceito constitucional, premissa fundamental para a ordem jurídica.

Desde seus primórdios, a vida no Brasil enquanto colônia foi regida pelas Ordenações Portuguesas. A atividade comercial e empresarial, por sua vez, vinha, desde a Idade Média, sendo prerrogativa de poucos: somente daqueles que se inscrevessem como exercentes da atividade negocial, nos antigos registros das corporações e nos *Tribunais do Comércio*, tinham a possibilidade de legitimamente exercerem essa atividade.

Como é de sabença comum, foi o Iluminismo - e a conseqüente e gradual erudição dos monarcas europeus - que veio a conter a crescente autonomia política e econômica dos comerciantes, com suas guildas e forças militares. Com as grandes expedições marítimas, o poderio dos comerciantes cresceu tanto, que os reis - então absolutistas e que se reputavam titulares de legitimação divina - se viram compelidos a refrear a liberdade dos comerciantes e suas associações, determinando a extinção dos antigos *Tribunais do Comércio*, submetendo todos à sua jurisdição

real. Pois também no Brasil houve repercussões desse movimento de centralização do poder político e econômico. Não se precisa tratar dessa evolução, já bastante conhecida. Contudo, os antigos Tribunais do Comércio se transformaram nas *Juntas Comerciais*.

A importância das Juntas Comerciais para o desenvolvimento econômico do País é muito grande. Delas dependem os registros dos atos formais dos comerciantes e empresários, e a supervisão e fiscalização dos chamados *Agentes Auxiliares do Comércio* – leiloeiros públicos e tradutores juramentados.

Em diversos países, as atividades registrais do mundo empresarial são delegadas pelo Poder Público a entidades especializadas. Não é tarefa simples, estabelecer normas comuns, sem todavia restringir o ímpeto criativo e dinâmico dos empresários: usualmente, criar normas é atribuição do Poder Legislativo. Sua aplicação, contudo, incumbe às *Juntas Comerciais*: no Brasil, elas operam sob a coordenação técnica de órgão federal, o DREI – Departamento de Registro Empresarial e Integração.

É sem dúvida importante que, a despeito das desigualdades sociais e econômicas regionais, haja uma centralização e uma uniformidade nos procedimentos de registro. Tudo no sentido de instaurar a segurança jurídica, tanto para os investidores, como para os entes tributantes e para o público em geral.

Conforme o sistema jurídico adotado em cada nação, pode ser delegada a atividade registral a uma *Câmara de Comércio* – como por exemplo na Colômbia, na Itália – ou até mesmo a uma *estrutura notarial*, como na Espanha e na França.

No Reino Unido, por exemplo, o titular da *Companies House* pode até decretar administrativamente a suspensão do funcionamento – e eventualmente a falência – de determinada sociedade empresária que tenha muitas dívidas e seja incapaz de quitá-las, ou que haja sido omissa em sua obrigação de renovar anualmente sua licença para funcionar como tal.

A proposta desta Revista – cuja circulação ora se inicia – é familiarizar a seu leitor com distintos sistemas registrais – além das especificidades das Juntas Comerciais – ao mesmo tempo em que tratará também de aspectos interessantes do próprio Direito Societário e do Direito Empresarial como um todo.

Seus autores – e editores – são estudiosos do Direito Societário e Empresarial, e certamente é com grande satisfação que oferecem a outros estudiosos dos temas, suas contribuições. No Brasil, as Juntas Comerciais

são dos poucos órgãos oficiais *de relevância constitucional* – aliás, como o Tribunal do Júri – e é muito importante a participação popular na composição de seu órgão deliberativo máximo, o Colégio de Vogais.

Nem tudo, em matéria de registro, é decisão fria, baseada na letra da lei. Até porque, infelizmente nem sempre a lei vem redigida com clareza. Para administrar com justeza um Registro de Empresas, é preciso haver a contribuição séria e dedicada não apenas dos Servidores dessas Casas, mas também dos representantes de classe – como a Federação do Comércio, a Federação das Indústrias, a Seccional da OAB, os Conselhos Profissionais de Contadores, Administradores e Economistas – e dos próprios empresários, para que se obtenha a rapidez na tomada de decisões e se aceite a criatividade e o dinamismo do próprio empresariado.

No conhecido estudo denominado *Doing Business*, os técnicos do Banco Mundial levantam anualmente estatísticas em diversos países, entre outros temas, sobre a celeridade das providências para implantar um negócio – considerada um importante indicador da receptividade do referido país para os investimentos estrangeiros e também nacionais.

O Brasil, lamentavelmente, tem sido classificado não como um sistema que facilita o ingresso de investimentos, mas como um sistema burocrático, cheio de dificuldades talvez desnecessárias. Eliminá-las, aos olhos do mundo, é tarefa nobre e importante, uma vez que nosso País tem muitas riquezas naturais e se presta a receber investimentos que, devidamente registrados e tributados, possam contribuir para seu desenvolvimento econômico e social de sua população.

Um dos objetivos ambiciosos desta Revista é, também, contribuir para deixar mais claras as normas incidentes sobre o universo da prática empresarial, na expectativa de colaborar com o desenvolvimento de nosso País.

Com estas singelas palavras, apresento aos leitores o primeiro exemplar da Revista do IBREmp e espero que a respectiva leitura lhes seja agradável e benéfica.

Rio de Janeiro, 30 de dezembro de 2020.

Teresa Cristina G. Pantoja

Professora doutora, Direito Societário e Empresarial, PUC-Rio desde 1986 Professora da Pós-graduação em Direito Empresarial da FGV (1980-1990)
Ex- Vice Presidente e Corregedora da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro (1987-1991, 2009-2012, 2012-2015)

1 AS DECISÕES ARBITRAIS FRENTE AOS REGISTROS PÚBLICOS

ASDRUBAL FRANCO NASCIBENI

Advogado. Bacharel em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Processual Civil, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito das Relações Econômicas Internacionais, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

AS DECISÕES ARBITRAIS FRENTE AOS REGISTROS PÚBLICOS

Asdrubal Franco Nascimbeni

Resumo

O presente artigo pretende demonstrar que a diferença de entendimento quanto à possibilidade de os registros públicos cumprirem diretamente as decisões proferidas em processos arbitrais acaba refletindo de forma negativa na própria economia do país, além de causar insegurança jurídica, especialmente por tornar necessário o apoio do Poder Judiciário para a efetividade dessas decisões. Tal providência, em muitos casos, não deveria ser necessária, em vista do caráter jurisdicional das decisões proferidas pelos árbitros, as quais deveriam ser cumpridas por esses terceiros, mesmo não sendo, eles, parte do respectivo processo arbitral. Objetivamos, assim, contribuir para o estabelecimento de uma cultura de aceitação plena da arbitragem, em especial, por parte dos registradores públicos, mediante a divulgação do conteúdo do “Enunciado n. 9”, da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, e por meio das experiências bem sucedidas no Equador e especialmente no Peru, quanto ao tema.

Palavras-chave: Arbitragem. Registros públicos. Registro de imóveis. Junta comercial. Meios alternativos de solução de conflitos (MASC).

Abstract

This article intends to demonstrate that the difference in understanding as to the possibility of public registries directly comply with decisions rendered in arbitration proceedings reflect negatively on the country's own economy, in addition to causing legal uncertainty, especially because it requires the support of the State Courts for the effectiveness of these awards. Such support, in many cases, should not be necessary, in view of the jurisdictional nature of the arbitrators' awards, which should be complied with by these third parties, even though they are not part of the respective arbitration process. Thus, we aim to contribute to the establishment of a culture of full acceptance of arbitration, in particular, by public registrars, through the dissemination of the content of “Statement n. 9”, of the “1st Journey of Prevention and Extrajudicial Settlement of Disputes”, and through the successful experiences in Ecuador and especially in Peru, on this subject.

Keywords: Arbitration. Public registration. Real estate registrate offices. Company registration. Alternative dispute resolution (ADR).

1 Introdução

A diferença de entendimento quanto a determinados temas jurídicos acaba refletindo de forma negativa na própria economia de um país, em razão de não debelar, plenamente, certos conflitos levados à apreciação jurisdicional. Isso porque, aquilo que a doutrina, há muito tempo, intitulou *pacificação social*¹, só ocorre se as tutelas jurisdicionais proferidas pela autoridade competente propiciarem total efetividade, debelando, enfim, a crise instalada entre as partes litigantes.

Como já dissemos antes², uma das situações que vem ocorrendo com significativa frequência é aquela em que os serviços de registros públicos não dão efetivo cumprimento (isto é, de maneira direta), às decisões provindas dos juízos arbitrais³

Com isso, macula-se a efetividade desses procedimentos arbitrais, os quais, apesar de intenso crescimento nos últimos anos⁴, e não obstante

1 Cândido Rangel Dinamarco, desde a primeira edição da sua clássica obra, **A instrumentalidade do processo**, analisa o sistema processual a partir dos resultados que se esperam do processo, em prol dos destinatários do exercício da jurisdição e da sociedade, como um todo. Com isso, passou a indicar diversos objetivos e variados escopos a serem atingidos pela jurisdição. Isto é, não só de natureza jurídica, mas também de ordem social e política, deixando de se entender por suficiente o estudo do processo como mero instrumento do direito material, passando à consideração de outros fins, nos planos ético, social e político. E é dentro desse escopo social da jurisdição que está a necessidade de se alcançar a pacificação com justiça. Discípulo de Dinamarco, Jose Roberto dos Santos Bedaque também escreveu sobre o tema. Para Bedaque, o processo é a regulamentação do método de solução de conflitos que se dedica “a possibilitar que o resultado da atividade estatal contribua decisivamente para a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, a eliminação dos litígios e a pacificação social” – In: BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e a técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 18.

2 Como, por exemplo, em: A relutância dos registros públicos em acatarem as decisões arbitrais. In: **Direito internacional e arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Cláudio Finkelstein**. CASADO FILHO, Napoleão; QUINTÃO, Luísa; SIMÃO, Camila (Org.). São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 509-520.

3 Mais comumente, isso acontece com os serviços de registros públicos situados em cidades com menor expressão econômica, pouco habituados em receber, para análise e cumprimento, decisões provindas do juízo arbitral – diferentemente, pois, da maneira como costumam proceder, quanto às determinações provindas dos juizes togados.

4 “Em 2016, os 249 casos levados às principais câmaras arbitrais brasileiras envolveram R\$ 24 bilhões. Um ano antes foram 222 disputas arbitrais, totalizando R\$ 10,7 bilhões. Os dados são de uma pesquisa elaborada por Selma Lemes, pela Fundação Getúlio Vargas. In: **O Estado de S. Paulo**, 12.06.2017. E, entre essas principais câmaras, o número de demandas arbitrais alcançou a marca de 333 processos em 2017. Outra das consequências de uma certa – e ainda tímida – “popularização” da arbitragem é a queda nos valores em disputa. Em 2017, o valor médio das ações foi de R\$ 84,5 milhões (47% menor que em 2016). In: **Revista Consultor Jurídico**, 12 mar. 2018. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2018-mar-12/numero-processos-camaras-arbitragem-dobra-](https://www.conjur.com.br/2018-mar-12/numero-processos-camaras-arbitragem-dobra)

o seu caráter indiscutivelmente jurisdicional (em especial por terem as suas decisões equiparadas, por lei, àquelas prolatadas pelo Estado-juiz⁵), tornam necessário às partes que nele litigam terem que se valer do apoio do Poder Judiciário, a partir de requerimento formulado pelos árbitros ao juízo competente, via “carta arbitral”⁶, ou – o que é ainda pior – por meio do ajuizamento de ação de cumprimento de sentença arbitral para que, enfim, as medidas sejam efetivadas⁷ (e, mesmo para o apoio do Judiciário, para a fase pós-arbitral, entendemos que ela seja

-anos> Acesso em: 07 mar. 2020. E, mesmo com a queda do valor médio do litígio, o maior número de demandas fez com que aumentasse a soma dos valores totais em disputa: nas seis maiores câmaras de arbitragem do país, quase R\$ 90 bilhões em litígios foram resolvidos por arbitragem em 2018 (37% a mais que em 2017). In: **Revista Exame**. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/revistaexame/uabrigaeonossonegocio/?fbclid=IwAR2oHKvCS1oNvt-JxQD_WoX81OWpPn8DKrGTaeVokvM9whkcaCAoJAlaNFy8>. Acesso em: 03 mar. 2019. Com isso, o Brasil passou a ser o 5º país com maior número de partes envolvidas em arbitragem, segundo o ranking da ICC, de 2016. In: **Informativo JOTA**, 19 set. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/consenso/brasil-e-o-5o-pais-que-mais-utiliza-arbitragem-no-mundo-19092017>>. Acesso em: 08 mar. 2020. O aumento das demandas arbitrais, nesses últimos anos, decorre também das alterações realizadas na LArb, pela Lei n. 13.129/2015, que passou a prever a possibilidade da utilização da arbitragem para os casos envolvendo a administração pública (inclusão dos §§ 1º e 2º, ao art. 1º; § 3º ao art. 2º, da LArb), e também certos conflitos de natureza trabalhista, nos termos da Lei n. 13.467/2017, que incluiu na CLT o art. 507-A. Além dessas mudanças na lei federal, outras tantas normas em níveis municipais e estaduais ampliaram as possibilidades do uso da arbitragem para dirimir conflitos com a administração pública.

5 Conforme interpretação conjunta dos arts. 18 e 31, da nossa Lei de Arbitragem - LArb (Lei n. 9.307/96). Assim, se, tempos atrás, duvidava-se que a arbitragem possuía natureza de jurisdição, atualmente isso praticamente não se discute, sendo aceito, majoritariamente, que existe jurisdição dissociada do Judiciário.

6 A carta arbitral foi introduzida à LArb com as modificações realizadas por meio da Lei n. 13.129/2015, que incluiu o art. 22-C ao texto normativo de regência da matéria: “Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem”. No CPC/2015 a carta arbitral está prevista em diversos dispositivos, como: art. 69, § 1º; art. 189, IV; 237, IV; art. 260, § 3º e art. 267. Sobre o tema, v. FINKELSTEIN, Cláudio. A Carta arbitral na nova alteração à Lei de Arbitragem e no novo Código de Processo Civil. 20 anos da Lei Brasileira de Arbitragem. NASCIMBENI, Asdrubal Franco; MUNIZ, Joaquim de Paiva; RANZOLIN, Ricardo Borges (Coord.). Brasília: CFOAB, 2015, p. 103-114.

7 Em nossos estudos, publicados na obra **Cumprimento das decisões arbitrais – estudos para aprimoramento do sistema**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, relatamos também demandas judiciais de outra natureza, como Mandados de Segurança contra atos de autoridades que se negavam a cumprir as determinações dos árbitros.

modificada e reduzida, possibilitando que a arbitragem se prolongue, com a prática de atos posteriores à sentença, pelos próprios árbitros⁸).

Impor à parte vencedora a necessidade da prática desses atos é um contrassenso, afinal, em muitos desses casos, esses terceiros – os registradores públicos –, pelo caráter jurisdicional das decisões arbitrais, deveriam acatá-las e cumpri-las, de maneira direta, pois não há, comumente, justificativas plausíveis para as recusas (tais negativas, muitas vezes, fundam-se no mero receio nesses operadores do direito, pelo desconhecimento da natureza jurisdicional da arbitragem).

É preciso, pois, maior divulgação do instituto da arbitragem, pois tanto o Registro Civil de Pessoas Jurídicas (RCPJ), como as Juntas Comerciais, e ainda os Registros de Imóveis, possuem enorme relevância para a atividade empresarial brasileira – trazendo, por consequência, reflexos indiscutíveis nas chamadas arbitragens comerciais, já que muitos dos atos decorrentes dos processos arbitrais terão que ser levados para as devidas anotações junto a esses serviços.

Mister se faz, portanto, estabelecer uma cultura de aceitação plena da arbitragem, possibilitando, para certos casos, a comunicação direta entre os árbitros e terceiros, para que eles deem cumprimento à determinação provinda da arbitragem, evitando que o Judiciário tenha que se envolver.

Para tanto, trataremos, brevemente, no item seguinte, dos serviços de registros públicos existentes em nosso país, a fim de demonstrarmos a sua efetiva relevância para a concretização de negócios jurídicos e, ainda, a necessária unicidade de interpretação do tema objeto deste nosso artigo, para propiciar maior segurança jurídica à sociedade, como um todo.

Depois, trataremos ao leitor o conteúdo do “Enunciado n. 9”, da *I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*, o qual possui bastante importância para o tema aqui abordado. Sequencialmente, trataremos dois bons exemplos de países próximos a nós (Peru e Equador), para, então, apresentarmos as nossas conclusões.

2 Os serviços de registros públicos no Brasil

Os serviços de registros públicos estão previstos no art. 236, da CF/1988, o qual estabelece tratar-se de atividades estatais, porém

8 É o que defendemos em nossa tese de doutoramento junto à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), em 2019, com nota máxima e aprovação unânime – tese essa que, ainda em 2019, foi publicada pela Editora Lumen Juris, conforme acabamos de mencionar acima.

exercidas de forma privada (isto é, por meio de particulares, delegados pelo Poder Público). Os titulares devem ser profissionais de Direito, concursados e, ao assumirem a função, passam a ser dotados de fé pública⁹.

Ao delegar a pessoas privadas o exercício dessas atividades e, ao regular a prestação desses serviços por meio de lei, o poder público as afasta da livre iniciativa e, também, do campo da livre concorrência, por submetê-las, na outorga das respectivas delegações, a concursos públicos de provas e de títulos.

Ainda que essas funções não sejam conceituadas como um serviço público em sentido estrito, sem dúvida – como recém afirmamos – exercem os notários e os registradores nobre função pública, afinal, por meio deles, o Estado intervém nos atos ou negócios da vida privada, com o objetivo de conferir-lhes certeza e eficácia, propiciando segurança jurídica e social.

Entre aqueles considerados titulares dos serviços de registros, são de se destacar, em razão do objeto de nosso texto, os oficiais de registro de títulos e documentos, os oficiais de registros civis de pessoas jurídicas (RCPJ) e, também, os oficiais de registro de imóveis¹⁰.

Além destes, também é preciso ressaltar os responsáveis pelos registros públicos de empresas mercantis, os quais ficam a cargo das Juntas Comerciais dos Estados e do Distrito Federal (conforme regência da Lei n. 8.934/1994, regulamentada pouco tempo depois, pelo Decreto n. 1.800/1996), as quais têm por atividade principal a de realizar os assentamentos relativos aos empresários.

A obrigatoriedade do registro no RCPJ, ou nas Juntas Comerciais, garante a regularidade e a personalidade jurídica às pessoas jurídicas;

9 Art. 236, CF/1988: “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. § 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário. § 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro”. E a lei que regulamentou tais serviços, referida no § 1º, do art. 236 ora transcrito, é a Lei n. 8.935/1994.

10 O registro civil das pessoas jurídicas está atrelado ao registro de títulos e documentos, conforme o inciso II, do art. 2º, da Lei de Registros Públicos (LRP - Lei n. 6.015/1973), sendo que este último tem atribuição bem ampla, por efetuar, v.g., registros relacionados a contratos de compra e venda (com, ou sem, reserva de domínio), de alienação fiduciária de veículos ou mesmo de máquinas, assim como contratos de locação, de prestação de serviços; de documentos decorrentes de cauções ou depósitos, como garantia de obrigações contratuais cartas de fiança, em geral, além dos documentos estrangeiros, acompanhados das respectivas traduções juramentadas, para validade.

a natureza (civil ou empresarial) do ente em questão e, ainda, faz com que essas pessoas jurídicas possam ser reconhecidas e também possam praticar atos que produzam efeitos perante terceiros, a partir das anotações (*lato sensu*), desses atos.

Como efeitos relevantes desses registros, podemos destacar aqueles de natureza: pessoal (com o registro, surge uma nova pessoa, distinta das pessoas naturais de seus componentes); patrimonial (o patrimônio da pessoa jurídica não deve se confundir com o dos seus integrantes – com algumas poucas exceções, em razão do tipo societário adotado, ou da desconsideração judicial da personalidade jurídica); obrigacional (que indica que as obrigações assumidas pela pessoa jurídica somente a ela dizem respeito) e processual (no âmbito de um processo, administrativo ou judicial, em que a pessoa jurídica é parte, cabe a ela assumir tal condição, e não os seus integrantes).

Ademais, os atos realizados nos registros públicos, em geral, objetivam garantir a publicidade (tornar público determinados atos praticados, para que terceiros tenham deles conhecimento), a autenticidade (o ato registrado passa à presunção de verdadeiro), a segurança jurídica (os atos registrados asseguram direitos) e, por fim, a eficácia perante a terceiros (produzindo efeitos no mundo jurídico, *erga omnes*). As sociedades simples¹¹ devem ter seus registros realizados no RCPJ. A responsabilidade de esses órgãos registrarem as sociedades, fundações e partidos políticos, entre outros, encontra-se disposta no Capítulo II, da Lei de Registros Públicos (LRP), arts. 120 e 121.

Já, para o exercício regular da atividade empresarial, é necessário o registro específico e correspondente, que será, justamente, a inscrição do empresário no registro público de empresas mercantis (arts. 967 e 1.150, do CC/2002), previsão essa que já constava da Lei n. 8.934/1994, a qual, para regular tais registros e outras funções das atividades empresariais, determinou a criação do o Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis do Comércio (SINREM), tendo como órgão central o Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI), o qual possui, entre as suas principais funções, as de supervisionar, orientar e

11 Sociedades que tenham objeto civil são consideradas simples (art. 982, *caput*, CC/2002). Nessas, a atividade econômica é exercida, ordinariamente, pelos próprios sócios, surgindo daí uma vinculação entre eles e a atividade – exceto, se tiverem “por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro”, restritas, as hipóteses, de forma vinculada, àquelas atividades meramente organizacionais dos meios de produção (art. 966, CC/2002).

também de estabelecer normas, no plano técnico – e, supletivamente, no plano administrativo.

Em cada um dos Estados federativos e, também, no Distrito Federal, existem as Juntas Comerciais, subordinadas tecnicamente ao DREI, às quais são atribuídas funções de execução e administração dos serviços de registro empresarial. É, pois, perante as Juntas Comerciais que os empresários individuais fazem as suas inscrições, bem como é onde as sociedades empresárias arquivam seus contratos sociais e registram as principais alterações ocorridas¹².

Os Oficiais de Registro de Títulos e Documentos e, em especial, os de Registro de Imóveis também praticam atos de suma relevância, essenciais para a nossa economia, afinal, em apertada síntese, pode-se dizer que esses últimos possuem as atribuições de abrir e atualizar a matrícula de um imóvel, na qual serão registrados e averbados os principais atos que tenham relação com o respectivo bem. Tais serviços possuem, assim, ampla função informativa da situação dos imóveis localizados dentro do território pelo qual os respectivos registros respondem.

Nota-se, pois, a enorme relevância dos RCPJ, das Juntas Comerciais e dos Registros de Imóveis para a atividade empresarial como um todo – o que, por conseguinte, reflete diretamente nas arbitragens comerciais, pois, muitos dos atos decorrentes dos processos arbitrais terão que ser levados para as devidas anotações (em sentido amplo) junto a esses serviços.

Não haver uma unicidade de entendimento quanto a se efetuar, de maneira direta, a anotação das decisões proferidas pelos árbitros pode acarretar profundos problemas de insegurança jurídica, com repercussões negativas, sociais e econômicas. É isso que muitos doutrinadores e, também praticantes da arbitragem, começam a notar.

Bom exemplo disso é a síntese esclarecedora elaborada por Cláudio Finkelstein e Armando Rovai, apontando, inclusive, as preocupações daqueles que militam na seara arbitral – e que, obviamente, reflete na sociedade como um todo, pois o número de procedimentos arbitrais, como acima dissemos, vem crescendo em nosso país, e as partes litigantes são, em geral, pessoas jurídicas, as quais, por conseguinte, dependem dos serviços de registro ora referidos:

12 Como o endereço, o capital e o seu objeto social, a modificação do quadro societário (entrada e retirada dos sócios das sociedades empresárias) e, ainda, a sua natureza jurídica – de empresário para sociedade limitada, ou o contrário.

Órgãos responsáveis pelo registro, ao serem comunicados de decisão arbitral com repercussão societária, devem averbá-las de imediato. Infelizmente, por parte de alguns dos órgãos administrativos responsáveis pela execução do registro societário, em algumas unidades da federação, ainda há dúvidas quanto ao imediato acatamento da decisão arbitral, que pode se dar no curso da arbitragem, em medidas acatatórias ou na sentença final, com decisão do mérito. Na prática, tal fenômeno ocorre por desconhecimento técnico das juntas, as quais, indevidamente, extrapolam suas atribuições originárias e legais que deveriam estar adstritas. Imiscuem-se, pois, em questões eminentemente de conteúdo societário, de mérito fático e jurídico, afrontando regras de direito, exercendo o incorreto controle material dos atos societários. Ora, esta não é uma observação nova, haja vista que em diversas outras oportunidades já salientamos neste mesmo espaço esse grave problema que gera insegurança jurídica para a atividade negocial. [...] Na realidade, os órgãos responsáveis pelo registro ao serem comunicados da existência de uma sentença arbitral com repercussões societárias devem averbá-las de imediato nos seus assentamentos, a fim de cumpri-la sem discussão de seu mérito. [...] Cumpra [...] evitar que os órgãos registrários exerçam o controle material dos atos societários, cuja atribuição, única e exclusivamente, é do Judiciário. [...] Enfim, não existe diferença quanto a eficácia da sentença proferida por um árbitro e aquela oriunda dos órgãos do Poder Judiciário, nos termos depreendidos na lei. Se extrai, portanto, que a Junta Comercial deve dar o mesmo tratamento às sentenças arbitrais que dá às judiciais. [...] Não cabe, portanto, às Juntas discutir o mérito de uma sentença. Se algum dos interessados ou prejudicados, como sócios, não concordarem com a sentença arbitral, deve ele (o sócio) ajuizar a competente ação anulatória, no prazo decadencial de 90 dias, conforme previsto na Lei de Arbitragem. Por fim, o que não parece ser possível é a negativa quanto ao cumprimento da sentença arbitral resolvendo questões societárias entre os sócios e as partes interessadas, já que somente o Poder Judiciário que possui competência para anular uma sentença arbitral¹³.

13 Finkelstein, Cláudio e ROVAI, Armando Luiz. **Cumprimento de sentença arbitral**, *Jornal Valor Econômico*, 25 de maio de 2017.

Não obstante a dificuldade no levantamento de dados, para melhor elucidar o conteúdo do texto (notadamente em razão de os processos arbitrais serem sigilosos, o que dificulta a pesquisa), é fato que a maioria dos referidos serviços de registro das sociedades empresárias, como bem ponderaram Finkelstein e Rovai, veem as arbitragens de forma distinta dos processos judiciais, o que implica, então, tratamento também diferente entre as determinações advindas do juízo arbitral e aquelas oriundas do Judiciário.

Na realidade, esses serviços de registros, ao receberem uma decisão arbitral para darem-lhe cumprimento, com muita frequência não a anotam (isto é, não as averbam ou registram) de imediato. Pior, até: muitas vezes entram inadvertidamente na discussão de seu mérito¹⁴, deixando de

14 Os atos constitutivos dessas pessoas jurídicas têm, por base, um instrumento público ou particular e, como regra geral, os atos apresentados a registro não precisam seguir uma forma especialmente prescrita em lei. Podem também, notadamente os atos de averbação, ser feitos em razão de títulos judiciais (os quais merecem qualificação tanto quanto os extrajudiciais e, para eles, o oficial registrador não deve entrar na avaliação do mérito da decisão proferida: deve apenas aferir os requisitos formais, estabelecidos em lei, para a sua efetivação). Contudo, isso com alguma frequência acontece, mas tem sido constantemente rechaçado, ao menos no Estado de São Paulo, onde o Conselho Superior da Magistratura assim se manifestou, citando, inclusive, precedentes semelhantes: “Registro de Imóveis – Formal de partilha – Apontamento de equívoco na ordem de sucessão – Limites da qualificação do oficial registrador – Recurso desprovido”. **Não obstante os títulos judiciais também possam ser objeto de qualificação, inclusive, negativa, o Oficial não pode ultrapassar a análise dos elementos extrínsecos a eles. Aqui, embora se louve o zelo do Oficial, ele ultrapassou os limites da qualificação, na medida em que adentrou em seara jurisdiccional.** [...] O Oficial, com fundamento nos artigos 1840 e 1843 do Código Civil, lembra que, na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos. [...] E isso foi verificado pelo Juízo do Inventário, ao homologá-la. O trânsito em julgado da sentença homologatória cobriu o deduzido e o dedutível. Ainda que se entenda que a renúncia, advinda do comparecimento da tia e concordância quanto a partilha, implique translação aos colaterais mais remotos, com consequente incidência de tributo, não é atribuição do Oficial impor sua cobrança. Tal tarefa cabe ao Fisco. **Não há como, na atividade administrativa, o Oficial afastar a decisão judicial, transitada em julgado. Trata-se de posição já assentada pelo Conselho Superior da Magistratura, como se vê, por exemplo, nas apelações n.º 0000434.2015.8.26.0439 e 0006128-03.2012.8.26.0362: “Louvável embora o zelo do registrador, verifica-se que, no caso, desbordou ele de seu poder-dever de qualificação, na medida em que, na esfera administrativa, tentou reabrir discussão acerca do que já fora objeto de decisão judicial transitada em julgado. Com efeito, se o Juízo da Família e das Sucessões adjudicou ao herdeiro..., não cabe ao registrador, sobrepondo-se ao entendimento judicial, recusar o ingresso do título [...] Precedente antigo deste Conselho Superior da Magistratura já apontava neste sentido: [...] (Ap. Civ. n.º 51.124.0/4-00, rel. Des. Nigro Conceição, j. 29.11.99). Mais recentemente, este Conselho [...] ratificou a impossibilidade de o registrador examinar o mérito da decisão judicial: “[...]” (Ap. Cível n.º 0001717-77.2013.8.26.0071, Rel. José Renato Nalini). Neste mesmo sentido [...] a Apelação Cível n.º 1025290-06.2014.8.26.0100 [...] O que não se permite é que a qualificação registrária reveja o mérito da sentença judicial**

perceber que não devem exercer o controle material dos atos societários praticados, cuja atribuição é única e exclusiva do poder jurisdicional de onde emanou a decisão – e, ressaltamos novamente, como não existe diferença quanto a produção de efeitos das sentenças proferida por um árbitro e daquelas oriundas dos órgãos do Poder Judiciário esses órgãos públicos deveriam dar-lhes, via de regra, o mesmo tratamento dispensado às sentenças judiciais¹⁵.

a. As Juntas Comerciais

Adiante, podemos ver alguns exemplos práticos, a partir de pesquisa realizada frente às Juntas Comerciais dos Estados do Rio de Janeiro, do Distrito Federal e de São Paulo:

- **Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro (JUCERJA)**

Em mais de uma oportunidade, a Procuradoria da JUCERJA manifestou-se sobre o assunto, entendendo pela inviabilidade de registro de sentença arbitral. É o que verificamos a partir da análise de elementos do processo administrativo n. 00.2014/282527-1.¹⁶

que já transitou em julgado”. Nesses termos, pelo meu voto, nego provimento ao recurso”. (Apelação n.º 1108424-91.2015.8.26.0100 – Manoel de Queiroz Pereira Calças. Corregedor Geral da Justiça e Relator - DJe 15.03.2017) – grifamos.

15 As Juntas Comerciais continuam não fazendo referência às decisões arbitrais em seus atos normativos internos – e isso, sem dúvida, atrapalha o cumprimento direto das decisões dos árbitros. É o que se vê, por exemplo, no “Manual de Registro da Sociedade Limitada”, divulgado em 2017 (e com pequenas alterações introduzidas pela IN n. 40, de 16 de abril de 2018) pelo DREI. Em seu item 10.2.5, não há referência alguma a decisões de natureza arbitral, mas apenas às “10.2.5. Decisões judiciais e administrativas”. O estabelecimento de convênios entre instituições arbitrais e outros órgãos, com indicação clara da documentação que precisaria ser apresentada para o cumprimento direto das decisões arbitrais, facilitaria essa comunicação em *linha reta*, sem precisar do Estado-juiz. Tais resoluções e convênios são muito comuns – e com resultados bastante satisfatórios – no Equador e no Peru, cujas legislações são bastante avançadas, permitindo a execução das decisões cautelares, ou mesmo dos laudos (sentenças) arbitrais, pelos próprios árbitros. Isso está disposto na lei peruana (Decreto Legislativo 1.071/2008.), em seu artigo 48, n. 1, o qual transcrevemos mais adiante, neste artigo, enquanto no Equador, a *Ley de Arbitraje y Mediación, Codificación de Ecuador – Registro Oficial n. 417, del 14.12.2006*, estabelece que, não somente os árbitros estão autorizados a conceder as medidas cautelares como, também, que eles podem executá-las, valendo-se até mesmo do auxílio de policiais, funcionários públicos e outros membros da administração pública, lotados onde se encontrarem os bens sujeitos à providência cautelar estabelecida na arbitragem, ou em qualquer lugar em que seja necessária a adoção das medidas (se assim as partes estipularem na convenção de arbitragem). Permissão similar se encontra no art. 9º, da lei equatoriana (mais adiante transcrito em nosso texto).

16 Como se nota, é fato que o parecer aponta outros problemas também, que inviabilizavam, naquele caso, o registro. Mas, fica claro que, ainda que tais problemas fossem sanados, mediante apresentação de documentos complementares, não poderia ser resolvido

Entende a Procuradoria que [...]. Além disso, sugere-se também, desde já, a intimação da SAGRI para que tenha ciência de que, segundo a opinião da Procuradoria, os documentos por elas apresentados não demonstram a liquidez da dívida, **considerando os termos da decisão arbitral** [...], de forma que deverão ser apresentados documentos adicionais, ou **tomadas as medidas judiciais que entender cabíveis para preservar o seu suposto direito, uma vez apenas o Poder Judiciário possui competência para dirimir conflito de interesse entre particulares**, diversamente da Junta Comercial, que analisa exclusivamente as formalidades legais dos atos apresentados para registro. [...] Rio de Janeiro, 09/02/2015 – Gustavo Tavares Borba – Procurador Regional JUCERJA. (grifos nossos).

A mesma Procuradoria, dessa vez no processo administrativo n. 00-2013/105152-0 (tendo por anexo o processo n. 00-2013/105155-5), manifestou-se, outra vez mais, pelo seu ilustre Procurador Regional à época, acerca da inviabilidade de registro de sentença arbitral, nos seguintes termos:

Parecer n. 124/2013 – JUCERJA-PRJ-GTB.

De acordo com o parecer precedente da Procuradoria acerca da matéria de 02/04/2008, lançado no processo 00-2008/042062-1 (cópia anexa), as decisões arbitrais não possuem poder de império, o que impõe que a execução de suas decisões depende do pronunciamento do Juízo que seria competente para a causa. Saliente-se que, como já exposto no parecer supra citado, o arquivamento da decisão serve apenas para conhecimento de terceiros, não tendo o poder de impedir a Junta Comercial de arquivar os atos societários da companhia. Dessa forma, conclui-se que a decisão arbitral não impede o arquivamento do ato sob análise.

Rio de Janeiro, 10 de abril de 2013 (grifos nossos).

O Parecer referido na manifestação acima da Procuradora, que teria sido lançado no processo n. 00-2008/042062-1, da mesma JUCERJA, é o que segue abaixo, em seus principais trechos, que ganharam nossos destaques:

Processo n. 00-2008/042062-1

o outro problema impeditivo, ou seja: a impossibilidade do registro de sentença arbitral.

Parecer Procuradoria JUCERJA¹⁷: ‘Liminar. Arbitragem. Art. 22, § 4º, da L. 9.307/96. Ausência de poder para execução. Necessidade de decisão judicial. Possibilidade como Ato de Interesse de Terceiros’.

À Presidência,

[...] Conforme consta do § 4º, do art. 22 da Lei 9.307/96 - citado na própria decisão arbitral -, a execução das medidas coercitivas ou cautelares devem ser requeridas pelos árbitros ao Poder Judiciário. Essa regra decorre do fato de os árbitros não possuírem poder de império, o que impõe que as execuções das suas decisões sejam realizadas através do juízo que seria competente para apreciação da causa. [...] Do exposto, não se afigura adequada a anotação no sistema da proibição de arquivamento solicitada, uma vez que essa providência não possuiria embasamento legal”. [...]

Gustavo Tavares Borba – Procurador Regional da JUCERJA (grifos nossos).

Nota-se, portanto, que o entendimento então prevalente, na JUCERJA, é da negativa do registro de sentenças arbitrais e, também, quanto a não admitir que medidas coercitivas, ou cautelares, proferidas pelos árbitros, que tenham caráter modificativo no registro de uma empresa, sejam diretamente registradas pelo órgão.

• Junta Comercial do Distrito Federal (JCDF)

Infelizmente, só tivemos acesso a um documento da Junta Comercial do Distrito Federal, envolvendo pedido de registro de sentença arbitral: trata-se do Ofício n. 2091/2017, de 15 de setembro de 2017, por meio do qual o Secretário-Geral da referida Junta deixou de averbar sentença arbitral para alterar o contrato social de uma sociedade empresária, indicando que – não obstante também faltar a indicação do número do CNPJ da empresa –, a modificação societária pretendida somente poderia ser realizada por meio de apresentação do competente “instrumento de alteração contratual” – ou seja, por meio do documento padrão,

17 Neste caso, o Procurador da JUCERJA, todavia, indicou que, quando muito, o referido serviço de registro público aceitaria que o árbitro ou a sociedade interessada viessem a requerer apenas o arquivamento do ato, para fins de ciência de terceiros interessados: “Entendo, contudo, que o árbitro e/ou a sociedade interessada poderão requerer o arquivamento do ato com fulcro no art. 7º, I, ‘a’, do Decreto 1800/96, uma vez que a decisão arbitral em tela certamente pode interessar a terceiros que se relacionam com a sociedade Matertrade, sendo adequado conferir publicidade ao ato”

ignorando, por completo, o conteúdo e o comando da sentença arbitral (decisão essa que, justamente, supria o desacordo entre as partes, que inviabilizara a assinatura de instrumento particular de alteração do contrato social).

- **Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP)**

A JUCESP vem mantendo entendimento bastante similar ao da JUCERJA, conforme se depreende da longa resposta fornecida pelo seu Presidente, em 30 de agosto de 2016, a título de informações, como autoridade coautora, nos autos do Mandado de Segurança, processo n. 0015535-21.2016.403.6100, que então tramitava perante a 10ª. Vara da Justiça Federal em São Paulo.

No referido processo, a impetrante argumentou que a JUCESP deixara de promover o arquivamento de sentença arbitral no prazo legal, e, por tal motivo, ingressou em juízo requerendo, liminarmente, a adoção das providências necessárias para o imediato arquivamento da sentença arbitral, devendo ser confirmada a medida, tornando-se-a definitiva, ao final do processo.

O pedido liminar foi deferido, tendo o magistrado federal determinado que a JUCESP arquivasse os requerimentos apresentados pela impetrante, desde que não houvesse outras inconsistências. Ou seja, o magistrado deixou claro que **apenas inconsistências** deveriam impedir o arquivamento, mas não o fato de a providência ter sido determinada, antes e de forma direta, pelo juízo arbitral.

Contudo, as informações da presidência da JUCESP deram conta que – apesar de, efetivamente, haver inconsistências –, não se podia acatar a determinação de arquivamento, proveniente do juízo arbitral. Por se tratar de ofício bastante extenso e versando sobre inúmeros pontos, transcreveremos apenas os de principal relevo, que guardam relação com o nosso estudo (alguns grifos são nossos, outros são originais):

a) Protocolado 1.050.441/16-3: Este protocolado se refere à primeira das sentenças arbitrais protocolizada pela impetrante (doc. 01). A referida sentença arbitral vem acompanhada de instrumento de alteração contratual visando adequar a ficha cadastral da impetrante aos termos da sentença arbitral perante o Registro Público Empresarial, porém, tal instrumento não contém as necessárias assinaturas. [...]

b) Protocolado 1.073.736/16-7: Trata este protocolado contendo pedido de arquivamento de sentença arbitral aditada para correção de informações numéricas [...]

Da impossibilidade de uma EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) ser constituída por pessoa jurídica. [...]

A Instrução Normativa DREI nº 10/2013, do Departamento de Registro Empresarial e Integração – DREI, [...] assim dispõe nos itens 1.2.10 e 1.2.11 de seu respectivo Manual o seguinte: (...) 1.2.11

- **IMPEDIMENTO PARA SER TITULAR. Não pode ser titular de EIRELI a pessoa jurídica, bem assim a pessoa natural impedida por norma constitucional ou por lei especial.**

Como se vê, dentro de sua competência legal normativa, entendeu o DREI que o EIRELI somente pode ser constituído por pessoa física, fazendo tal previsão nos itens 1.2.10 e 1.2.11 (acima transcritos) da Instrução Normativa nº 10/2013. [...]

Da impossibilidade legal de os efeitos da sentença arbitral alcançar terceiros. A Lei de arbitragem estabelece de forma expressa: ‘Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.’

Não pode, por óbvio, a sentença arbitral criar para a JUCESP (terceiro, que não é parte no processo arbitral) obrigação de praticar qualquer ato que não se encontra estritamente dentro dos parâmetros legais autorizadores do arquivamento.

Ademais, a sentença arbitral não supre ou substitui o cumprimento dos requisitos e exigências legais e regulamentares autorizadores do arquivamento, tal como o preenchimento de DBE (Documento Básico de Entrada), requerimento-capa, instrumento de alteração contratual firmado pelas partes capazes, etc. [...]

Nota-se, portanto, que a JUCESP indicou a falta de alguns documentos que impossibilitariam o registro da sentença arbitral pretendida pela parte que a apresentou, assim como o de que pessoas jurídicas não poderiam compor o quadro societário de uma Eireli – argumento esse que, atualmente, já teria caído por terra, haja vista que o DREI firmou entendimento de que é sim possível tal situação¹⁸.

18 No início de 2017, por meio da Instrução Normativa n. 38, o DREI alterou seu

Contudo, ficou claro também, que não eram os documentos e o entendimento da composição societária de uma Eireli, apenas, que impediam o registro, mas também que não poderia, “**por óbvio**, a sentença arbitral criar para a JUCESP (terceiro, que não é parte no processo arbitral) obrigação de praticar qualquer ato que não se encontra estritamente dentro dos parâmetros legais autorizadores do arquivamento” (grifos nossos).

Em ato do ano de 2012 (Portaria JUCESP n. 15, de 24/05/2012, que dispõe sobre apontamentos especiais nos prontuários de sociedades empresárias, dos empresários individuais, das empresas individuais de responsabilidade limitada e das sociedades cooperativas, com atos registrados nesta Junta Comercial), percebe-se, também, não ser feita qualquer referência a decisões arbitrais. O referido ato normativo indica, tão somente, as decisões judiciais e administrativas, sem nenhuma menção às de natureza arbitral¹⁹. O mesmo, nota-se em Portaria mais recente (Portaria JUCESP n. 1, de 04/01/2018), a qual, igualmente dispõe, em seu artigo 1º, que “os apontamentos cadastrais decorrentes de ordens judiciais e de ordens administrativas ficam disciplinados pelo disposto nesta Portaria”²⁰.

Em casos assim, acaba restando às partes de um processo arbitral apenas a possibilidade de solicitar aos árbitros que expeçam carta arbitral ao juízo estatal competente, para que o Judiciário então, em apoio, exare, basicamente, o comando de “cumpra-se”, para medidas que não tenham conteúdo coercitivo ou sub-rogatório, tampouco que possam vir a afetar o próprio registrador, não parece ser medida razoável.

Exigir que haja essa “triangulação”, via carta arbitral, em muitos casos é desnecessário, afinal, inscrever ou anotar – de forma ampla – uma decisão nos registros públicos; dar cumprimento a uma medida cautelar de natureza conservatória, ou contendo ordem de não executar determinada garantia concedida pela parte, no contrato que está sendo discutido na arbitragem, entre outros atos, fazem parte de um repertório

entendimento sobre o tema, e com a nova redação dada ao item 1.2.5 do Manual de Registro das Sociedade, em sua alínea “c”, passou a prever, expressamente, que pessoas jurídicas, nacionais ou estrangeiras, podem ser titular de EIRELI. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/IN-DREI-38-2017-retificao.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2020.

19 Disponível em: <http://www.institucional.JUCESP.sp.gov.br/downloads/bloqueios_em_fichas_cadastrais.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2020.

20 Disponível em: <http://www.institucional.JUCESP.sp.gov.br/downloads/portaria_012018.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2020.

considerável que pode ser realizado pelos próprios árbitros porque, ressalte-se, não é necessário recorrerem à coerção.

Portanto, como nesses casos o uso da força (entendido de forma ampla como o *ius imperium* do Estado) não seria necessário, bastaria notificar aquele que será de alguma maneira afetado (que já é uma das partes no processo arbitral), bem como o terceiro (o oficial de registro público competente), o qual deveria respeitar e dar cumprimento à determinação arbitral²¹.

b. O serviço de Registro de Imóveis

Não estamos sós no entendimento que temos exposto, quanto ao cumprimento direto das decisões arbitrais, também no âmbito dos registros de imóveis. Há doutrina respeitável que já se manifestou nesse sentido, ou seja, de que é “possível o cumprimento pelo registrador de imóveis, dependendo do caso concreto, sem que seja preciso ao árbitro pedir o auxílio do juiz togado por meio de carta arbitral”²².

Luciano Timm, Lucas Bernardes e Manoela Ardenghi entendem, igualmente, que os registros das decisões arbitrais, a respeito de uma questão imobiliária,

“[...] – se presentes os requisitos em dita decisão –, poderão ser analisadas diretamente pelo oficial registrador, o qual, como profissional do direito, está habilitado a fazer a análise do título judicial que lhe for apresentado, ficando dispensada a judicialização da questão para que lhe seja dada efetividade. Diante disto, nos parece clara a evolução do sistema jurídico brasileiro no sentido de aceitar, válida e eficazmente, cada vez mais providimentos de árbitros ou tribunais arbitrais ou de autoridades estrangeiras, procedendo com uma avaliação de cumprimento dos requisitos formais, delimitados pela Lei e pela jurisprudência, mas garantindo sua aplicação em território nacional, pelos

21 O estabelecimento de convênios entre instituições arbitrais e outros órgãos, com indicação clara da documentação que precisaria ser apresentada para o cumprimento direto das decisões arbitrais, facilitaria essa comunicação “em linha reta”, sem precisar do auxílio do Estado-juiz. Tais resoluções e convênios são muito comuns – e apresentam resultados bastante satisfatórios no Equador e no Peru, cujas legislações são bastante avançadas e permitem, até mesmo, a execução das decisões cautelares ou mesmo das sentenças arbitrais (lá, chamadas de laudos arbitrais), pelos próprios árbitros.

22 BERALDO, Leonardo de Faria. A eficácia das decisões do árbitro perante o registro de imóveis. In: **RArb**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, v. 58, p. 171-180, jul.-set. 2018, p. 178.

meios que forem necessários ao efetivo cumprimento destas determinações.”²³

E os autores concluem que, para que isto seja alcançado, não é possível prescindir da importante participação e colaboração dos próprios oficiais registradores, em sua nobre função pela autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, conforme previsto no art. 1º da LRP.

Isso sem adentrar na discussão eminentemente processual, de que seria controverso, ante a recusa do registro público em receber a sentença para as devidas anotações, o cabimento da ação de cumprimento da sentença arbitral, pois não se trata de renitência da parte em não cumpri-la mas, sim, de recusa de um terceiro, o que justificaria a (não menos absurda) necessidade de impetração de mandado de segurança ou o ajuizamento de ação de obrigação de fazer, em face deste terceiro.

Apesar da doutrina favorável, nota-se certa relutância, também por parte de alguns registradores de imóveis, em anotarem (*lato sensu*) as decisões arbitrais.

Muito disso decorre do fato de a LRP estatuir, em seu art. 167, os títulos que podem ser registrados e averbados, no Registro de Imóveis, enquanto o art. 221 elenca os títulos, em sentido formal, admitidos para registro em geral. Essa circunstância, da previsão de registro de documentos em dois dispositivos distintos da lei, cria certo embaraço interpretativo até os dias atuais, acerca de qual dispositivo deve prevalecer (o geral, constante do art. 221, ou o específico de registro de imóveis, isto é, o art. 167).

Entre os documentos elencados no art. 221, da LRP, estão os títulos judiciais, que podem ser cartas de sentença, formais de partilha, certidões e mandados extraídos de autos do processo (inciso IV, do art. 221). Não há referência aos atos emanados pelos árbitros – nem mesmo com as alterações produzidas na LRP, após a entrada em vigor da nossa lei de arbitragem.

Quanto a esse silêncio do legislador, Leonardo de Faria Beraldo assim se pronunciou, na análise do dispositivo da LRP, face à arbitragem:

O art. 221, IV, da LRP, diz que se admite o registro das certidões e dos mandados extraídos de autos de processo. Mais uma vez,

23 TIMM, Luciano Benetti; BERNARDES, Lucas Petri; ARDENGHI, Manoela Doná. Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes. In: BRANDELLI, Leonardo (Coord.). *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, ano 38, n. 79, jul.-dez. 2015. [livro eletrônico]

dentro daquela concepção introdutória de se ler o ‘velho’ com os olhares do ‘novo’, consideramos que a expressão ‘certidões e mandados extraídos de autos de processo’ deverá englobar, também, o processo arbitral²⁴.

Ora, a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário (arts. 18 e 31, da LArb) e, igualmente, está prevista no rol dos títulos executivos judiciais, do CPC (tanto do Código revogado – art. 584, III –, como no art. 515, VII, do CPC/2015). Posto isso, qual a conclusão que se pode ter, em vista da interpretação conjunta dos dispositivos das normas acima referidas (CPC, LArb e LRP): que as decisões proferidas em sede arbitral teriam indiscutível acesso ao registro imobiliário?

A questão, que poderia parecer de simples resposta, não é. Também não é pacífica – não obstante, ter sido enfrentada há alguns anos, pelo titular do Sétimo Registro de Imóveis da Capital do Estado de São Paulo, que submeteu à apreciação do Juízo da 1ª Vara de Registros Públicos, como corregedor responsável, a seguinte situação: ao referido registrador de imóveis fora apresentada, e devidamente prenotada, carta de sentença expedida por tribunal arbitral.

No entanto, não estando seguro quanto à possibilidade do seu registro, suscitou dúvida, nos termos do procedimento previsto no art. 198 da LRP, em âmbito administrativo, ao juízo corregedor, tendo a dúvida sido autuada sob o n. 000.05.032549-3. A decisão (publicada no D.O.E. 20.07.2005, proferida pelo magistrado Venício Antonio de Paula Salles) foi pela improcedência da dúvida, isto é, determinando-se o registro, com os esses principais argumentos:

A decisão arbitral, nos termos do art. 31, possui os mesmos efeitos da sentença JUDICIAL se constituindo títulos EXECUTÓRIOS [...]. Há uma equiparação eficaz, e nesta conformidade, imperioso é concluir que CARTA DE SENTENÇA arbitral

24 BERALDO, Leonardo de Faria. *A eficácia das decisões do árbitro perante o registro de imóveis*. Publicado no site “Migalhas”, em 18 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170117-07.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2020. E conclui, o autor, da seguinte maneira: “quando for enviado ofício pela câmara de arbitragem ao registrador de imóveis, entendemos ser preciso fazer uma analogia com os documentos que deverão instruir a carta arbitral (§ 3º do art. 260 do novo CPC), e, por conseguinte, anexá-los ao referido ofício”. O artigo de Beraldo encontra-se reproduzido, praticamente com o mesmo teor, sob o mesmo título: *A eficácia das decisões do árbitro perante o registro de imóveis*. In: *RArb*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, v. 58, jul.-set. 2018. p. 171-180.

tem o mesmo sentido e efeitos de CARTA DE SENTENÇA judicial ou a esta é ‘equiparada’, e como tal assume prerrogativas de título hábil para o acesso ao registro imobiliário.

Estamos de acordo: não se deveria negar o ingresso, nos registros de imóveis, das sentenças arbitrais revestidas das legalidades impostas pela lei, que versem sobre questões referentes a direitos patrimoniais disponíveis - relativos a imóveis -, pois, produzem os mesmos efeitos das sentenças judiciais.

Não se trata, todavia, de entendimento unânime entre os registradores. Exemplos em sentido contrário pudemos colher nas negativas dos 1º, 2º, 3º e 5º Ofícios de Registro de Imóveis do Distrito Federal, tendo por origem arbitragem em curso perante a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da CIESP/FIESP, na qual, a partir de ordem processual emitida pelo tribunal arbitral, foram expedidas, em março de 2014, ofícios aos registros de imóveis ora referidos, para averbações em determinadas matrículas imobiliárias. Contudo, de acordo com informações colhidas junto à Secretaria da Câmara, todas as determinações para averbações foram negadas – algumas sequer foram documentadas, tendo as respostas sido dadas por telefone à Secretaria da Câmara (isto é, sequer responderam formalmente ao ofício emanado de importante e conceituado centro de administração de arbitragens do país).

Assim, em vista de algumas negativas que se sucedem, é preciso (quanto ao registro das decisões definitivas, finais, dos árbitros) que se dê interpretação mais extensa à carta de sentença (nos termos da LRP), não podendo se pensar apenas na carta de sentença judicial, mas sim num sentido *lato*, a fim de englobar também as sentenças arbitrais, desde que revestidas das legalidades impostas pela lei, pois produzem elas os mesmos efeitos das sentenças judiciais.

Nesse sentido, se manifestou Regnoberto Marques de Melo Júnior, para quem a carta de sentença, em sentido *lato*, é o “traslado de decisão judicial (sentença ou acórdão). Em sentido estrito é o conjunto de documentos, tirados a pedido, dos autos de processo de execução, para instrumentar execução provisória. [...] O sistema da LRP utiliza a expressão ‘Carta de Sentença’ no sentido *lato*”²⁵. Concorda com essa posição Eduardo Ribeiro de Souza, com a seguinte manifestação:

25 MELO JR., Regnoberto Marques de. *Lei de Registros Públicos Comentada*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003, p. 212.

O título formal a ser apresentado ao serviço de registro de imóveis deve ser a carta de sentença, pois os demais títulos judiciais (formais de partilha, certidões e mandados) não podem ser expedidos pelos árbitros. Não têm os árbitros poder para: extrair mandados, que são ordens judiciais; certidões, que são atos administrativos, ou seja, emanam do serviço público; ou formais de partilha, que decorrem de inventário, sempre judicial. [...] Assim, apresentada carta de sentença arbitral para registro (em sentido *lato*), ao oficial de registro caberá examiná-la, em obediência ao princípio da legalidade.²⁶

Já Adriana Deyama escreveu que:

O estudo aponta ser exemplificativo o rol do art. 167 da Lei 6.015/1973, porque, sobretudo, o art. 172 amplia as hipóteses de inscrição no Registro de Imóveis. Se a sentença arbitral é título executivo judicial e produz efeito de sentença judicial, o art. 221, IV, da Lei 6.015/1973 prevê o seu ingresso no Registro de Imóveis. Contudo, assim como ocorre com a sentença judicial, a decisão arbitral submete-se à qualificação registrária, de modo a viabilizar a verificação do atendimento às formalidades exigidas pelas Leis 9.307/1996 e 6.015/1973²⁷.

Contudo, é preciso ressaltar que, apesar da doutrina favorável, o entendimento não é pacífico – inclusive porque a decisão do juiz corregedor no âmbito da capital paulista, referida anteriormente, não é vinculante e nem extensiva a oficiais situados noutros Estados da federação. Não é, por menos, que proliferam negativas de acesso de decisões arbitrais aos registros de imóveis respectivos²⁸.

Observando-se tudo isso, entende-se que o título (isto é, a sentença arbitral, devidamente encartada – parcial ou final), deve ser registrado. Quanto às demais determinações dos árbitros – comumente chamadas

26 SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. As relações entre os Serviços Extrajudiciais (Registrais e Notariais) e a Lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23/09/1.996). *Boletim eletrônico do IRIB*, n. 1947. 23 ago. 2005.

27 DEYAMA, Adriana Gugliano Herani. Registrabilidade da sentença arbitral: um estudo de inter-relação entre arbitragem e o registro de imóveis. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35. n. 72. jan.-jun. 2012. p. 158.

28 Tivemos a oportunidade de dar alguns bons exemplos, de alguns Registros de Imóveis situados no Distrito Federal e em Salvador, que, ou negaram-se a anotar as decisões dos árbitros, ou criaram inúmeros obstáculos, antes de fazê-lo, em nossa obra *Cumprimento das decisões arbitrais – estudos para aprimoramento do sistema*, Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2019. p.349.

de ordens processuais ou ordens procedimentais – deveriam, conforme estipula a LRP, ser averbadas, também diretamente, sem a necessidade da intervenção do Judiciário.

3 O “Enunciado n. 9”, da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios

O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal promoveu, em agosto de 2016, a I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, evento em que foram discutidos inúmeros enunciados referentes aos chamados *MASCs* (Meios Adequados de Solução de Conflitos)²⁹.

Após as discussões, foram postos em votação inúmeros enunciados, tendo a grande maioria deles sido aprovada em sessão plenária realizada do CNJ. Um deles (elaborado a partir da análise do art. 167, da LRP; dos arts. 22-C e 31, da LArb, e dos arts. 69, §§ 1º e 2º e 515, inciso VII, do CPC/2015), interessa-nos, em especial.

Trata-se do Enunciado n. 9, assim ementado, o qual informa que “sentença arbitral é hábil para inscrição, arquivamento, anotação, averbação ou registro em órgãos de registros públicos, independentemente de manifestação do Poder Judiciário.”³⁰

Estudando as proposições – e respectivas justificativas discutidas (e depois modificadas), para a redação final do referido Enunciado n. 9, notam-se pequenas, porém relevantes modificações, quando comparadas às propostas originais³¹: o texto originalmente proposto estabelecia

29 Entre os autores das propostas para os enunciados da referida *Jornada*, são de se destacar: Ada Pellegrini Grinover, Adriana Braghetta, Ana Luiza Isoldi, André Chateaubriand P. D. Martins, Carlos Alberto Carmona, Cláudia Lima Marques, Debora Visconte, Diego Faleck, Flávia Bittar Neves, Flávio Tartuce, Francisco José Cahali, Giovanni Ettore Nanni, Joaquim Tavares de Paiva Muniz, José Antonio Fichtner, José Carlos de Magalhães, Luciano Benetti Timm e Ricardo Borges Ranzolin, entre outros.

30 Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/884>>. Acesso em: 26.11.2020

31 A redação original do enunciado e da proposição que lhe deu origem (proposição essa que recebera o número 1.27, para os debates), era a seguinte: “**Proposta original:** ‘A sentença arbitral é título hábil para inscrição (registro ou averbação) na matrícula imobiliária do competente Registro de Imóveis, que será cumprida por meio de carta arbitral’. **Justificativa:** A arbitragem é um adequado e eficaz meio de resolução de conflitos relativos aos direitos imobiliários. A Lei Registral (Lei n. 6.015/73, art. 167, I e II) não ‘esgota todas as possibilidades de registro e de averbação’, e [...]: ‘Evidentemente que, se o ato não estiver enumerado no art. 167 da LRP, mas prevista sua inscrição em outra lei, não há como se negar o registro. Por seu turno, a lei registral não esgota todas as possibilidades de registro, como [...] o exemplo da renúncia ao direito de propriedade prevista no art. 1.275, II, do Código Civil

que a sentença arbitral, como título hábil para inscrição na matrícula imobiliária, deveria ser cumprida “por meio de carta arbitral”.

Todavia, a redação final estabeleceu ser a sentença arbitral hábil para inscrição de “forma direta” – ampliando-se, ainda, o leque da inscrição para arquivamento, anotação, averbação ou registro³² – em

e o da perpetuidade de florestas (art. 6º da Lei n. 4.771/65), sem correspondentes na LRP, porém inscritíveis’. Com efeito, a sentença arbitral constitui título executivo judicial (art. 31 da Lei n. 9.307/96; art. 515, VII, do CPC/2015) e, portanto, título hábil para inscrição (registro ou averbação) na matrícula imobiliária do competente Registro de Imóveis. Neste caso, a sua execução será por meio de carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional, na área de sua competência territorial, determine ao competente Registrador de Imóveis a inscrição na matrícula imobiliária do ato solicitado pelo árbitro (art. 22-C da Lei n. 9.307/96; art. 69, §§ 1º e 2º, do CPC/2015)”. Além da proposição n. 1.27, outras duas, correlatas, foram analisadas conjuntamente, na referida Jornada, para a redação definitiva do Enunciado n. 9: “**Proposição 1.14:** Os cartórios não podem se escusar de realizar as anotações decorrentes de obrigações oriundas das sentenças arbitrais. **Justificativa:** O procedimento arbitral é instrumento regulado pela Lei n. 9.307/96, e o árbitro eleito para a resolução do conflito é dotado de competência para prolatar sentença de mérito, que, por sua vez, é um Título Executivo Judicial, conforme o art. 515, VII, do NCPC. Em sendo assim, em função de a arbitragem ser genuína forma de jurisdição, os cartórios não podem se recusar à realização das anotações decorrentes das obrigações oriundas das sentenças arbitrais. Para além disso, é dever de ofício do cartório, a fim de dar publicidade e efetividade à sentença arbitral, anotar o referido mandamus, uma vez que a responsabilidade do comando sentencial é do árbitro” e “**Proposição 1.31:** A sentença arbitral proferida em arbitragem marítima equipara-se a título judicial para fins de registro de propriedade ou de hipoteca de embarcação no registro próprio, efetivação de arresto de embarcação junto à Capitania dos Portos, ou a prática de qualquer outro ato registral que dependa da existência de sentença judicial, e, para tais fins, não fica sujeita a prévia execução perante o Poder Judiciário. **Justificativa:** O art. 31 da Lei n. 9.307/96 determina produzir a sentença arbitral, entre as partes e os seus sucessores, os mesmos efeitos de uma sentença judicial. Esta regra justifica-se pelo fato de terceiros, por não terem participado da arbitragem, não poderem ser atingidos pelos efeitos da sentença arbitral. No entanto, esta justificação não se aplica aos órgãos registrares que têm por função averbar ou registrar as decisões judiciais ou arbitrais para que determinados efeitos possam ser produzidos, inclusive entre as partes na arbitragem. Por outro lado, não se justifica impor à parte vencedora na arbitragem a propositura de execução em que o magistrado se limitará a determinar a expedição de ofício ao órgão registral. Assim, o art. 31 da Lei n. 9.307/96 deve ser interpretado no sentido de a sentença arbitral equiparar-se a título judicial para fins de registro de propriedade ou de hipoteca de embarcação no registro próprio, efetivação de arresto de embarcação junto à Capitania dos Portos, ou a prática de qualquer outro ato registral que dependa da existência de sentença judicial”.

32 As anotações englobam os registros e as averbações. A LRP estipula que “sempre que o oficial fizer algum registro ou averbação, deverá, no prazo de cinco dias, anotá-lo nos atos anteriores, com remissões recíprocas, se lançados em seu cartório, ou fará comunicação, com resumo do assento, ao oficial em cujo cartório estiverem os registros primitivos” (art. 106, da LRP). Já os registros vêm discriminados no art. 167, I, assim disposto: “São sujeitos a Registros os Títulos cujos atos, de alguma forma, gerem direitos reais sobre o imóvel ou, de um certo modo, grave a propriedade obedecendo-se sempre à forma prescrita no artigo 98”, enquanto as averbações são tratadas no inciso II do mesmo art. 167: “São sujeitos a

órgãos de registros públicos (ou seja, não apenas os Registros de Imóveis), “independentemente de cooperação e de manifestação prévia e expressa advinda do Poder Judiciário”.

Dessa forma, nota-se que a primeira proposta foi ampliada para todos os serviços de registros públicos – passando a incluir as Juntas Comerciais e os RCPJ – e, mais que isso, evitou-se a recomendação de que a inscrição da sentença arbitral se desse somente através das cartas arbitrais (ou seja, não mais de forma necessariamente dependente da atuação do Judiciário)³³.

Os juristas que estudaram o tema, para a referida I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, entenderam, também, que haveria entraves para o cumprimento das sentenças arbitrais por meio da carta arbitral, afinal, uma vez finda a arbitragem (e não cumprida a sentença por uma das partes), não há previsão, em nosso sistema, que permita aos árbitros determinarem a expedição da carta arbitral ao juízo competente, pois, com a prolação da sentença, tem-se por esgotada a função destes (ocorre o chamado *functus officio*³⁴).

Por tal motivo, em nosso entendimento, andou bem a modificação realizada na redação originalmente proposta, para que a própria sentença arbitral, com os documentos necessários à elucidação do caso, sejam

Averbação os Títulos cujos atos apenas alterem ou complementem um Registro”.

33 Importa, por fim, relevar que o referido Enunciado n. 9, objeto desse tópico, apenas prevê a inscrição direta de *sentenças arbitrais* (o que, imaginamos, igualmente englobaria as sentenças parciais). Contudo, as outras ordens comumente emanadas dos árbitros – as chamadas ordens processuais, ou procedimentais, mas que tenham algum tipo de conteúdo material – poderiam ter dificuldades de inscrição junto a esses órgãos. Entendemos, todavia, que essa diferenciação não deva ocorrer, pois, as decisões dos árbitros, *lato sensu*, encontram-se abarcadas pelo conteúdo do citado Enunciado n. 9, posto que é o caráter jurisdicional da decisão que deve prevalecer, independentemente de ser, ou não, uma sentença.

34 Essa expressão é empregada onde vigora o sistema da *Common Law*: o tribunal torna-se *functus officio* – expressão latina que significa “esgotado o poder jurisdicional”, ou então “findo o mandato” - Cf. BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. Netherlands: Kluwer Law International, 2009, Chapter 23, p. 2513. Tal princípio (para a arbitragem), como revelam os estudiosos, nasceu numa era de hostilidade judicial em relação ao processo arbitral, pela percepção de que os árbitros poderiam ser mais suscetíveis a pressões, para alterarem o desfecho do litígio, se comparados aos juizes – cf. ELLMANN, Erwin B. *Arbitrator Ethics and the Second Look*. *Functus Officio in the National Labor Policy*. In: **Berkeley J. Emp. & Lab. L.** v. 13, Issue 2, jun. 1992, p. 418. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&https-redir=1&article=1211&context=bjell>>. Acesso em: 02 mar. 2019). Essa circunstância, em nossa legislação, decorre dos arts. 29 e 30, da LArb, que estipulam findar o poder jurisdicional dos árbitros, com a sentença.

levados diretamente ao cumprimento, perante os registros públicos, sem precisar de qualquer ato de cooperação por parte do Judiciário (aliás, nesse aspecto, a justificativa à proposição 1.31. foi por demais significativa, ao asseverar que o art. 31, da LArb, determina que a sentença arbitral produz, entre as partes e os seus sucessores, os mesmos efeitos de uma sentença judicial).

E, ainda que esta regra estabelecida no referido dispositivo legal (art. 31) esteja fundamentada no fato de terceiros, não participantes da arbitragem, não poderem ser atingidos pelos efeitos da sentença proferida, tal justificação não se aplicaria nesses casos, pois os serviços responsáveis pelos registros públicos devem, simplesmente, praticar (cumprir) os atos de averbar ou registrar as decisões (inclusive as arbitrais) para que determinados efeitos sejam produzidos, em sua plenitude.

Do contrário, impor-se-ia à parte vencedora na arbitragem – conforme indica a justificativa do enunciado – a necessidade de propor ação de cumprimento de sentença arbitral perante o juízo competente (sendo que, na realidade, o magistrado teria que se limitar a determinar a expedição de ofício ao órgão registral). Veja-se, pois, o nítido movimento desnecessário do aparato judicial.

4 Os exemplos de outros países: Equador e Peru

O estabelecimento de convênios entre instituições arbitrais e outros órgãos, com indicação clara da documentação que precisaria ser apresentada para o cumprimento direto das decisões arbitrais, facilitaria essa comunicação em linha reta, sem a necessidade da intervenção do Estado-juiz.

Tais resoluções e convênios são muito comuns – e apresentam resultados bastante satisfatórios – no Equador e no Peru, cujas legislações são muito avançadas e permitem a execução das decisões cautelares ou mesmo dos laudos arbitrais, pelos próprios árbitros.

No Equador, a *Ley de Arbitraje y Mediación, Codificación de Ecuador – Registro Oficial n. 417, del 14.12.2006*, estipula que os árbitros estão autorizados a não apenas conceder as medidas cautelares como, também, que eles podem executá-las com auxílio de policiais, funcionários públicos e outros da administração pública, do local onde se encontrarem os bens sujeitos à providência cautelar estabelecida, ou em qualquer lugar em que seja necessária a adoção das medidas, se assim as partes estipularem na convenção de arbitragem.

Tal permissão se encontra disposta no seu art. 9º, assim redigido:

Art. 9. Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. [...]. Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas [...].”

Já a lei peruana (DL 1.071/2008.), em seu artigo 48º, n. 1, dispõe: *Artículo 48º. Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral. 1. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.*

Pode-se dizer, ainda, que a normativa peruana foi ainda mais inovadora ao inserir, ao final do seu texto, algumas disposições complementares e modificadoras, que alteraram parcialmente outros textos legais, das quais destacamos, os seguintes:

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

[...] SEGUNDA. Convenios de ejecución. Las instituciones arbitrales podrán celebrar convenios de cooperación con instituciones públicas y privadas a efectos de facilitar la ejecución de medidas cautelares o de laudos a cargo de tribunales arbitrales en el marco de este Decreto Legislativo.

DISPOSICIONES MODIFICATORIAS

[...] CUARTA. Modificación de la Ley de Garantías Mobiliarias.

Modifíquese el artículo 48º de la Ley Nº 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria según la siguiente redacción: “Artículo 48º.- Arbitraje. Las controversias que pudieran surgir durante la ejecución del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, podrán ser sometidas a arbitraje, conforme a la ley de la materia”.

Sobre essas disposições, Ana María Arisnabarreta discorre, precisamente, que, para evitar as situações de descumprimento das determinações dos árbitros por terceiros, tornando os mandatos arbitrais

ineficazes (o que abriria, então, a necessidade de se recorrer ao Judiciário), a segunda determinação das *Disposiciones Complementarias* deve ser bem utilizada, mediante os convênios de execução firmados com as instituições públicas ou privadas, para efeitos de facilitar a execução de medidas cautelares, ou mesmo dos laudos arbitrais.

Para Arisnabarreta, o êxito da execução dos laudos arbitrais e, inclusive, do instituto da arbitragem em si, dependem, em boa parte, de as instituições não vinculadas diretamente por um acordo entre as partes da arbitragem (como as instituições financeiras em geral e os Registros Públicos), cumprirem diretamente as determinações dos árbitros, sem que se precise recorrer ao auxílio do Judiciário³⁵.

E, efetivamente, alguns convênios se firmaram no Peru, facilitando essa comunicação direta entre os árbitros e alguns órgãos públicos e privados, tornando desnecessária a movimentação do Judiciário local, para tais ordens serem cumpridas, ganhando-se tempo precioso com isso.

É o que se vê, por exemplo, com a *Superintendencia Nacional de los Registros Públicos peruana* (SUNARP), que, em 2013, baixou a *Resolución n. 097-2013-SUNARP/SN*, a qual, inicialmente, destaca a necessidade de uma boa organização do órgão – que deveria dotar-se dos instrumentos legais necessários para permitir a criação de um sistema ágil, seguro e com custos razoáveis, para dar sustentação ao desenvolvimento econômico que se espera –, bem como reconhecendo que, sendo o Registro de Imóveis um dos principais instrumentos de segurança jurídica interna, com vital importância a esse desenvolvimento e para a capitalização de riqueza ao país andino, tornava-se imperioso melhorar a regulamentação já existente para o registro das decisões arbitrais, compatibilizando as disposições contidas na lei peruana de arbitragem, que reiterara a natureza jurisdicional do instituto, com vistas a trazer maiores elementos de segurança, a fim de evitar o registro de laudos arbitrais fraudulentos.

35 “Convenios de Ejecución’, que son aquellos que ‘as instituciones arbitrales podrán celebrar (...) con instituciones públicas o privadas a efectos de facilitar la ejecución de medidas cautelares o laudos a cargo de tribunales arbitrales’. [...] sin embargo, es evidente que el éxito de la ejecución arbitral de los laudos, y con ello de la institución del arbitraje en sí misma, depende en gran medida de que instituciones no vinculadas directamente por un acuerdo entre las partes, como es el caso de las bancos y financieras, Registros Públicos, CONASEV, etc., ejecuten como obligatorias, las decisiones arbitrales, sin necesidad de recibir para ello un mandato judicial que las obligue”. (Arisnabarreta, Ana María Arrarte. Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo n. 1071, nueva Ley de Arbitraje. In: *Revista Peruana de Arbitraje* n. 10, p. 86, 2010). Ver, também, Mario Castillo Freyre, Rita Minaya e Laura Zapata: FREYRE, Mario Castillo et al. *Comentarios a la Ley de Arbitraje* - Primera Parte. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Lima: ECB Ediciones, Thomson Reuters, v. 25, p. 1134, 2014.

Feitos esses Considerandos iniciais, extraídos do texto da Resolução, damos destaque ao seu art. 9º, verbis:

“Artículo 9.- Inscripción en mérito a laudos arbitrales:

En el arbitraje institucional o ‘ad hoc’, deberá presentarse copia certificada de la resolución arbitral con la constancia de la notificación a que se refiere el artículo 59 del Decreto Legislativo N° 1071, norma que regula el Arbitraje. Adicionalmente, deberá presentarse copia certificada notarialmente del convenio arbitral para efectos de verificar el sometimiento de las partes a la vía arbitral.

Para tales efectos, y de conformidad con la Segunda Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, los Jefes Zonales podrán celebrar convenios de colaboración con las instituciones arbitrales. A falta de convenio de colaboración o en el caso de árbitros ‘ad hoc’ se acompañará copia certificada notarial del documento de identidad de quienes suscriben el laudo y de quien certifica el mismo, de ser el caso.

El Registrador no podrá evaluar la competencia del Tribunal Arbitral o Árbitro Único para laudar, el contenido del laudo, ni la capacidad de los árbitros para ejecutarlo. Tampoco podrá calificar la validez del acuerdo arbitral ni su correspondencia con el contenido del laudo.

Destaque-se, pois, a efetiva intenção política peruana, de fomentar esses convênios, para otimizar os registros das decisões arbitrais de forma direta, pelos oficiais registradores. Ressalte-se, ademais, o conteúdo do terceiro parágrafo, do supra transcrito art. 9º, o qual determina que o registrador não poderá avaliar a competência do(s) árbitro(s), para a decisão proferida, tampouco o conteúdo dessa decisão, ou a capacidade dos árbitros para determinar a sua execução. Também não poderá qualificar a validade da convenção de arbitragem ou a sua correspondência com o conteúdo da decisão proferida e objeto do registro. Deverá, portanto, tão-somente cumpri-la.

Essa política de incentivo aos convênios fica evidente quando são tomadas providências de melhoria aos já existentes. Acerca disso, cabe informar que, em 12 de agosto de 2015, por ordem do Superintendente Nacional dos Registros Públicos – estabelecida por meio da *Resolución n. 226-2014-SUNARP/SN, del 08 de setiembre de 2014 –*, o *Reglamento General*

de los Registros Públicos foi modificado, tendo-lhe sido introduzidas diversas melhorias e esclarecimentos.

Desta forma, o texto, que já tratava em diversos momentos do registro de laudos arbitrais, recebeu a incorporação dos arts. 10-A e 32-A, com o objetivo de padronizar o processamento e a formalidade requeridos, no âmbito da qualificação das decisões arbitrais, para o acesso dessas aos registros públicos – uma vez mais, com o principal objetivo de minimizar os riscos de fraudes, que vinham ocorrendo³⁶.

Entre os principais argumentos para a alteração da regulamentação, está o de que, não obstante o art. 55, da norma que rege a arbitragem no Peru, estabelecer como formalidade para cumprimento dos laudos apenas que esses sejam apresentados por escrito e assinados pelos árbitros, a realidade é que, em termos de autenticidade para o acesso às exigências de registro, isso somente não vinha garantindo a idoneidade extrínseca dos documentos que continham as respectivas decisões arbitrais.

A SUNARP entendeu, então, ser conveniente estabelecer novas regras para a formalidade da inscrição pública das medidas cautelares e das sentenças arbitrais, a fim de manter não apenas a segurança jurídica, mas também quanto à informação contida nas respectivas entradas de documentos para registro, determinando-se que o laudo arbitral seja protocolado *“para proceder a su inscripción registral, debiendo contener el parte notarial que se presenta ante los Registros Públicos, el acta, el laudo, el convenio arbitral y la constancia de la notificación a que se refiere el artículo 59º del Decreto Legislativo N° 1071, norma que regula el Arbitraje”*.

Posto isso, modificou-se o *Reglamento General de los Registros Públicos* (introduzindo os já referidos arts. 10-A e 32-A, à norma)³⁷. Nessa

36 Fraudes essas não apenas no tocante a documentos oriundos de processos arbitrais, mas de documentos em geral. Todavia, cuidaremos aqui de tratar, tão somente, das modificações relacionadas à arbitragem.

37 **Artículo 10-A.- Formalidad del título inscribible que contiene la decisión arbitral.** *En el arbitraje institucional o ‘ad hoc’ deberá presentarse el laudo arbitral protocolizado. Para tal efecto el parte notarial estará conformado por el acta, el laudo, el convenio arbitral y la constancia de la notificación a que se refiere el artículo 59º del Decreto Legislativo N° 1071, norma que regula el Arbitraje. La protocolización se hará de conformidad con el procedimiento establecido en el Decreto Legislativo N° 1049, norma que regula el Notariado y el reglamento de la Ley N° 30313. Tratándose de laudos provenientes del arbitraje popular previsto en el Decreto Supremo N° 016-2008-JUS, deberá además acompañarse copia certificada por funcionario competente de la resolución del Director Nacional de Justicia que acredite que el Árbitro Único o miembro del Tribunal Arbitral forman parte de la Nómina de Árbitros que prestan servicios en el Centro de Arbitraje Popular del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Para el caso de la medida cautelar dictada dentro del proceso arbitral se deberá presentar el oficio que disponga su inscripción dirigido al Registrador de la Oficina Registral competente, acompañando la decisión arbitral*

mesma época, o Decreto Legislativo n. 1231, de 26 de setembro de 2015, promoveu algumas modificações na lei de arbitragem peruana, no tocante à publicidade dos atos arbitrais na fase de execução dos laudos nos Registros Públicos, também para evitar fraudes e o consequente prejuízo de terceiros, que desconheciam a existência da demanda arbitral em curso³⁸.

As disposições versando sobre arbitragem se encontram presentes não apenas nas regras atinentes aos Registros Públicos em geral, como bem se viu acima (em especial, para o Registro de Imóveis), como também, desde 2001 (quando ainda vigia a anterior e revogada norma de arbitragem peruana), encontram-se diversos dispositivos dessa natureza no *Reglamento del Registro de Sociedades - Resolución n. 200-2001-SUNARP/SN*, - Lima, 24 de julio de 2001³⁹, e na *Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos n. 038/2013 - SUNARP/SN*, Lima 15 febrero, 2013, que aprovou o *Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas*⁴⁰.

Ademais, para a qualificação de atos procedimentais, oriundos de processos arbitrais, há, igualmente, orientação expressa, da mesma SUNARP, desde 2012, para que as instâncias registrares não examinem

que contiene dicha medida, así como la reproducción certificada notarial del convenio arbitral y del documento de identidad de quienes suscribieron dicha decisión. [...] Artículo 32-A.- Alcances de la calificación de los Laudos Arbitrales. [...] Tratándose del convenio arbitral, la calificación se circunscribirá únicamente a la verificación del sometimiento de las partes a la vía arbitral. [...]

38 Foram alterados, entre outros, os arts. 39 e 47 da lei de regência da arbitragem andina, aos quais foram feitos os seguintes acréscimos, com destaque ao que nos interessa mais: **Artículo 39.- Demanda y Contestación** [...] 5. Cuando la demanda o la reconvencción verse sobre actos o derechos inscribibles en los Registros Públicos, el Tribunal Arbitral solicitará la anotación de la existencia del proceso arbitral en la partida registral vinculada con la eventual ejecución del laudo. La anotación se solicitará dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores a la admisión de la demanda o la reconvencción y tiene los siguientes efectos: a) No imposibilita la extensión de asientos registrales en la partida registral. b) Otorga prioridad y prevalencia respecto de cualquier asiento registral posterior con dicha anotación, cuyo contenido sea incompatible con el laudo inscrito. **Artículo 47.- Medidas Cautelares** [...] 10. El Tribunal Arbitral cumplirá la regla establecida en el numeral 5 del artículo 39º del presente Decreto Legislativo.

39 Os principais artigos do Regulamento, que dispõem sobre documentos que guardam relação com a arbitragem, são os arts. 1º; 3º “b”, “f”; 9º e 113.

40 Do referido texto damos destaque aos seguintes dispositivos: “ACTOS INSCRIBIBLES. **Artículo 2º- Actos inscribibles:** De conformidad con las normas de este Reglamento y la naturaleza que corresponda a cada persona jurídica, son actos inscribibles: [...] g) Las resoluciones judiciales o laudos arbitrales referidos a la validez del acto constitutivo inscrito o a los acuerdos inscribibles de la persona jurídica”; “**Artículo 3º- Excepciones a la inscripción de acto previo.** La inscripción de las resoluciones judiciales o laudos arbitrales referidos a los acuerdos inscribibles de la persona jurídica no requiere la previa inscripción de tales acuerdos”; “**Artículo 68 - Actos inscribibles en la partida de la sucursal.** Sólo son inscribibles en la partida de la sucursal los siguientes actos: [...] d) resoluciones judiciales, arbitrales o administrativas que afecten a la sucursal; [...]”.

a validade ou a eficácia objetiva dos atos praticados pelos árbitros, incluindo os seus laudos, conforme se denota do item 3 da Resolução n. 110-2012- SUNARP-TR-T, abaixo transcrito:

CALIFICACIÓN DE ACTOS PROCEDIMENTALES EN ARBITRAJE.

LAUDO ARBITRAL. [...] 3 - Las instancias registrales no pueden calificar la validez ni la eficacia objetiva o subjetiva del laudo o de los actos procedimentales realizados por los árbitros. En ese sentido, el Registro no puede cuestionar las decisiones motivadas del árbitro o tribunal arbitral de incorporar a un tercero al procedimiento arbitral, o de extender los efectos del laudo a dicho tercero. El árbitro o tribunal arbitral, asume exclusiva y excluyente responsabilidad por dichas decisiones”. Criterio adoptado en la Resolución Nº 110-2012- SUNARP-TR-T, del 16/03/2012. PLENO EN QUE SE APROBÓ: XCIX - FECHA DE PUBLICACIÓN EN ‘EL PERUANO’: 01/12/2012

E, por fim, damos ênfase a outra resolução emanada da Superintendência Nacional de Registros Públicos do Peru, que trata da inscrição da propriedade de veículos. Trata-se da “Resolución SUNARP n. 39/2013” – tomada a partir do “Informe s/n, del 09 de octubre de 2012”, do “Memorandum n. 1411-2012-SUNARP/GI, del 21 de diciembre de 2012”, do “Oficio n. 178-2013-MTC/15, del 18 de enero de 2013”, do “Memorandum n. 054-2013-SUNARP/GL, del 28 de enero de 2013”, e, por fim, do “Informe n. 011-2013-SUNARP/ GR, del 29 de enero de 2013”.

O texto, em seu artigo 86, que trata do cancelamento da garantia mobiliária veicular, estabelece que as referidas garantias são passíveis de cancelamento por resolução administrativa, judicial ou mesmo arbitral⁴¹. Já o artigo 95 diz respeito à anotação de medida cautelar disposta em sede administrativa ou arbitral, sendo que, “Para los casos de medidas cautelares solicitadas dentro del procedimiento arbitral al amparo de lo dispuesto por el artículo 47 del Decreto Legislativo Nº 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, se deberá presentar el oficio y la resolución arbitral conforme lo establecido en el primer párrafo del presente artículo”.

Nota-se, pois, que o sistema normativo peruano é bastante avançado, em assuntos que versem sobre arbitragem, o que, sem dúvida, não

41 “**Artículo 86.- Cancelación de garantía mobiliaria.** Para la cancelación de garantías mobiliarias se requerirá que el documento presentado cumpla con las mismas formalidades establecidas en el artículo 84 del presente Reglamento. Las garantías mobiliarias se cancelan: a) Por resolución judicial, arbitral o administrativa [...]”.

apenas dá destaque, mas traz maior segurança jurídica ao desenvolvimento do instituto naquele país. Mesmo em circunstâncias de verificação de fraudes, o legislador e as demais autoridades administrativas peruanas, em vez de afastarem a possibilidade de inscrição desses documentos nos Registros Públicos – o que seria um retrocesso –, perceberam que era bem mais importante estabelecer um maior rigor na apresentação desses documentos, prestigiando o instituto, em detrimento dos estelionatários e demais fraudadores.

5 Conclusões

Ter que provocar o Judiciário – via carta arbitral, ou por meio de uma demanda autônoma (que poderá ser, a depender do caso e do advogado que o analisar, um mandado de segurança, uma ação de obrigação de fazer ou até mesmo de cumprimento de sentença arbitral) –, para que, enfim, a anotação que precisa ser feita, a partir do contido na decisão do árbitro, seja realizada no registro público competente, causa transtornos, aumenta os gastos e implica demora excessiva e desnecessária na solução definitiva dos conflitos – sem esquecer de mencionar a insegurança jurídica gerada.

Isso tudo, em boa parte dos casos, poderia ser evitado, posto que nem sempre há a prática de ato de *ius imperium* no comando emanado do árbitro, que justifique a necessária colaboração e atuação do Judiciário.

De toda sorte, é preciso compreender também que os árbitros, ao contrário do que alguns afirmam, detêm, além do poder jurisdicional (estabelecido por lei e confirmado pelas partes que o escolheram para decidir o conflito entre elas, tal qual decidiria o Estado-juiz), algumas das parcelas desse *ius imperium*⁴² – razões pelas quais os registradores públicos, se não tiverem um argumento sólido, que justifique não virem a praticar o ato contido no comando arbitral, devem dar-lhe cumprimento.

É o que os juristas que elaboraram o texto do Enunciado n. 9, na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios entenderam e, em razão disso, recomendaram por meio do referido texto. Contudo, por não ser amplamente divulgado e, também, por não possuir força cogente (afinal, tais enunciados possuem mero caráter de orientação), o enunciado não é de conhecimento de todos os operadores do direito

42 Ver, a respeito, *Réflexions sur l'imperium. Études offertes à Pierre Bellet*. Clássicos da Arbitragem – trad. VALENÇA FILHO, Cláudio. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 27 - jul-set/2010. Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2010, p. 205 e CHEKROUN, Davi. *L'imperium de l'arbitre*. Archives de Philosophie du Droit. 2009. Tome 52. France: Dalloz, 2009. p. 137-147.

e, assim, com bastante frequência, não é observado pelos oficiais de registros públicos.

Com o nosso texto, esperamos auxiliar nessa divulgação, colaborando para uma aceitação maior da arbitragem em nosso país, especialmente por parte dos registros públicos, dada a relevância dos serviços por eles prestados, para o mundo jurídico – com importantes reflexos econômico.

Referências bibliográficas

ARISNABARRETA, Ana Maria Arrarte. **Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo n. 1071, nueva Ley de Arbitraje**. In: *Revista Peruana de Arbitraje*. n. 10. p. 86, 2010.

BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e a técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERALDO, Leonardo de Faria. **A eficácia das decisões do árbitro perante o registro de imóveis**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170117-07.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2020.

_____. **A eficácia das decisões do árbitro perante o registro de imóveis**. In: RArb, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, v. 58, p. 171-180, jul.-set. 2018.

BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. Netherlands: Kluwer Law International, 2009, Chapter 23.

CHEKROUN, Davi. **L'imperium de l'arbitre**. 2009. Tome 52. France: Dalloz, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DEYAMA, Adriana Gugliano Herani. **Registrabilidade da sentença arbitral: um estudo de inter-relação entre arbitragem e o registro de imóveis**. In: Revista de Direito Imobiliário, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, n. 72, p. 127-160, jan.-jun. 2012.

ELLMANN, Erwin B. **Arbitrator Ethics and the Second Look**. *Functus Officio in the National Labor Policy*. In: Berkeley J. Emp. & Lab. L., v. 13, Issue 2, p. 418, jun. 1992. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1211&context=bjell>>. Acesso em: 02 mar. 2019.

FINKELSTEIN, Cláudio e Rovai, Armando Luiz. **Cumprimento de sentença arbitral**. *Jornal Valor Econômico*, 25 de maio de 2017.

FREYRE, Mario Castillo; Minaya Rita; ZAPATA, Laura. **Comentarios a la Ley de Arbitraje**. Primera Parte. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Lima: ECB Ediciones, v. 25, Thomson Reuters: Perú, 2014.

MELO JR., Regnoberto Marques de. **Lei de Registros Públicos Comentada**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco. **A relutância dos registros públicos em acatarem as decisões arbitrais**. In: Direito internacional e arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Cláudio Finkelstein. CASADO FILHO, Napoleão; QUINTÃO, Luísa; SIMÃO, Camila (Org.). São Paulo: Quartier Latin, 2019.

_____. Cumprimento das decisões arbitrais – estudos para aprimoramento do sistema. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. **As relações entre os Serviços Extrajudiciais (Registrais e Notariais) e a Lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23/09/1.996)**. Boletim eletrônico do IRIB. n. 1947. 23 ago. 2005.

TIMM, Luciano Benetti; BERNARDES, Lucas Petri; ARDENGHI, Manoela Doná. **Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil**: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes. Revista de Direito Imobiliário. São Paulo. ano 38. n. 79. jul.-dez. 2015. [livro eletrônico].

VALENÇA FILHO, Cláudio. **Réflexions sur l'imperium**. Études offertes à Pierre Bellet. Clássicos da Arbitragem (tradução). Revista Brasileira de Arbitragem. p. 203-231. n. 27. jul-set/2010. Porto Alegre: Síntese. Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem. 2010.

2 A DIGITALIZAÇÃO DO DIREITO SOCIETÁRIO NO BRASIL

JOSÉ A. CEREZOLI

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 UCAM/IAVM; Assessor da Procuradoria da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro; e Diretor Presidente do Instituto Brasileiro de Registro Empresarial – IBREmp. E-mail: diretorpresidente@ibremp.org.br.

*Agradecimento especial pela colaboração na pesquisa para este artigo à Igrid Munk, estagiária de Direito na Procuradoria da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro – JUCERJA e graduanda em Direito no IBEMEC Rio.

Resumo

O presente artigo busca apresentar um panorama acerca da situação atual em que se encontra o Brasil em termos de digitalização do Direito Societário, sob o enfoque da regulação de entrada. Foi realizada uma análise e demonstradas medidas governamentais que incorporaram o uso da tecnologia nos processos de registro e arquivamento de atos societário, na realização e registro de assembleias e reuniões em meio eletrônico, na elaboração de escrituração contábil e societária de forma digital de empresas. A partir dessa análise foi possível extrair-se a conclusão de que a digitalização do Direito Societário tem como principal foco a melhora do ambiente de negócios no Brasil, tendo como pano de fundo a busca por uma melhor posição no ranking do *Doing Business*. Por fim, foram apresentadas algumas tendências visíveis quanto à digitalização do Direito Societário, principalmente em relação à realização e o registro de atos e documentos societários em formato digital, por meio do uso da internet.

Palavras-chave: Direito Societário. Digitalização. Registro Empresarial. Desburocratização. Internet

Abstract

The present paper aims to present an overview of the current situation in which Brazil finds itself in terms of digitalization of Corporate Law, from the perspective of entry regulation. An analysis was carried out and government measures were demonstrated that incorporated the use of technology in the registration and filing of corporate acts, in the holding and registration of assemblies and meetings in electronic media, in the preparation of corporate accounting and corporate book-keeping. From this analysis it was possible to draw the conclusion that the digitization of Corporate Law has as its main focus the improvement of the business environment in Brazil, having as a background the search for a better position in the ranking of the *Doing Business*. Finally, some visible trends were presented regarding the digitalization of Corporate Law, mainly in relation to the performance and registration of corporate acts and documents in digital format, through the use of the internet.

Keywords: Corporate Law. Digitalization. Business Registration. Red tape. Internet.

1 Introdução

O presente artigo ocupa-se do estudo da digitalização do Direito Societário brasileiro.

Há incontáveis estudos e pesquisas que não nos deixam dúvidas de que vivemos numa “sociedade de risco”,¹ “sociedade pós-moderna”,² ou “modernidade líquida”,³ onde a sociedade busca “controlar o incontroleável” ao mesmo tempo em que cria mais riscos e incertezas na Política, Direito, Ciência, Tecnologia, Economia e vida cotidiana (BECK, 2002. p. 41). A sociedade pós-moderna passou a ser caracterizada como sociedade da imagem e sociedade do conhecimento, em que se considera “que vivemos em uma cultura dominada por imagens” e pela “disseminação do conhecimento a todos os planos da vida social e a filtragem de informação relevante nas rotinas e no cotidiano” (FRIDMAN, 1999. p. 03). A sociedade mantém-se em constante movimento, segundo Bauman “o afastamento e a inacessibilidade da estrutura sistêmica, juntamente com o estado fluido e não estruturado do cenário imediato da política da vida, mudam essa condição de maneira radical e exigem um repensar dos conceitos antigos que eram usados para enquadrar suas narrativas (BAUMAN, 2013. p. 8).

Nesse contexto, tecnologias são cada vez mais utilizadas para resolver nossos problemas do dia-dia, permeando todas as áreas do conhecimento, gerando outros riscos e incertezas. O Direito não está imune às tecnologias revolucionárias - em termos mais técnicos: novas tecnologias ou tecnologias disruptivas - que vimos todos os dias. Em excelentemente artigo publicado por pesquisadores das Universidades Federal e do Oeste do Estado de Santa Catarina sugerem uma nova compreensão do Direito frente a tais tecnologias; um direito disruptivo diante da tecnologia disruptiva.⁴

1 Cf. BECK, 2002; BECK, 2006a; e BECK, 2006b.

2 Cf. FRIDMAN, 1999; e ADELMAN, 2009.

3 Cf. BAUMAN, 2013.

4 Neste artigo os autores demonstram a necessidade de um Direito Disruptivo para responder aos riscos e incertezas das tecnologias disruptivas:

As Novas Tecnologias impactam a psiché e techné humana (GALIMBERTI, 2006), o que significa transformar o modo do homem de agir sobre mundo e a cognição humana, levando o humano a recorrer a territórios que até então eram inexplorados, transformando a sociedade, as pessoas e as relações entre as diferentes culturas. (RODOTÁ, 2014, p.73) As novas tecnologias são inevitáveis (KELLY, 2011, p.176-177) e seus efeitos invariáveis e imprevisíveis expressam o alto grau de complexidade desse fenômeno. Nesse cenário, o Direito é fundamental como meio de prevenção e gerenciamento de riscos, devendo ter como matriz

Inserido nesse contexto, o Direito Societário está sendo profundamente influenciado, ou ainda, alterado pela tecnologia cada dia mais disruptiva, quer gostemos ou não. O que se pode considerar “digitalização” do Direito Societário.⁵

A partir dessas considerações, exsurge a seguinte pergunta como problema de pesquisa: qual o panorama da digitalização do Direito Societário no Brasil?

Assim, a fim de se obter uma noção acerca da situação atual em que se encontra o Brasil em termos de digitalização do Direito Societário, o presente artigo tem por objetivo verificar e demonstrar quais são as medidas introduzidas nos últimos anos que impliquem no uso de recursos tecnológicos no nascimento, vida e morte das empresas no país.

Esse tema desperta interesse à medida que nos últimos anos o governo brasileiro, seguindo os passos dos países desenvolvidos, vêm editando legislação e lançando programas de racionalização e simplificação de processos e procedimentos relacionados ao Direito Societário no intuito de diminuir os impactos da burocracia brasileira sobre o ambiente de negócios. Essas medidas desburocratizantes têm como força motriz, principalmente, a má colocação do país nos relatórios publicados pelo Banco Mundial, a partir de sua pesquisa *Doing Business* (medindo a regulamentação do ambiente de negócios),⁶ e se concentram no uso da tecnologia para enfrentar o problema.

Além disso, quando expressões como *Blockchain*, *Smart Contracts*, *Artificial Intelligence*, *Big Data*, *Fintech*, *Startup*, *Business Regulation*, “Criptoativos”, “Digitalização”, “Assinatura Digital”, “Documento Eletrônico”, “Assembleia Virtual”, “Simplificação”, “Desburocratização”, entre tantas de

epistemológica um Paradigma Científico que seja capaz de observar o fenômeno das Novas Tecnologias e apresentar respostas que coadunem com a natureza da manifestação do fenômeno tecnológico através do que se propõe como um Direito Disruptivo (como resposta às Tecnologias Disruptivas). (SANTOS; MARCO; e MÖLLER, 2019).

5 Este conceito será melhor operacionalizado na primeira seção do artigo.

6 De acordo com a pesquisa do Banco Mundial, o Brasil encontra-se hoje 124º lugar no ranking de economias, com regulações mais favoráveis aos investimentos dentre mais de 190 economias em todo o mundo. As regulamentações pesquisadas referem-se às normas estatais relativas à abertura de empresa, à obtenção de licenças de construção, ao fornecimento de eletricidade, ao registro de imóveis, à obtenção de crédito, à proteção dos investidores minoritários, pagamento de tributos, negociação através de fronteiras, ao *enforcement* de contratos e de insolvência. O Banco Mundial faz sua pesquisa nos municípios de São Paulo e Rio de Janeiro, por serem a primeira e a segunda cidades mais populosas do país. (Cf. THE WORLD BANK. Dados, 2020; e THE WORLD BANK. *Doing Business 2020: Training for Reform*. Economy Profile Brazil).

outras, se tornaram corriqueiras no dia-a-dia, percebe-se a necessidade de se estudar como isso está influenciando o Direito Societário.

Essa revolução tecnológica se intensificou com a Pandemia de COVID-19 (Novo Corona Vírus), declarada pela Organização Mundial de Saúde – OMS, no dia 13 de março de 2020, uma vez que, com o distanciamento social e o trabalho em *home office*, a utilização da tecnologia no direito tornou-se exponencial.⁷

Esse estudo é realizado sob o enfoque da teoria da regulação econômica, mais especificamente da regulação de entrada, a partir da qual, quanto mais claras, coerentes, previsíveis, transparentes e acessíveis as regras que envolvem o nascimento, a vida e a morte de uma empresa, maior seriam os níveis de desenvolvimento econômico do país e quanto mais rigorosa a regulação de entrada, mais os países tendem a se encontrar em níveis mais baixos de desenvolvimento econômico.⁸

Como parâmetros, o estudo tomará por base comparativa o **Report on Digitalisation in Company Law** realizado pelo The Informal Company Law Expert Group (ICLEG) para a Comissão Europeia em 2016 (CONAC. et al., 2016); o **Study on Digitalisation of Company Law**: By everis for the European Commission – DG Justice and Consumers da União Europeia, de 2017 (Alexandropoulou; Senii; e Somers, 2017); assim como o relatório **Doing Business 2020** (The World Bank. Doing Business 2020: Training for Reform. Economy Profile Brazil).

Nesse contexto, na segunda seção do artigo são operacionalizados os conceitos e definições básicas sobre Direito Societário e digitalização, delimitados pela regulação de entrada. A partir dessas definições, passa-se à análise da legislação relacionada ao uso da tecnologia em matéria societária, destacando-se os efeitos práticos dessas alterações. Por fim, extrai-se uma conclusão e são apresentadas algumas tendências sobre a digitalização do Direito Societário para o futuro.

2 Direito Societário na perspectiva da regulação de entrada e digitalização

2.1. Direito Societário sob a ótica da Regulação de Entrada

De acordo com Borba (2017), “o Direito Societário tornou-se, dessarte, um corpo uno e orgânico, abrangendo todas as modalidades

7 Cf. GAMA; e NEVES, 2020; e GOLDONI; MEDEIROS; e ROCHA, 2020.

8 A relação entre Regulação de Entrada e Desenvolvimento foi explorada na Dissertação do Autor com o título “Regulação e desenvolvimento: regulação de registro de empresas e segurança jurídica” (CEREZOLI, 2018). Cf. DJANKOV, 2002; DJANKOV; MCLIESH; RAMALHO, 2006; e HAIDAR, 2012.

societárias, independentemente da natureza empresarial ou não empresarial da entidade considerada” (BORBA, 2017. p. 13).

Para Sebastião José Roque, o Direito Societário representaria um dos ramos do Direito Empresarial e teria por objeto as sociedades mercantis, ou seja, estaria restrito às pessoas jurídicas que desenvolveriam atividade econômica com fins de lucro de forma organizada:

No terceiro semestre de estudo de Direito Empresarial nas faculdades de direito, é estudado o Direito Societário, assim chamado por ter como objeto as sociedades mercantis. É o direito que examina a roupagem jurídica da empresa, a sua estrutura estatutária, havendo, pois, íntima correlação entre a sociedade e a empresa. A empresa brasileira pode se revestir de diversas formas jurídicas; são sete formas societárias: sociedade por cotas de responsabilidade limitada, sociedade anônima, sociedade em nome coletivo ou com firma, sociedade de capital e indústria, sociedade em comandita por ações, sociedade em comandita, sociedade em conta de participações. As leis primordiais do Direito Societário são a Lei das Sociedades por Ações e o Título II de nosso Código Civil, com o nome: DA SOCIEDADE (ROQUE, 2020).

Entretanto, para Walfrido Jorge Warde Júnior, o Direito Societário corresponderia a uma disciplina autônoma do Direito Empresarial e corresponderia “a quase todo o ‘direito privado interno da empresa”:

As sociedades são a forma prevalente de organização jurídica da empresa. E, por isso, o direito societário (ou, ainda, o direito societário interno) corresponde a quase todo o “direito privado interno da empresa”.

O direito comercial não disciplina a organização jurídica da empresa-societária, que se especializou à afirmação histórico-dialética do direito societário, rama autônoma e especialíssima do direito privado (WARDE JÚNIOR, 2013. p. 131).

Contudo, o **Study on Digitalisation of Company Law** de 2017 define Direito Societário de forma restrita, como a “legislação que regula a criação, registro ou incorporação, operação, governança e dissolução de empresas”, o que compreenderia “a legislação que regula todos os

procedimentos relacionados à criação, registro, operação, governança e dissolução de empresas”.⁹

De acordo com o **Report on Digitalisation in Company Law** realizado em 2016, o Direito Societário para fins de sua pesquisa, “inclui o processo pelo qual uma empresa é formada, as obrigações de registrar determinadas informações e publicá-las e certos aspectos de governança corporativa, como as maneiras pelas quais as empresas e seus acionistas se comunicam entre si”.¹⁰

Nesse contexto, embora não se tenha consenso, como demonstrado, o Direito Societário, para efeitos do estudo ora empreendido, poderia ser definido como a disciplina que estuda a organização jurídica das empresas, as quais podem ser classificadas como pessoas físicas e jurídicas que desenvolvam atividade econômica sob o intuito de lucro e sob organização.¹¹

Essa definição englobaria as seguintes formas societárias: Empresário Individual (EI)¹² e seu equiparado Microempreendedor Individual,¹³ Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI),¹⁴ Sociedade em Conta de Participação,¹⁵ Sociedade em Nome Coletivo,¹⁶ Sociedade em Comandita Simples,¹⁷ Sociedade Limitada (LTDA),¹⁸

9 “Company law comprises the legislation that regulates all the procedures related to creation, registration, operation, governance and dissolution of companies”. (Alexandropoulou; Senii; e Somers, 2017).

10 “When we refer to company law, this includes the process by which a company is formed, the obligations on a company to register certain information and publish it and certain corporate governance aspects, such as the ways in which companies and their shareholders communicate with each other”. (CONAC, et al., 2016. p. 6).

11 A definição de empresa foi explorada na Dissertação do Autor com o título **Regulação e desenvolvimento: regulação de registro de empresas e segurança jurídica** (Cerezoli, 2018).

De acordo com uma teoria da empresa de inspiração italiana “[a] empresa é a atividade econômica, que decorre da organização e do emprego de elementos de produção, pelo empresário (individual ou sociedade empresária), em caráter profissional, para a produção ou à circulação de bens e serviços, nos mercados” (Warde Júnior, 2013. p. 95).

12 Cf. art. 966 e seguintes do Código Civil.

13 BRASIL. **Portal do Microempreendedor – MEI**, 2017.

14 Cf. art. 980-A do Código Civil.

15 Cf. art. 991e seguintes do Código Civil.

16 Cf. art. 1.039e seguintes do Código Civil.

17 Cf. art. 1.045 e seguintes do Código Civil.

18 Cf. art. 1.052 do Código Civil.

Sociedade Anônima (S.A.),¹⁹ Sociedade em Comandita por Ações,²⁰ Consórcio,²¹ Subsidiária Integral²² e Grupo Empresarial.²³ Não estariam enquadradas no conceito os tipos societários não empresariais:²⁴ as Sociedades Simples,²⁵ as Cooperativas²⁶ as Associações²⁷, as Fundações,²⁸ as Organizações Religiosas,²⁹ Partidos Políticos,³⁰ os Consórcios Públicos de Direito Privado,³¹ além das Sociedades de Advogados e as Sociedades Unipessoais de Advogados.³²

No que se refere à “Regulação de Entrada”, especificamente, embora não se tenha notícias de quem cunhou esse termo, essa expressão passou a ser conhecida a partir da sistematização realizada por Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-De-Silanes e Andrei Shleifer (2002) divulgada por meio do estudo empírico intitulado **The Regulation of Entry** (A Regulação de Entrada), publicado em 2002 (Djankov et al., 2002).

Após os autores pesquisarem sobre a regulação de entrada em 85 (oitenta e cinco) países, concluíram que os custos seriam elevados na maioria dos países e que uma regulação mais rígida de abertura de novos negócios geralmente estaria associada à uma situação de corrupção mais elevada e maior dissonância na Economia. De acordo com o estudo, os países mais democráticos e limitados têm uma regulamentação mais clara. Segundo os autores, “a entrada é regulada mais fortemente por governos menos democráticos, e essa regulamentação não produz benefícios sociais visíveis. Os principais beneficiários parecem ser os próprios políticos e burocratas” (Djankov et al., 2002).

19 Cf. Lei das Sociedades por Ações e art. 1.088 e 1089 do Código Civil.

20 Cf. art. 280 e seguintes da Lei das Sociedades por Ações.

21 Cf. art. 278 e seguintes da Lei das Sociedades por Ações.

22 Cf. art. 251 e seguintes da Lei das Sociedades por Ações.

23 Cf. art. 265 e seguintes da Lei das Sociedades por Ações.

24 Cf. art. 2º, da Lei de Registro Empresarial (Lei n. 8.934, de 18 de novembro de 1994); art. 967, 971, 984 e 1.150 do Código Civil.

25 Cf. art. 997 et seq do Código Civil.

26 Cf. Lei das Cooperativas (Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971); e art. 1093 e seguintes do Código Civil.

27 Cf. art. 44 et seq do Código Civil.

28 Cf. art. 44 et seq do Código Civil.

29 Cf. art. 44 et seq do Código Civil.

30 Cf. art. 44 et seq do Código Civil.

31 Cf. a Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005.

32 Cf. Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994.)

O Banco Mundial, embora utilize em suas pesquisas a expressão *Business Regulation* (Regulação de Negócios), estabelece que a regulação de entrada refere-se às normas estatais relativas à abertura de empresa, à obtenção de licenças de construção, ao fornecimento de eletricidade, ao registro de imóveis, à obtenção de crédito, à proteção dos investidores minoritários, ao pagamento de tributos, à negociação através de fronteiras, ao *enforcement* de contratos e de insolvência (The World Bank, Metodologia, 2020).

A pesquisa do Banco Mundial tem por objetivo revelar as condições do ambiente de negócios dos países pesquisados, o que envolve a regulamentação atinente ao nascimento, à vida e à morte de uma empresa, conforme explica Cavalcante (2015), o “ambiente de negócios é o nome genericamente atribuído às condições que circunscrevem, em um determinado país ou em uma determinada região, o ciclo de vida das empresas”. De acordo com o autor, “o ambiente de negócios diz respeito aos níveis de complexidade associados, por exemplo, aos procedimentos de abertura e fechamento de empresas ou de recolhimento de tributos” (Cavalcanti, 2015. p. 7).

Em matéria societária, o relatório *Doing Business 2020*, ao tratar dos temas sobre empresa, restringe-se a medir “o número de procedimentos, tempo, custo e requisito de capital mínimo integralizado para uma empresa de responsabilidade limitada de pequeno a médio porte iniciar e operar formalmente na maior cidade comercial de cada economia” (The World Bank. Metodologia, 2020). Isso quer dizer que, o Direito Societário está limitado aos procedimentos de abertura da empresa.

Assim, a partir dessas duas definições, tem-se parte da definição básica do Direito Societário para fins deste artigo, o qual corresponderia à disciplina que estuda a regulação estatal sobre a organização jurídica das empresas, relacionadas ao seu ciclo de vida, o que incluiria os atos de constituição, funcionamento e extinção dessas organizações.

Isso excluiria toda a regulação econômica estatal aplicada por autoridades e agências reguladoras.³³ Isso quer dizer que não fazem parte deste estudo a digitalização de processos e procedimentos exigidos para atuação de empresas nos setores regulados, tais como de mercados de capitais, tendo como agente regulador a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), do mercado de seguros, regulado pela Superintendência de

33 Regulação econômica, segundo Windholz e Hodge (2013), seria aquela que parte de uma abordagem utilitarista e se baseia em valores de eficiência econômica, e busca, em regra, corrigir falhas ou imperfeições de mercado (Windholz; e Hodge, 2013. p. 26/27)

Seguros Privados (SUSEP), de telecomunicações, da alçada da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), e etc.

2.2 Digitalização

A digitalização, segundo o Gartner Glossary (2020?), “é o uso de tecnologias digitais para alterar um modelo de negócios e fornecer novas receitas e oportunidades de geração de valor; é o processo de mudança para um negócio digital”.³⁴ De acordo com Jeff Gray e Bernhard Rumpe, “essa definição abrange relacionamentos entre diferentes negócios, além de negócios e governo, e o relacionamento vital com os clientes”.³⁵

No entender de De Clerck (2020?), a digitalização representaria transformação em digital ou mais digital:

Digitalização significa transformar interações, comunicações, funções de negócios e modelos de negócios em (mais) digitais, que geralmente se resumem a uma mistura de digital e físico, como no atendimento por todos os canais ao cliente, marketing integrado ou fabricação inteligente com uma mistura de autônomos, semi-autônomos e operações manuais.³⁶

Trazendo esse estudo sobre a definição de digitalização para o Português percebe-se que, geralmente, busca-se diferenciar “digitalização” de “digitização”. De acordo com Amaral (2020):

Na digitização, em vez de abranger somente os dados físicos para a forma digital, conforme funciona a digitalização, é transformada profundamente a composição, procedimentos e estratégias do negócio. A organização abre mão de suas bases para partir para uma atuação em uma plataforma online.

O infopédia define digitalização em quatro variações, como: “1. ato ou efeito de digitalizar, de tornar digital; 2. mudança para formato digital;

34 “Digitalization is the use of digital technologies to change a business model and provide new revenue and value-producing opportunities; it is the process of moving to a digital business” (Gartner, 2020).

35 “This definition spans relationships between different businesses, in addition to business and government, and the vital relationship to customers. A goal is to realize digitalization such that there is a clear relationship between the services offered by businesses and the actual needs of customers” (Gray; e Rumpe, 2015, p. 1.319).

36 “Digitalization means turning interactions, communications, business functions and business models into (more) digital ones which often boils down to a mix of digital and physical as in omnichannel customer service, integrated marketing or smart manufacturing with a mix of autonomous, semi-autonomous and manual operations” (De Clerck, 2020).

3. conversão em dados digitais; 4. adaptação a modo de funcionamento através da internet e/ou de dispositivos eletrônicos” (INFOPÉDIA, 2020).

Entretanto, o Relatório sobre digitalização elaborado pelo The Informal Company Law Expert Group (ICLEG) para a Comissão Europeia em 2016, aqui utilizado como parâmetro, define digitalização como a comunicação por meios eletrônicos, o que em termos societários abrangeria o processo de formação da empresa, a forma de registro e publicação de informações da empresa e certos aspectos da governança corporativa:

Por “digitalização”, entendemos a representação da comunicação por escrito ou pelo som por meios eletrônicos, e o conceito diz respeito à comunicação eletrônica, incluindo a transmissão de informações e o armazenamento de tais comunicações eletronicamente e o acesso e recuperação eletrônicos desse armazenamento. Quando nos referimos à lei das empresas, isso inclui o processo pelo qual uma empresa é formada, as obrigações de registrar determinadas informações e publicá-las e certos aspectos de governança corporativa, como as maneiras pelas quais as empresas e seus acionistas se comunicam entre si. Por governança corporativa, entendemos as estruturas pelas quais a administração de uma empresa é organizada e a distribuição de poderes que essa estrutura representa, que consideramos uma parte inerente e importante do direito nacional das empresas.³⁷

O estudo sobre a digitalização do Direito Societário da União Europeia de 2017 definiu esta como “mudanças nos procedimentos relacionados às leis das Sociedades para passar dos processos em papel, onde é necessária uma presença física perante uma autoridade, para os on-line diretos de ponta a ponta”.³⁸

37 “By »digitalisation« we mean the representation of communication in writing or sound by electronic means and the concept thus concerns electronic communication including the transmission of information and the storage of such communication electronically and electronic access and retrieval from such storage. When we refer to company law, this includes the process by which a company is formed, the obligations on a company to register certain information and publish it and certain corporate governance aspects, such as the ways in which companies and their shareholders communicate with each other. By corporate governance we mean the structures by which the management of a company is organised and the distribution of powers that this structure represents, which we see as an inherent and important part of national company law.” (CONAC, 2016. p. 6)

38 “Digitalisation of Company Law – changes in the Company law related procedures to move from paperbased processes where a physical presence before an authority is required,

Embora no Brasil o termo digitalização seja geralmente utilizado para definir a operação de transformação de documentos físicos em documentos digitais,³⁹ considerando as definições trazidas pelos estudos utilizados como parâmetro para esta pesquisa, entende-se que a melhor definição a ser aqui empregada seria aquela que compreende o uso da tecnologia para a realização de tarefas burocráticas através da rede mundial de computadores ou de dispositivos eletrônicos.

Assim, ao se conjugar a definição de direito societário delimitada pela regulação de entrada com o conceito de digitalização, o presente estudo tem como foco a análise da legislação societária que incorpore o uso da tecnologia nos processos de registro e arquivamento de atos societários (o que engloba a constituição, alterações e extinção), na realização e registro de assembleias e reuniões em meio eletrônico e na elaboração de escrituração contábil e societária de forma digital de empresas.

3 Digitalização do Direito Societário brasileiro

3.1 Digitalização do registro e arquivamento de atos societários

O registro de empresas no Brasil foi organizado, com a edição da Lei n. 8.934/94, sob a forma de um sistema designado “Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis – SINREM”, englobando órgãos e entidades federais e estaduais.

O SINREM tem como órgão de supervisão, orientação, coordenação, e regulamentação o Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI) (nova nomenclatura do extinto Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC), órgão federal, que integra a Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.⁴⁰

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, as quais têm natureza híbrida, haja vista que em matéria administrativa ela insere-se

to end-to-end direct online ones.” (ALEXANDROPOULOU; SENII; e SOMERS, 2017, p. 10).

39 Cf. INFORMAÇÕES EMPRESARIAS, CPA, 2020; MALHEIRO; e PENTEADO, 2020; BARRETO, 2020; e INOVE, 2020.

40 Decreto n. 9.745, de 8 de abril de 2019. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Economia, remaneja cargos em comissão e funções de confiança, transforma cargos em comissão e funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE.

na administração pública estadual, e quando se trata de matéria técnica de registro de empresa, vincula-se ao DREI (art. 5º e 6º⁴¹ da Lei n. 8.934/94), segundo Sérgio Campinho (2018. p. 338):

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.

De acordo com o disposto no art. 32, da Lei n. 8.934/94, cabe à junta comercial realizar: a) a matrícula dos leiloeiros, tradutores e intérpretes comerciais, trapicheiros e administradores de armazéns gerais; b) o arquivamento dos atos de empresa e de interesse dos empresários; e c) a autenticação dos livros e escriturações comerciais.

No entanto, para o desenvolvimento do presente trabalho, neste tópico, torna-se relevante o estudo de apenas uma da modalidade, o arquivamento, previsto no inciso II do art. 32 da Lei n. 8.934/94:⁴²

Art. 32. O registro compreende: (...)

II - O arquivamento:

- a) dos documentos relativos à constituição, alteração, dissolução e extinção de firmas mercantis individuais, sociedades mercantis e cooperativas;
- b) dos atos relativos a consórcio e grupo de sociedade de que trata a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;
- c) dos atos concernentes a empresas mercantis estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil;
- d) das declarações de microempresa;

41 Art. 5º Haverá uma junta comercial em cada unidade federativa, com sede na capital e jurisdição na área da circunscrição territorial respectiva.

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 n. 13.833, de 2019).

42 O arquivamento, segundo Silva (2002), “nada mais é do que o ato de depósito, promovido pela autoridade pública competente, para guarda de documentos de interesse do comércio e do empresário comercial” (Silva, 2002. p. 53).

e) de atos ou documentos que, por determinação legal, sejam atribuídos ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins ou daqueles que possam interessar ao empresário e às empresas mercantis;

São passíveis de arquivamento nas juntas comerciais os atos e documentos societários relacionados às seguintes formas societárias: Empresário Individual (EI), Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), Sociedade em Conta de Participação, Sociedade em Nome Coletivo, Sociedade em Comandita Simples, Sociedade Limitada (LTDA), Sociedade Anônima (S.A.), Sociedade em Comandita por Ações, Consórcio, Subsidiária Integral, Grupo Empresarial e Cooperativa.

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; 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 (THE WORLD BANK. *Doing business* no Brasil, 2006.).

Diante desse cenário, o Governo Federal iniciou uma reforma na legislação para simplificação dos procedimentos relativos a formalização de empresas, a qual se iniciou por meio da edição do novo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte⁴³,

43 Cf. art. 3º da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006.

pela Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006. Esta lei revogou o antigo estatuto das micro e pequenas empresas, Lei n. 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 n. 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 n. 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 n. 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 n. 11.598/2007).⁴⁴

44 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” (Schwingel e Rizza, 2013. p. 53).

Como explica Mamede (2008), a REDESIM pode ser definida como uma estrutura administrativa composta de órgãos ligados ao registro, licenciamento e autorização para funcionamento de empresas:

Nesse caos, recebemos a Lei 11.598, de 3 de dezembro de 2007, criando a Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – Redesim, criada com o objetivo de propor ações e normas para simplificar e integrar o processo de registro e legalização de empresários (firma individual) e de pessoas jurídicas (sociedades simples e sociedades empresárias). A Redesim é uma estrutura administrativa que se compõe por órgãos federais que estejam direta ou indiretamente ligados ao registro ou inscrição, alteração e baixa de pessoas naturais e jurídicas dedicadas à exploração de atividades negociais, bem como órgãos que estejam envolvidos nos procedimentos de abertura, licença ou autorização para funcionamento, além de encerramento de estabelecimentos econômicos. A participação desses órgãos federais é obrigatória. Somam-se autoridades e entidades não federais com competências e atribuições vinculadas aos assuntos de interesse da Redesim, embora a participação de tais entes seja voluntária, com o que se pretende preservar as atribuições de poder e competência administrativas, inscritas na Constituição da República.

Especificamente em matéria de digitalização, a Lei n. 11.598/2007 previu, em seu art. 9º, “entrada única de dados cadastrais e de documentos, resguardada a independência das bases de dados e observada a necessidade de informações por parte dos órgãos e entidades que a integrem”. Nesse mesmo artigo, em seu parágrafo 1º, a lei buscou o compartilhamento de informações e dados de forma eletrônica entre os órgãos e entidades da rede, de forma a evitar que o empreendedor tivesse que apresentar documentos em superposição. No art. 11, a lei da REDESIM estabeleceu obrigação ao Governo Federal de criar e manter sistema na internet pelo qual seria a) fornecida “orientação e informação sobre etapas e requisitos para processamento de registro, inscrição, alteração e baixa de pessoas jurídicas ou empresários, bem como sobre a elaboração de instrumentos legais pertinentes”; b) “prestados os serviços prévios ou posteriores à protocolização dos documentos exigidos”; e c) possível o acompanhamento dos processos de seu interesse pelo usuário”.

Em 2008, a Lei Complementar n. 128, de 19 de dezembro de 2008, alterou a Lei Complementar n. 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 jurídico brasileiro a figura do Microempreendedor Individual (MEI).⁴⁵ 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 (Schwingel e Rizza, 2013).⁴⁶

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 n. 25, de 18 de outubro de 2011,⁴⁷ 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. Segundo a resolução, o integrador nacional corresponderia a um “sistema informatizado de adoção obrigatória pelos órgãos partícipes, que contém os aplicativos para coleta eletrônica de informações comuns, troca de dados com os Integradores Estaduais e módulos de gerenciamento e auditoria”. No mesmo sentido, o integrador estadual seria o:

“sistema informatizado de adoção obrigatória pelos órgãos partícipes, que contém os aplicativos para coleta de informações específicas, troca de dados com os órgãos e entidades estaduais e municipais responsáveis pelo processo de registro e legalização, bem como com os órgãos abrangidos pelo Integrador Nacional, e módulos de gerenciamento e auditoria”.⁴⁸

45 Cf. o § 1º, do art. 18-A, da Lei Complementar n. 123/2006.

46 “O Brasil conta hoje com mais de 10 milhões de MEI (Formalização como MEI continua sendo uma alternativa diante da crise: Figura jurídica criada há pouco mais de 10 anos, o microempreendedor individual oferece diversos benefícios e tem sido opção para novos negócios” (Agência SEBRAE de Notícias, 2020).

47 Cf. Resolução CGSIM n. 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.

48 Resolução CGSIM n. 25, de 18 de outubro de 2011.

Outra alteração significativa sobre digitalização do registro de empresas do país se deu com as alterações da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, introduzidas pela Lei Complementar n. 147, de 7 de agosto de 2014. A partir da determinação de que os processos de registro e legalização das micro e pequenas empresas deveriam “ter trâmite especial e simplificado, preferencialmente eletrônico, opcional para o empreendedor na forma a ser disciplinada pelo CGSIM” (art. 4º, § 1º, e 8º).⁴⁹

Em 2019, o Governo Federal editou a Medida Provisória n. 876, de 13 de março de 2019, pela qual foi introduzida na Lei de Registro Público de Empresas, n. 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.

Com a perda da vigência da MP n. 876/2019, a qual não foi convertida em lei dentro do prazo constitucional, a matéria foi introduzida por meio de emenda na Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019, que trata das diretrizes sobre liberdade econômica, convertida na Lei n. 13.874, de 2019, de 20 de setembro de 2019.

Também no início de 2019, foi promulgada a Lei Complementar n. 167, de 24 de abril de 2019, que alterou a Lei Complementar n. 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. 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.⁵⁰

A empresa inova simples foi criada como uma alternativa rápida, fácil e barata para a inscrição de *startups* e empresas de inovação, tendo sido regulamentada pela Resolução CGSIM n. 55, de 23 de março de 2020, com entrada em vigor a partir de 19 de novembro de 2020. De acordo com o regulamento, a empresa inova simples deverá ser registrada através do Portal Nacional da Rede Nacional para a Simplificação do Registro

49 Cf. art. 4º, § 1º, da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006.

50 Cf. Oliveira, 2019 e Reverbel, 2020.

e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim). 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.

Dentre tantas reformas no registro empresarial, uma das mais importantes e recentes foi a já mencionada Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019, que trata das diretrizes sobre liberdade econômica, convertida na Lei n. 13.874, de 2019, 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 n. 881/2019 inseriu o art. 2º-A na Lei n. 12.682, de 9 de julho de 2012, tratando da possibilidade de armazenamento de documentos em formato eletrônico.

Esses dois dispositivos foram regulamentados pelo Decreto n. 10.278, de 18 de março de 2020, o qual previu que tais documentos, para ter validade de original deverão ser assinados “digitalmente com certificação digital no padrão da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, de modo a garantir a autoria da digitalização e a integridade do documento e de seus metadados” (art. 5º, I). Estabeleceu, também, em seu art. 9º, a possibilidade de descarte dos documentos físicos após digitalizados, o que resulta em medida importante para o registro de empresas, haja vista que inúmeras juntas comerciais encontram dificuldades para a manutenção de seu acervo físico, que muitas vezes, contém bilhões de documentos.

Outro ponto importante na digitalização do registro foi 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 n. 8.934, de 18 de novembro de 1994.

Além disso, a MP n. 881/2019 alterou o art. 32 da Lei n. 8.934/94, dispensando a realização de ato societário para alteração de informações meramente cadastrais, bastando o envio das informações de forma eletrônica para as juntas comerciais, as quais passariam a atualizar os

cadastros das empresas. Essa matéria foi regulamentada pelo Decreto n. 10.173, de 13 de dezembro de 2019, sobre o qual trataremos posteriormente.

A MP n. 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 edição da MP n. 881, de 30 de abril de 2019, houve uma avalanche de normativos publicados pelo DREI, no intuito de adequar a regulamentação sobre o registro de empresas. Para o escopo do tópico que ora se estuda, destacam-se as Instruções Normativas n. 60, de 26 de abril de 2019,⁵¹ n. 62, de 10 de maio de 2019,⁵² n. 66, de 6 de agosto de 2019,⁵³ e n. 75, de 18 de fevereiro de 2020.

Nesse ínterim, importante regulamentação de adequação das alterações introduzidas pela MP n. 881/2019 foi o Decreto n. 10.173, de 13 de dezembro de 2019, o qual revisou quase que integralmente o Decreto nº. 1.800/94, que regulamenta a Lei de Registro Empresarial, Lei n. 8.934/94. Em matéria de digitalização, vale destacar a regulamentação quanto ao arquivamento automático de informações meramente cadastrais (art. 32, § 1º e 2º); o registro automático de empresas (art. 51); a possibilidade de a junta comercial devolver ao empresário o ato ou documento societário depois de preservada sua imagem (art. 90); a dispensa de que o empresário preste idênticas informações a outros órgãos ou entidades públicas (art. 91); e a possibilidade de registro “por meio de sistema eletrônico criado e mantido pelo Ministério da Economia (art. 92-A).

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 n. 1014/2020/ME, de 25 de março de 2020, 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 n. 60/2019:

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,

51 Revogada pela IN DREI n. 81, de 10 de junho de 2020.

52 Revogada pela IN DREI n. 81, de 10 de junho de 2020.

53 Revogada pela IN DREI n. 81, de 10 de junho de 2020.

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 (BRASIL. Departamento de Registro Empresarial e Integração - DREI, 2020).

Outra medida importante para a digitalização dos registros de empresa foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Medida Provisória n. 931, de 30 de março 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. Esse formato de assembleia será melhor estudado à frente, tendo sido regulamentado pela IN DREI n. 79, de 14 de abril de 2020, revogada pela IN DREI n. 81, de 10 de junho de 2020.

Essas alterações introduzidas a partir de 2019, resultaram na revisão quase completa das regras de registro empresarial, culminando com a publicação da IN DREI n. 81, de 10 de junho de 2020. Essa IN consolidou as várias regulamentações sobre o registro de atos em formato digital, de maneira que a maioria das juntas comerciais realizam seus registros de forma totalmente digital, onde os atos e documentos societários podem ser apresentados em documento eletrônico, nato em meio digital, ou em documento digitalizado, em que os documentos assinados fisicamente pelos empresários podem ser digitalizados e assinados digitalmente pelos sócios e administradores ou por contadores e advogados. Esses documentos são protocolados, acompanhados e recebidos quando arquivados, tudo através da rede mundial de computadores. Além disso, os registros podem ser realizados via registro automático, em que o ato realizado com base num documento padrão disponibilizado pelo DREI e

assinado digitalmente pelos sócios e administradores são protocolados via internet e aprovados automaticamente por sistema informatizado.

Recentemente foi editada a Medida Provisória n. 983, de 16 de junho 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, mesmo que o fornecimento de informações sobre empresa não tenha sido incluído no estudo é importante deixar registrado que, desde 2013, as juntas comerciais estão autorizadas e já vêm emitindo certidões de documentos e atos societários arquivados de forma eletrônica, conforme previsto na IN DREI n. 20, de 5 de dezembro de 2013, e suas alterações posteriores.⁵⁴

3.2. Digitalização da escrituração contábil e societária

O estudo da digitalização da escrituração contábil e societária parte da compreensão de que a escrituração⁵⁵ é refletida em instrumento representado pelos livros mercantis, os quais podem ser classificados como livros contábeis ou de escrituração e pelos livros societários. Os livros contábeis seriam aqueles relacionados à escrituração contábil,⁵⁶ tais como o livro diário, o livro caixa, o livro razão, e etc. Já os livros societários,⁵⁷ corresponderiam àqueles utilizados para o registro de fatos

54 Revogada pela IN DREI n. 81, de 10 de junho de 2020.

55 Alfredo de Assis Gonçalves Neto, ao comentar a norma prescrita no art. 1.179 do Código Civil de 2002, define escrituração da seguinte forma: “Escriturar, no sentido do texto, é a ação de registrar ou de anotar as contas de uma empresa; significa lançar nos livros ou instrumentos de escrituração adequados, com base em documento hábil, as operações que o empresário realiza no desenvolvimento de suas atividades e os reflexos que delas decorrem”. (Gonçalves, 2017. p. 789).

56 Mantém-se aqui, por isso, a terminologia adotada pelo Código Civil, porém com um significado bem mais amplo do que o vocábulo sugere, para abranger todo e qualquer instrumento de escrituração legalmente admitido, inclusive bases de dados capazes de permitir o controle das contas do empresário, mesmo por meios virtuais. (Gonçalves, 2017. p. 791).

57 “A sociedade anônima encontra-se obrigada, como os comerciantes em geral, a dispor de livros comerciais e fiscais, nos quais são feitos os lançamentos de suas operações.

e operações societárias, como o registro de ações, de atas de assembleia geral, de transferência de ações, e etc.

Para que tenham validade, esses livros devem ser autenticados na junta comercial, conforme se depreende do disposto no § 2º, do art. 5º; nos art. 10 e 14 do Decreto-Lei n. 486, de 3 de março de 1969; art. 12 do decreto no 64.567, de 22 de maio de 1969; 32, II, da Lei n. 8.934/94; e art. 1.181 do Código Civil de 2002.

A autenticação, de acordo com Gonçalves (2017), “é o ato pelo qual o órgão registrador (i) confirma, em livro ou em outro instrumento de escrituração, sua aptidão para nele serem realizados os registros das operações mercantis de empresário regularmente inscrito... ou (ii) atesta, em cópia, sua correspondência com o teor do original que nele se encontra arquivado” (Gonçalves, 2017. p. 711).

A Lei n. 8.934/94 estabelece que a autenticação se refere aos instrumentos de escrituração, na forma de seu art. 39, I: “Art. 39. As juntas comerciais autenticarão: I - os instrumentos de escrituração das empresas mercantis e dos agentes auxiliares do comércio; (...).”

De acordo com a Instrução Normativa DREI n. 11, de 5 de dezembro de 2013, os livros mercantis podem ser apresentados para autenticação pelas junta comerciais no formato físico ou digital. Importante anotar que os livros digitais são aceitos pela regulamentação de registro desde a edição da IN DNRC nº. 102, de 25 de abril de 2006, os quais deveriam ser assinados com certificado da ICP-Brasil.

Especificamente em relação à digitalização da escrituração contábil, diz-se que esta teve início há muito tempo, com a adoção de sistemas mecânicos e eletrônicos para tanto (Cf. Gonçalves, 2017. p. 795 et seq). Contudo, em termos de política pública, a digitalização ocorreu quando criado o Sistema Público de Escrituração Digital – Sped, instituído pelo Decreto n. 6.022, de 22 de janeiro de 2007, gerido e regulamentado pela Receita Federal do Brasil, conforme a Instrução Normativa RFB n. 787, de 19 de novembro de 2007. Com o lançamento do Sped, a IN DNRC n. 102, de 25 de abril de 2006, foi substituída pela IN DNRC n. 107, de 23 de maio de 2008, na qual foi incorporada a autenticação dos livros digitais

A par desses, existem os chamados livros sociais, que são específicos da sociedade anônima, pelo que muitos preferem denominá-los livros corporativos. A Lei nº 6.404/1976 enumera-os no art. 100.

Os livros sociais podem ser agrupados em duas categorias: livros de atas e livros de registro e transferência de títulos”. (Borba, 2017. p. 257).

via Sped. A IN DNRC n. 107, de 23 de maio de 2008 foi revogada pela IN DREI n. 11/2013, ainda em vigor.⁵⁸

De forma a compatibilizar a Lei 8.934/94 com a autenticação digital, a Lei Complementar n. 147, de 7 de agosto de 2014, inseriu na norma de registro, os art. 39-A e 39-B, prevendo essa modalidade de autenticação:

Art.39-A. A autenticação dos documentos de empresas de qualquer porte realizada por meio de sistemas públicos eletrônicos dispensa qualquer outra. (Incluído pela Lei Complementar nº 1247, de 2014)

Art. 39-B. A comprovação da autenticação de documentos e da autoria de que trata esta Lei poderá ser realizada por meio eletrônico, na forma do regulamento. (Incluído pela Lei Complementar nº 1247, de 2014)

Durante o período de 2008 a meados de 2016, o empresário enviava a Escrituração Contábil Digital - ECD com as assinaturas digitais para a Receita Federal via Sped e as juntas comerciais, ao receberem os arquivos da receita, autenticavam esse documento (art. 16 e seg. da IN DNRC n. 107/2008 e art. 22 e seg. da IN DREI n. 11/2013⁵⁹. Contudo, consubstanciado no fato de que as juntas comerciais não estavam dando conta da autenticação da escrituração digital (,) (onde) - várias delas encontravam-se com milhares de documentos represados em seus sistemas sem que conseguissem autenticá-los - e com a inclusão dos art. 39-A e 39-B na lei de registro de empresas, foi editado o Decreto n. 8.683, de fevereiro de 2016, alterando o Decreto n. 1800/96, para dispensar a autenticação da escrituração digital pelas juntas comerciais, bastando, tão-somente o envio para a Receita Federal:

Art. 78-A. A autenticação de livros contábeis das empresas poderá ser feita por meio do Sistema Público de Escrituração Digital - Sped de que trata o Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007, mediante a apresentação de escrituração contábil digital. (Incluído pelo Decreto nº 8.683, de 2016) (Vide Decreto nº 6.022, de 2007)

58 Importante destacar que a autenticação via Sped funcionava em paralelo com a autenticação de livros físicos seja de escrituração contábil, seja societária.

59 Vale repetir que a autenticação via Sped funcionava em paralelo com a autenticação de livros físicos seja de escrituração contábil, seja societária.

§ 1º A autenticação dos livros contábeis digitais será comprovada pelo recibo de entrega emitido pelo Sped. (Incluído pelo Decreto nº 8.683, de 2016)

§ 2º A autenticação prevista neste artigo dispensa a autenticação de que trata o art. 39 da Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, nos termos do art. 39-A da referida Lei.. (Incluído pelo Decreto nº 8.683, de 2016)

Isso porque, ao mesmo tempo que o Decreto n. 1.800/96 dispensa a autenticação pela junta comercial, a legislação que determina essa providência não foi alterada, mantendo-se essa obrigatoriedade para que produza efeitos, conforme os já citados § 2º, do art. 5º; nos art. 10 e 14 do Decreto-Lei n. 486, de 3 de março de 1969; art. 12 do decreto n. 64.567, de 22 de maio de 1969; 32, II, da Lei n. 8.934/94; e art. 1.181 do Código Civil de 2002.

Embora haja essa discussão sobre a segurança jurídica da autenticação pela receita federal, esse é o sistema em vigor no momento, porém, quando o empresário busca a autenticação desses livros pela junta comercial, há a necessidade de formação de um livro físico ou digital, dependendo de a junta comercial estar apta a receber os livros em formato eletrônico.

Importante destacar que este estudo não engloba a escrituração fiscal, a qual é imposta às empresas pelo fisco, como forma de controle da arrecadação.⁶⁰ Nesta classificação insere-se o Simples Nacional, sistema de escrituração tributária digital dirigido às Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP). Este sistema foi introduzido pela Lei Complementar n. 123/2006, a qual o denominou. O Simples Nacional, segundo a Receita Federal, “é um regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicável às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, previsto na Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006”. Esse sistema “abrange a participação de todos os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios)”, sendo a sua adesão facultativa ao empreendedor (Brasil. Simples Nacional, 2020).

60 “Afora os livros mercantis de escrituração, o empresário, como contribuinte de tributos federais, estaduais e municipais, dependendo da natureza da atividade exercida, deve possuir e escriturar outros livros, impostos pela legislação tributária para controle dada arrecadação. Não são livros de escrituração mercantil, mas podem ser aa ela integrados como auxiliares, detalhando, por exemplo, os lançamentos resumidos do Diário. Nesse caso, passam a ser desdobramentos do próprio Diário”. (Gonçalves, 2017. p. 793).

Em relação aos livros sociais, embora se possa dizer que a IN DREI n. 11/2013 autorize a sua elaboração e autenticação em formato digital, poucas juntas comerciais conseguem recebe-los e autenticá-los nesse formato.⁶¹ Isso é um total contrassenso, haja vista que, como veremos, há a possibilidade de realização de assembleias e reuniões de forma virtual, em que sua ata pode ser formalizada em documento eletrônico, mas não se tem a possibilidade de autenticação desses livros em formato digital.

3.3. Digitalização das assembleias e reuniões

As assembleias gerais e reuniões são os órgãos máximos das sociedades empresárias, através das quais os sócios e acionistas se reúnem para deliberarem sobre as questões mais importantes da empresa. Para ilustrar, vamos utilizar as regras das sociedades anônimas e das sociedades limitadas. Nesse contexto, de acordo com a Lei das Sociedades por Ações, Lei n. 6.404/76, a assembleia geral é o órgão máximo da companhia, com poderes para decidir sobre “todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento” (art. 121 da LSA). As assembleias gerais possuem competência privativa para deliberar sobre algumas matérias específicas, tais como: reformar o estatuto social, eleger ou destituir os administradores e fiscais da companhia, tomar, anualmente, as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas (art. 122 da LSA).⁶²

Em relação às sociedades limitadas, o Código Civil de 2002 estabelece que as deliberações dos sócios nesse tipo de sociedade poderão ser tomadas em assembleia ou reunião: “Art. 1.072. As deliberações dos sócios, obedecido o disposto no art. 1.010, serão tomadas em reunião ou em assembleia, conforme previsto no contrato social, devendo ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato”.

As deliberações poderão ser tomadas em reunião, desde que a sociedade limitada possua menos de dez sócios e preveja essa forma de conclave no contrato social. Nas sociedades limitadas com mais de dez sócios, as deliberações deverão ser tomadas obrigatoriamente em assembleia, devendo serem seguidas as normas legais constantes do código. Na reunião, serão seguidas as regras de convocação e de realização

61 Como exemplo podem ser citadas as Juntas Comerciais do Estado do Espírito Santo (JUCEES), do Estado de Rondônia (JUCER), do Estado do Paraná (JUCEPAR).

62 Para uma melhor compreensão da definição de assembleia Cf.: Samat; e Ali, 2015.

previstas no contrato social. Sem essa previsão, serão aplicadas as regras gerais da assembleia.⁶³

Alfredo de Gonçalves Neto (2017) diferencia reunião e assembleia da seguinte forma:

A distinção entre reunião e assembleia de sócios é bastante tênue, residindo, exclusivamente, nas formalidades relativas à convocação e instalação. De qualquer modo, não havendo regras contratuais a respeito da reunião, esta segue as disposições referentes à assembleia, desaparecendo, assim, qualquer diferença entre elas. “Há uma preocupação de regular com certa minúcia as assembleias, mas, no tocante às reuniões, só está dito- e por duas vezes (arts. 1.072, § 6º, e 1.079) – que devem ser observadas as normas sobre as assembleias no que não for regulado pelo contrato social. As lacunas devem ser supridas com as parcas normas relativas às assembleias (vg., art. 1.152, § 3º), não se aplicando subsidiariamente, ao caso, as regras sobre as assembleias das associações (Gonçalves Neto, 2017. p. 447).

Seguindo na direção do escopo do presente artigo, cabe dizer que as assembleias realizadas em meio digital já são realizadas há algum tempo em países desenvolvidos como nos Estados Unidos da América e nos países da União Europeia.⁶⁴ Contudo, no Brasil essa modalidade de assembleia somente passou a fazer parte da rotina empresarial, a partir da declaração da Pandemia de COVID-19 (novo Corona Vírus) pela Organização Mundial de Saúde – OMS, no dia 13 de março de 2020, quando o governo federal editou a Medida Provisória n. 931, de 30 de março de 2020. Essa norma versa sobre a possibilidade de realização de assembleias e reuniões de forma virtual ou digital e semipresencial ou híbrida, para as sociedades anônimas de capital aberto e fechado, para as sociedades limitadas e para as cooperativas.⁶⁵

63 Importante deixar registrado que as assembleias e reuniões podem ser dispensadas quando todos os sócios decidirem por escrito sobre as matérias, conforme o disposto no § 3º do art. 1.072 do Código Civil de 2002.

Também são dispensadas da realização de assembleia ou reunião as Micro e Pequenas Empresas, ressalvado no caso de exclusão de sócio ou se o contrato social dispuser de forma diferente, conforme o art. 70 da Lei Complementar n. 123/2006.

64 Cf. Samat; e Ali, 2015; Fontenot, 2017; Boros, 2004; e Zetsche, 2005.

65 Embora haja posição contrária quanto à possibilidade de assembleias virtuais para as companhias de capital fechado, a regulamentação fixada pelo DREI não fez tal distinção, de forma que a norma abrange as sociedades anônimas de capital aberto e fechado, as sociedades limitadas e as cooperativas. Cf. Borba, 2020; Brasil. Manual de Registro de Sociedade

A regulamentação dessas assembleias e reuniões para as sociedades anônimas de capital aberto foi fixada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) por meio da Instrução CVM nº. 622/2020, que alterou a ICVM n. 481/2009. Em relação às sociedades anônimas de capital fechado, sociedades limitadas e cooperativas, a regulamentação coube ao DREI, a qual foi estabelecida, inicialmente pela IN DREI n. 79, de 14 de abril de 2020, e, depois, com sua revogação, pela IN DREI n. 81, de 10 de junho de 2020, por meio dos Manuais de Registro da Sociedade Anônima, Sociedade Limitada e Cooperativa.⁶⁶ Em matéria de digitalização, torna-se importante destacar que, de acordo com o Manual de Registro de Sociedade Anônima do DREI, Seção VIII, utilizado aqui como paradigma, as assembleias e reuniões com o uso da tecnologia podem ser de duas formas; semipresenciais ou digitais:

Exclusivamente, para os fins do disposto nesta seção, as reuniões e assembleias podem ser:

I - semipresenciais - quando os acionistas puderem participar e votar

presencialmente, no local físico da realização do conclave, mas também a distância, nos termos do item 1; ou

II - digitais - quando os acionistas só puderem participar e votar a distância, nos termos do item 1, caso em que o conclave não será realizado em nenhum local físico (BRASIL. Manual de Registro de Sociedade Anônima, 2020. p. 66).

O mais importante nessa questão sobre a digitalização, é que os acionistas poderão participar e votar nas assembleias e reuniões, por meio de um sistema eletrônico. Essas reuniões e assembleias deverão ser gravadas e arquivadas junto com toda a documentação na sede da empresa. Os sistemas utilizados deverão garantir a segurança, a confiabilidade e a transparência da reunião quanto ao acesso a documentos, à participação e o exercício do voto. A presença deverá ser registrada pelo sistema, mediante assinatura com qualquer certificado digital emitido por entidade credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil ou qualquer outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos. Além disso, as atas e os livros de atas poderão ser formalizados em meio digital e as certidões ou cópias

Anônima, 2020; Brasil. Manual de Registro de Sociedade Limitada, 2020; e Brasil. Manual de Registro de Sociedade Cooperativa, 2020.

66 Anexos à IN DREI n. 81/2020.

dessas atas poderão ser apresentadas a registro com as assinaturas digitais dos membros da mesa.

4 Conclusão

Do estudo empreendido podemos concluir que a digitalização do Direito Societário no Brasil ocorre basicamente com relação às normas que impactam o ambiente de negócios no país, a qual vem sendo implementada de forma lenta, principalmente por pressão dos relatórios do Banco Mundial, com o fim de superar o elevado nível de burocracia para a abertura de negócios no país até o ano de 2019.

A partir de 2019, foram editadas várias normas com o objetivo de digitalização dos processos de abertura, funcionamento e extinção de empresas, sempre sob o argumento da melhoria do ambiente de negócios. Embora muitas das medidas implantadas em 2019 e 2020 não estejam em plena operação, isso demonstra a preocupação do governo com que o país seja mais aberto, e as regras sejam mais claras e acessíveis para a formalização de novos negócios e, em última análise, para atração de novos investimentos.

Diante desse panorama, é possível intuir que a tendência seja a do aumento da digitalização do Direito Societário, principalmente no que diz respeito ao registro de atos e documentos societários, com a parametrização de sistemas informatizados com as regras aplicáveis, para que os empreendedores criem seus atos societários totalmente digitais em uma plataforma, através da qual essas informações podem ser encaminhadas diretamente às juntas comerciais via internet.

Além disso, é provável que as juntas comerciais passem a receber apenas documentos eletrônicos para arquivamento, bem como, que sua análise passe a ser desenvolvida por um sistema com o uso de inteligência artificial, sem a intervenção humana na apreciação dos pedidos de arquivamento.

Pode-se visualizar, também, a substituição dos livros comerciais como instrumento de escrituração e de sua autenticação pelas juntas comerciais, de modo que tais registros constarão de sistemas informatizados do governo ou de instituições por ele indicadas. De forma semelhante, provavelmente haverá um grande aumento da realização de assembleias virtuais e semipresenciais, com a realização e a participação dos sócios e acionistas pela internet, sendo as deliberações registradas em documentos eletrônicos.

Nesse contexto, espera-se que sejam extintas as obrigações relacionadas à apresentação de documentos complementares aos atos e documentos societários, de forma que a identificação dos sócios e usuários do registro seja realizada digitalmente na rede mundial de computadores.

Também devem ser esquecidas as exigências de apresentação de publicações em jornal e diário oficial, utilizando-se de outros métodos eletrônicos.

Por fim, confia-se que haja integração e padronização dos serviços de registro e legalização de empresas através de um portal único, com regras claras e seguras.

Referências bibliográficas

- ADELMAN, Miriam. **Visões da Pós-modernidade: discursos e perspectivas teóricas. Sociologias**, 2009, 21: 184-217. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222009000100009&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em 26 de jun. de 2020.
- ALEXANDROPOULOU, Antigoni; SENII, Enrica Senini; e SOMERS, Geert. **Study on Digitalisation of Company Law**: By everis for the European Commission – DG Justice and Consumers. **European Union**, 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/publications/assessment-impacts-using-digital-tools-context-cross-border-company-operations_en>. Acesso em 03 de jul. de 2020.
- AMARAL, Bruna. Digitalização, **Digitização ou Transformação Digital? 2020? SMLBLOG**. Disponível em: <<https://blog.smlbrasil.com.br/digitalizacao-digitizacao-ou-transformacao-digital/>>. Acesso em 14 de jul. de 2020.
- BARRETO, Ana Amelia Menna. **Validade Jurídica do Documento Digitalizado. AARB**, 01/04/2020. Disponível em: <https://www.aarb.org.br/validade-juridica-do-documento-digitalizado/>. Acesso em 14 de jul. de 2020.
- BAUMAN, Zygmunt. **Liquid Modernity**. John Wiley & Sons, 2013. Disponível em: <<https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/54408481/bauman-liquid-modernity.pdf?>>. Acesso em 26 de jun. de 2020.
- BECK, Ulrich. **Living in the World Risk Society: A Hobhouse Memorial Public Lecture given on Wednesday 15 February 2006 at the London School of Economics. Economy and Society**, 2006, 35.3: 329-345. p. 33-334. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/51979895/Beck--Living_in_the_World_Risk_Society_MIM_Humanities_Seminar_3.pdf?>. Acesso em 26 de jun. de 2020.
- BECK, Ulrich. **Risk Society Revisited. The Sociology of Risk and Gambling Reader. In: The Sociology of Risk and Gambling Reader**. New York – NY: James F. Cosgrave, 2006.
- BECK, Ulrich. **The Terrorist Threat: World Risk Society Revisited. Theory, Culture & Society**, 2002, 19.4: 39-55. 40-43. Disponível em: <http://lakatos.free.fr/Tanitas/Intro/1stsem/files/page57_6.pdf>. Acesso em 26 de jun. de 2020.

BORBA, Gustavo Tavares. **Assembleias virtuais e híbridas**. MIGALHAS, quarta-feira, 29 de abril de 2020. Disponível em: <<https://migalhas.com.br/depeso/325751/assembleias-virtuais-e-hibridas>>. Acesso em 24 de jul. de 2020.

BORBA, José Edvaldo Tavares. **Direito Societário**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

BOROS, Elizabeth. **Virtual Shareholder Meetings**. *Duke Law & Technology Review*, v. 3, n. 1, p. 1-10, 2004. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://scholar.google.com.br/&httpsredir=1&article=1112&context=dltr>>. Acesso em 24 de jul. de 2020.

BRASIL. **Simples Nacional. Brasília - DF: Receita Federal**, 2020. Disponível em: <<http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/Documentos/Pagina.aspx?id=3>>. Acesso em: 23 de jul. de 2020.

BRASIL. **Ofício Circular 1014/2020**. Brasília- DF: **Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI)**, 13 de março de 2020. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/OFICIOS_CIRCULARES/2020/Ofcio_Circular_SEI_1014_2020_ME.pdf>. Acesso em 17 de jul. de 2020.

BRASIL. **Manual de Registro de Sociedade Anônima**, Seção VIII. Brasília – DF: **Departamento Nacional de Registro Empresarial – DREI**, 2020. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/ANEXOS_2020/IN81/Anexo_V_-_Manual_de_SA_.pdf>. Acesso em: 24 de jul. de 2020.

BRASIL. **Manual de Registro de Sociedade Cooperativa**, Seção III. Brasília – DF: **Departamento Nacional de Registro Empresarial – DREI**, 2020. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/ANEXOS_2020/IN81/Anexo_VI_-_Manual_de_Cooperativa.pdf>. Acesso em: 24 de jul. de 2020.

BRASIL. **Manual de Registro de Sociedade Limitada**, Seção III. Brasília – DF: **Departamento Nacional de Registro Empresarial – DREI**, 2020. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/ANEXOS_2020/IN81/Anexo_IV_-_Manual_de_LTDA.pdf>. Acesso em: 24 de jul. de 2020.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAVALCANTE, Luiz Ricardo. **Ambiente de negócios, investimentos e produtividade**. Texto para discussão 2130. Brasília – DF: **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA**, 2015. p. 7. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5386/1/td_2130.pdf>. Acesso em 08 de set. de 2018.

CEREZOLI, José Anderson. **Regulação e desenvolvimento: regulação de registro de empresas e segurança jurídica**. 2018. 157 f. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27271/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Mestrado%20>

[Jos%C3%A9%20Cerezoli%20%282%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27271/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Mestrado%20)>. Acesso em 03 de jul. de 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva 2005.

CONAC, Pierre-Henri, et al. **Report on Digitalisation in Company Law**. European Commission, 2016. Disponível em: <<http://158.64.76.181/bitstream/10993/31152/1/2016-03-24%20icleg-report-on-digitalisation-24-march-2016.pdf>>. Acesso em 03 de jul. de 2020.

DE CLERCK, J. P. **Digitization, Digitalization and Digital Transformation: The Differences**. I-SCOOP, 2020. Disponível em: <<https://www.i-scoop.eu/digital-transformation/digitization-digitalization-digital-transformation-disruption/>>. Acesso em 03 de jul. de 2020.

DJANKOV, Simeon et. al. **The regulation of entry**. The Quarterly Journal of Economics, v. 117, n. 1, p. 1-37, 2002. Disponível em: <<https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/30747190/w7892.pdf?sequence=1>>. Acesso em 03 de jul. de 2020.

DJANKOV, Simeon, et.al. **The Regulation of Entry**. The Quarterly Journal of Economics. Vol. CXVII. February, 2002. Issue 1. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/Methodology/starting-a-business>>. Acesso em 03 de jul. de 2020.

DJANKOV, Simeon; MCLIESH, Garalee; RAMALHO, Rita Maria. **Regulation and Growth**. Economics Letters, v. 92, n. 3, p. 395-401, 2006. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0165176506001108>>. Acesso em 03 de jul. de 2020.

FONTENOT, Lisa A. **Public Company virtual-only annual meetings**. Bus Lawyer, v. 73, p. 35-51, 2017. Disponível em: <<https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/2018/01/Fontenot-Public-Company-Virtual-Only-Annual-Meetings-ABA-Journal-Jan-2018.pdf>>. Acesso em 24 de jul. de 2020.

FRIDMAN, Luis Carlos. **Pós-modernidade: sociedade da imagem e sociedade do conhecimento**. História, Ciências, Saúde-Manguinhos, 1999, 6.2: 353-375. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-59701999000300007&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em 26 de jun. de 2020.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Direito privado emergencial [recursos eletrônico]: o regime jurídico transitório nas relações privadas no período da Pandemia da COVID-19**. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2020.

GARTNER, I. T. **Glossary: Digitalization**. GARTNER, 2020. Disponível em: <<https://www.gartner.com/en/information-technology/glossary/digitalization#:~:text=Glossary%20D%20Digitalization-,Digitalization,moving%20to%20a%20digital%20business>>. Acesso em: 14 de jul. de 2020.

GOLDONI, Luiz Rogério Franco; MEDEIROS, Breno Pauli; e ROCHA, Henrique Ribeiro da. **Covid-19, transformações e vulnerabilidades durante o isolamento**. Rio de Janeiro: Observatório Militar da Praia Vermelha, 30/03/2020. Disponível em: <http://omvp.eceme.eb.mil.br/docs/dqbrn/covid-19_analise-14.pdf>. Acesso em: 15 de jul. de 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRAY, Jeff; RUMPE, Bernhard. **Models for Digitalization**. SPRINGER, 2015. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s10270-015-0494-9>>. Acesso em: 14 de jul. de 2020.

Haidar, Jamal Ibrahim. **The impact of business regulatory reforms on economic growth**. Journal of the Japanese and International Economies, v. 26, n. 3, p. 285-307, 2012. Disponível em: <<https://hal-pse.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/717423/filename/12044.pdf>>. Acesso em 03 de jul. de 2020.

INFOPÉDIA. **Dicionários porto editora**. INFOPÉDIA, 2020. Disponível em: <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/digitaliza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 14 de jul. de 2020.

INFORMAÇÕES EMPRESARIAS, CPA. **Regulamentados a técnica e os requisitos para a digitalização de documentos públicos ou privados para que produzam os mesmos efeitos legais dos documentos originais**, Notícias. INFORMAÇÕES EMPRESARIAS, CPA, 19/03/2020. Disponível em: <<http://www.netcpa.com.br/noticias/ver-noticia.asp?Codigo=49954>>. Acesso em 14 de jul. de 2020.

INOVE. **Novo Decreto estabelece requisitos para a digitalização de documentos públicos ou privados**. SOLUÇÕES EM CAPACITAÇÃO. Inove, 19/03/2020. Disponível em: <<https://www.inovecapacitacao.com.br/novo-decreto-estabelece-requisitos-para-a-digitalizacao-de-documentos-publicos-ou-privados/>>. Acesso em 14 de jul. de 2020.

MALHEIRO, Rafael; e PENTEADO, Paulo. **Governo Federal Regulamenta Digitalização de Documentos**. Felsberg Advogados, 31/03/2020. Disponível: <<https://www.felsberg.com.br/governo-federal-regulamenta-digitalizacao-de-documentos/>>. Acesso em 14 de jul. de 2020.

MAMEDE, Gladston. **Inovações da Lei 11.598/07**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 53, maio 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2770>. Acesso em set 2018.

OLIVEIRA, Nathalia. **Inova Simples: entenda o novo regime simplificado e específico para startups**. ABERTURA SIMPLES.COM.BR, 29 DE JULHO DE 2019. Disponível em: <<https://aberturasimples.com.br/inova-simples/>>. Acesso em 17 de jul. de 2020.

REVERBEL, Valentine. **Nova resolução simplifica a abertura de startups no regime Inova Simples Medida representa um avanço para o ecossistema de startups no Brasil**. Inova & Ação. JOTA, 07/04/2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/nova-resolucao-simplifica-a-abertura-de-startups-no-regime-inova-simples-07042020>>. Acesso em: 17 de jul. de 2020.

ROQUE, Sebastião José. **As ramificações do Direito Empresarial demonstram sua vastidão**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 jul. 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/coluna/1204/as-ramificacoes-do-direito-empresarial-demonstram-sua-vastidao>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

SAMAT, Nor Hayati Abdul; ALI, Hasani Mohd. **A Legal Perspective of Shareholders' Meeting in the Globalized and Interconnected Business Environment**. Procedia-Social and

Behavioral Sciences, v. 172, p. 762-769, 2015. Disponível em: <<https://pdf.sciencedirectassets.com/277811/1-s2.0-S1877042815X00073/1-s2.0-S187704281500467X/main.pdf>>. Acesso em 24 de jul. de 2020.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; MARCO, Cristhian Magnus de; MÖLLER, Gabriela Samrsl. **Tecnologia Disruptiva e Direito Disruptivo: Compreensão do Direito em um Cenário de Novas Tecnologias**. Revista Direito e Práxis, 2019, 10.4: 3056-3091. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2179-89662019000403056&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em 26 de jun. de 2020.

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>. Acesso em 26 de jun. de 2020.

SEBRAE. **Empreendedorismo**. Agência SEBRAE de Notícias, 08/05/20. Disponível em: <http://www.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/NA/formalizacao-como-mei-continuando-uma-alternativa-diante-da-crise,1d9e92a3054f1710VgnVCM1000004c00210aRCRD?utm_source=BenchmarkEmail&utm_campaign=Sebrae_Informa_Ed._34&utm_medium=email>. Acesso em 17 de jul. de 2020.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Registro Público da Atividade Empresarial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

THE WORLD BANK. **Doing Business 2020. Economy Profile Brazil. A World Bank Group Flagship Report. Comparing Business Regulation for Domestic Firms in 190 Economies**. Washington: World Bank Group, 2019b. Disponível em: <<https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/country/b/brazil/BRA.pdf>>. Acesso em 03 de jul. de 2020.

THE WORLD BANK. **Doing Business 2020: Training for Reform. Economy Profile Brazil. A World Bank Group Flagship Report. Comparing Business Regulation for Domestic Firms in 190 Economies**. Washington: World Bank Group, 2018. Disponível em: <<https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/country/b/brazil/BRA.pdf>>. Acesso em 26 de jun. de 2020.

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>>. Acesso em 15 de jul. de 2020.

THE WORLD BANK. **Doing Business: Medindo a regulamentação do ambiente de negócios**. DADOS. World Bank Group, 2020. Disponível em: <<https://portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploreconomies/brazil>>. Acesso em: 22 de jun. de 2020.

THE WORLD BANK. **Doing Business: Medindo a regulamentação do ambiente de negócios**. Metodologia. World Bank Group, 2020. Disponível em: <<https://portugues.doingbusiness.org/pt/methodology>>. Acesso em: 22 de jun. de 2020.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Teoria geral da empresa**. In: CARVALHOSA, Modesto Carvalhosa (coord.). Tratado de Direito Empresarial. 2 tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. vol. 1.

WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. **Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual**. Revista de Direito Administrativo, 2013, 264: 13-56. Traduzido por Tatiana Mesquita. Revisão técnica de Izabel Saenger Nuñez. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/14076/31331>>. Acesso em 26 de jun. de 2020.


ZETZSCHE, Dirk A. **Corporate Governance in Cyberspace – a Blueprint for Virtual Shareholder Meetings**. Heinrich-Heine-University Duesseldorf / Germany - Faculty of Law – Center for Business and Corporate Law Research Paper Series (CBC-RPS), 2005. Disponível em: <<https://orbilu.uni.lu/bitstream/10993/30431/1/SSRN-id747347.pdf>>. Acesso em 24 de jul. de 2020>. Acesso em 10 de mar. de 2019.

3

A INSTRUÇÃO NORMATIVA 81/2020 E A DATA-BASE DO BALANÇO EM REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS

GUSTAVO MASSAINI POGGIO

Advogado especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; L.L.M. em Direito Societário pelo INSPER/SP; pelo período de 5 (cinco) anos exerceu a função de Julgador Singular na Junta Comercial do Estado de São Paulo.



A INSTRUÇÃO NORMATIVA 81/2020 E A DATA-BASE DO BALANÇO EM REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS

Gustavo Massaini Poggio

Resumo

O presente Artigo aborda os temas mais relevantes da recente Instrução Normativa n.º 81 de 2020 do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração – DREI, e traz à discussão um dos assuntos mais polêmicos em operações de reorganizações societárias: a data-base do balanço.

Em que pese a relevância prática do tema, os anteriores normativos do DREI, assim como a atual IN 81/2020, deixaram de pacificar as discussões existentes a respeito deste assunto, possibilitando que os operadores do direito societário e as Juntas Comerciais possuam entendimentos divergentes.

O Artigo, além de tratar das consequências práticas dessa falta de normatização, também indica o posicionamento do autor a respeito da data-base que poderá ser considerada em operações de reorganizações societárias de companhias fechadas.

Palavras-chave: IN 81/2020. Reorganizações societárias. Data-base do balanço.

Abstract

This Article addresses the most relevant topics of the recent Normative Instruction No. 81 of 2020 from the National Department of Business Registration and Integration (DREI) and brings up for discussion one of the most controversial issues in corporate reorganization operations: the base date of the balance sheet.

In spite of the practical relevance of the theme, the previous DREI regulations, as well as the current IN 81/2020, did not pacify the existing discussions on this subject, allowing the operators of corporate law and the Boards of Trade to have divergent understandings.

The Article, in addition to addressing the practical consequences of this lack of standardization, also indicates the position of the author regarding the base date that may be considered in operations of corporate reorganizations of closed corporations.

Keywords: Normative Instruction No. 81/2020. Corporate reorganization. Base date of the balance sheet.

1 Introdução

Como de conhecimento de todos que militam perante o Registro Público Empresarial, com base na Lei da Liberdade Econômica¹, Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, e no Decreto n. 10.139, de 28 de novembro 2019, em vigor deste fevereiro de 2020, o Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI) publicou a Instrução Normativa n. 81, de 10 de junho de 2020 (IN 81/2020²), em vigor desde 1. de julho de 2020.

A citada IN 81/2020, de forma louvável, consolida e padroniza, em um único instrumento, como parte do processo de simplificação e desburocratização preconizado pela Lei de Liberdade Econômica, diversas regras do registro empresarial, facilitando sobremaneira a análise e o entendimento daqueles que militam perante as Juntas Comerciais de cada estado da federação.

Neste Artigo, de forma não exaustiva, buscaremos não apenas indicar os principais pontos trazidos pela IN 81/2020, mas também discorrer a respeito de um tema que é costumeiramente esquecido pelos normativos do DREI, em que pese ser objeto de dúvida em diversas operações de reorganizações societárias: a data-base do balanço para fins de avaliação do patrimônio líquido.

Não obstante a ausência de regramento a respeito da data-base do balanço, cujas consequências mencionaremos adiante, é de se aplaudir a consolidação trazida pela IN 81/2020, que demonstra o interesse do DREI em facilitar a compreensão da análise realizada pelas Juntas Comerciais e, dessa forma, objetiva padronizar as análises e evitar as costumeiras exigências.

1 “As regras gerais do Registro Público de Empresas foram consolidadas em um só documento público. Nesta segunda-feira (15/6), foi publicada no Diário Oficial da União a Instrução Normativa n. 81, que revisa as diretrizes expedidas pelo Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (Drei), desde o ano de 2013, acerca da regulamentação do registro empresarial, bem como de toda a legislação pertinente. Ao todo, foram revogadas 56 normas, sendo 44 instruções normativas e 12 ofícios circulares. A iniciativa faz parte do processo de simplificação e desburocratização implementado pela Lei de Liberdade Econômica.” Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/index.php/micro-e-pequenas-empresas/drei>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

2 Vale ressaltar que a padronização e consolidação indicada pela IN 81/20 vai ao encontro do preconizado pelo Decreto n. 10.139, de 28 de novembro 2019, em vigor deste fevereiro de 2020, que dispõe sobre a revisão e a consolidação dos atos normativos inferiores a decreto.

2 A IN 81/2020 e seus aspectos mais relevantes

Como bem sabido, há tempos os profissionais que militam perante o Registro Público Empresarial demonstram insatisfação pelo modo como documentos, muitas vezes com cláusulas idênticas, recebem resultados distintos após suas respectivas análises, extrapolando as Juntas Comerciais, algumas vezes, a análise formal que deveria bastar. Nesse sentido, Armando Rovai (2011, p. 133)³:

As Juntas Comerciais não podem examinar problemas de mérito contratual ou essenciais e próprios do direito pessoal dos participantes de tais atos, pois tal atitude significaria invasão de competência do Poder Judiciário. Resta, assim, a observância do exame formal da regularidade dos instrumentos levados a registro, adaptando-os à evolução das relações econômicas, conjugadas com a velocidade exponencial imprimida pela tecnologia dos negócios empresariais na era da globalização. (grifamos).

Especificamente a respeito da IN 81/2020, essa instrução apresenta posicionamentos acerca de alguns temas vivos e controversos para os estudiosos do direito societário e registral, dentre eles **(a)** a possibilidade de incorporação de sociedade com patrimônio líquido negativo; e **(b)** possibilidade de emissão, em Sociedades Limitadas, de quotas preferenciais com supressão ao direito de voto. Esses temas estão indicados nos seguintes dispositivos da citada instrução normativa:

Art. 70. A incorporação, de qualquer tipo jurídico, deverá obedecer aos seguintes procedimentos: (...)

Parágrafo único. Não há vedação para a incorporação de sociedade com o patrimônio líquido negativo.

Anexo IV da IN 81 – Manual das Sociedades Limitadas

5.3.1. Quotas preferenciais

São admitidas quotas de classes distintas, nas proporções e condições definidas no contrato social, que atribuam a seus titulares direitos econômicos e políticos diversos, podendo ser suprimido ou limitado o direito de voto pelo sócio titular da quota preferencial respectiva, observados os limites da Lei nº 6.404, de 1976, aplicada supletivamente.

3 ROVAI, Armando Luiz. *Curso de iniciação ao direito de empresa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

Havendo quotas preferenciais sem direito a voto, para efeito de cálculo dos quoruns de instalação e deliberação previstos no Código Civil consideram-se apenas as quotas com direito a voto. (grifamos).

No que tange à incorporação de sociedades com patrimônio líquido negativo, entendemos que fez bem o DREI em pacificar esta questão⁴, considerando que não há na legislação qualquer impedimento para tal operação, sendo assim, cabem aos sócios das sociedades envolvidas definirem, respeitado o princípio da discricionariedade, se a operação é aceitável, considerando, por exemplo, eventual impacto na distribuição futura de dividendos da empresa sobrevivente, caso a conta de lucros dessa empresa seja afetada pela incorporação do patrimônio negativo da empresa incorporada.

Por outro lado, nos parece que em relação à possibilidade de emissão, em Sociedades Limitadas, de quotas preferenciais com supressão ao direito de voto, a IN 81/2020 extrapolou ao regulamentar a matéria de forma distinta ao definido na legislação vigente e cogente, ainda que com o intuito elogiável de conferir uma maior liberdade e dinamismo aos sócios⁵.

Entendemos dessa forma, pois, ainda que haja a possibilidade de indicação da regência supletiva das Sociedades por Ações, não há omissão aqui a ser suprida, considerando que todas as regras para o exercício e direito de voto estão definidas pelos artigos do Código Civil vigente, em especial pelos artigos 1.072 e 1.010, não havendo espaço para, em relação a esta questão, disposições em contrário no Contrato Social:

4 Lembramos que o Parecer CONJUR/MIC n. 129/1996 já indicava a possibilidade de incorporação de sociedade com patrimônio líquido negativo, contudo, não raro algumas Juntas Comerciais se posicionavam em sentido contrário, indicando a necessidade de aumento de capital na sociedade sobrevivente. Segue a conclusão desse Parecer: “A lei não veda a incorporação de sociedade cujo patrimônio líquido seja negativo, caso em que se exclui o aumento de capital. Não impede a incorporação o fato de a sociedade incorporanda estar em liquidação. De qualquer modo, fica salvo o direito da minoria e de terceiros. Pelo exposto, nosso parecer é pelo provimento do recurso, para que seja reformada a decisão recorrida e, consequentemente, arquivados os atos de incorporação. À consideração do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo. Brasília, 26 de dezembro de 1996.”

5 Ainda que seja uma regulamentação bem aceita e simpática ao mercado, entendemos que disputas societárias poderão surgir no que tange às quotas sem direito de voto, sendo a judicialização do tema uma hipótese a ser considerada pelos sócios, em especial pelos sócios estrangeiros que tanto se assustam com essa possibilidade.

Art. 1.072 do Código Civil. As deliberações dos sócios, obedecido o disposto no art. 1.010, serão tomadas em reunião ou em assembleia, conforme previsto no contrato social, devendo ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato. (...) (grifamos)

Art. 1.010 do Código Civil. Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um.

§1º Para formação da maioria absoluta são necessários votos correspondentes a mais de metade do capital. (...) (grifamos)

Nesse sentido, segue a lição de José Edwaldo Tavares Borba (2012, p. 141-142)⁶:

Essas cotas preferenciais não poderão sofrer, por outro lado, a privação do direito de voto. As deliberações dos sócios (art. 1.072) serão tomadas de acordo com o disposto no art. 1.010, ou seja, “*por maioria de votos, contados segundo o valor de cotas de cada um*”. Tem-se, portanto, nesse particular (direito de voto), norma expressa e imperativa, que assegura a todos os cotistas o exercício do voto segundo o valor de suas cotas. Qualquer exclusão ou restrição desse direito, por conseguinte, seria nula de pleno direito. A aplicação supletiva da legislação das sociedades anônimas em nada ajudaria, posto que a aplicação supletiva jamais poderá se fazer *contra legem*.

Para reforçar nosso entendimento, segue posicionamento de Renato Berger (2013, p. 451)⁷:

Entendo que não é possível eliminar o direito de voto porque o CC/2002 adotou a representação no capital social como único critério determinante de peso de votação dos sócios. Ao longo do CC/2002, todos os quoruns de deliberação da sociedade limitada são dados em função de votos correspondentes a determinada parcela do capital social. Imagino, também, que esse seja o propósito da imprecisa referência do art. 1.072 ao art. 1.010, que indica, no final, que os votos serão contados

6 BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar: 2012.

7 AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de (Coord.). **Sociedade Limitada Contemporânea**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

segundo o valor das quotas. Como resultado, o direito de voto dos diferentes sócios não comporta limitações, sendo considerado apenas em função da representatividade de cada sócio no capital social.

Destarte, ainda que seja possível, pelas normas das Sociedades Limitadas, a emissão de quotas com valores desiguais e até mesmo certos privilégios econômicos e políticos, entendemos não ser possível retirar o direito de voto de qualquer quota, independentemente da regência supletiva adotada.

3 Data-base do balanço

Adentrando à questão da data-base⁸ do balanço em reorganizações societárias, entendemos, como mencionado no início deste artigo, que a IN 81/2020 poderia ter pacificado as dúvidas existentes a respeito deste assunto e que, de fato, necessita de uma urgente regulamentação no intuito de se evitar restrições incabíveis e exigências incorretas por parte das Juntas Comerciais.

Pensamos desta forma, pois inúmeras vezes presenciamos a mesma dúvida em diversos projetos de reorganização societária: “Qual a data-base do balanço que suportará o laudo da empresa incorporada/cindida?” Não raro, a resposta para esta pergunta surge de forma rápida para advogados, contadores e administradores das sociedades envolvidas na operação: “a data do balanço deverá ser de até 30 (trinta) dias, considerando a data do evento.”

Importante destacar que esta discussão tem caráter eminentemente prático, pois, por exemplo, se seguirmos o que comumente é trazido como resposta a esta questão, os peritos responsáveis pelo laudo de avaliação (empresa especializada ou os três contadores⁹) terão apenas 30 (trinta) dias, entre a data do balanço e a data da assembleia, para

8 Como sabido, é necessário em uma operação de cisão, incorporação ou fusão, juntamente com a definição do critério da avaliação do patrimônio líquido a ser incorporado (e.g., a valor contábil), que as partes definam uma “data de corte” para que a avaliação seja realizada pelos peritos. Essa “data de corte” é a data-base da operação.

9 Lembramos que, com base na Norma Brasileira de Contabilidade (NBC), CTG 2002, de 22 de novembro de 2018, o contador “que elabora a escrituração contábil da entidade para a qual o laudo está sendo emitido está impedido de elaborar laudo de avaliação contábil dos ativos líquidos dessa entidade e de entidade do grupo econômico a que ela pertença, seja o laudo pelo valor contábil ou pelo valor contábil ajustado a preços de mercado.”

finalizar o laudo obrigatório¹⁰, prazo esse que se mostra bastante exíguo na maioria das operações.

Outro problema prático, quando da adoção da “regra dos 30 dias”, refere-se às deliberações societárias de reorganização que ocorrem no dia 31 de determinado mês. Nesse caso, não seria possível utilizar o balanço encerrado no mês anterior, considerando que não se respeitaria, em tese, o propalado prazo de 30 (trinta) dias.

Ainda, em muitos casos há o interesse legítimo da empresa e seus sócios em utilizar o balanço de 31 de dezembro do ano anterior, já auditado, para as operações que ocorrerão em meses posteriores (e.g., março ou abril do ano posterior). Seria razoável entendermos que esse balanço auditado não seria hábil para embasar o laudo, considerando o decurso dos 30 (trinta) dias?

De forma direta, nos posicionamos que, em operações de reorganizações envolvendo empresas fechadas, não há qualquer previsão legal societária ou registral que determine o período mandatório entre a data-base do balanço e a data do evento, cabendo apenas aos sócios e administradores das sociedades envolvidas essa definição.

Considerando essa ausência de normativos a respeito do tema, por qual razão há a corriqueira utilização de balanços de até 30 (trinta) dias? Ao que nos parece, a “regra dos 30 dias” tem origem na Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995¹¹, que alterou a legislação do Imposto de

10 Art. 1.117 do Código Civil: A deliberação dos sócios da sociedade incorporada deverá aprovar as bases da operação e o projeto de reforma do ato constitutivo.

§ 1º A sociedade que houver de ser incorporada tomará conhecimento desse ato, e, se o aprovar, autorizará os administradores a praticar o necessário à incorporação, inclusive a subscrição em bens pelo valor da diferença que se verificar entre o ativo e o passivo.

§ 2º A deliberação dos sócios da sociedade incorporadora compreenderá a nomeação dos peritos para a avaliação do patrimônio líquido da sociedade, que tenha de ser incorporada. (grifamos)

Artigo 227 da Lei das Sociedades por Ações: A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

§ 1º A assembleia-geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão.

§ 2º (...)

§ 3º Aprovados pela assembleia-geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação. (grifamos)

11 Art. 21 da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995: A pessoa jurídica que tiver parte ou todo o seu patrimônio absorvido em virtude de incorporação, fusão ou cisão deverá levantar balanço específico para esse fim, observada a legislação comercial.

§ 1º O balanço a que se refere este artigo deverá ser levantado até trinta dias antes do evento. (...)

Renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, portanto, legislação eminentemente fiscal que em nada se relaciona ao registro empresarial e às normas societárias.

Isto posto, nos parece plenamente aceitável, sob o ponto de vista societário e registral, que os sócios e os administradores das empresas envolvidas na reorganização definam, com base na liberdade de contratar e na liberdade negocial, a data-base do balanço, inclusive com fulcro no artigo 224 da Lei das Sociedades por Ações, que assim dispõe:

As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá:

I - o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;

II - os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão;

III - os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores;(…) (grifamos)

Ao comentar o artigo 224 da Lei das Sociedades por Ações, Nelson Eizirik (2011, p. 230)¹² reforça que a limitação da data-base em até 30 (trinta) dias da deliberação não é mandatária:

Uma questão relevante, do ponto de vista prático, refere-se à data-base para fins de avaliação do patrimônio líquido. Embora o ideal fosse que data-base da avaliação coincidissem com a data da deliberação da assembleia, na grande maioria dos casos os avaliadores não dispõem de tempo hábil para tanto. Como a existência do laudo é indispensável à deliberação dos sócios, a data base não pode ser posterior à data da realização da assembleia. Dessa forma, normalmente o protocolo fixa uma data passada como data base para avaliação do patrimônio a ser fundido, cindido ou incorporado, o que facilita a atividades dos contadores e avaliadores. Adota-se usualmente, embora nada impeça que outra data seja escolhida como data-base

12 EIZIRIK, Nelson. **A lei das S/A Comentada**. Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

para avaliação, o mesmo balanço que será utilizado para apuração do fato gerador do imposto de renda; assim, limita-se a definição da data-base em até 30 (trinta) dias da deliberação dos acionistas. (grifamos).

Seguindo o entendimento que cabe aos sócios e aos administradores a definição da data-base, segue a lição de Ian Muniz (2011, p. 152-153) 13:

Assim, normalmente o protocolo fixa uma data passada como data-base para fins de avaliação do acervo líquido a ser fundido, incorporado ou cindido, mas, em nossa opinião, nada impediria que o protocolo fixasse uma data futura, desde que anterior à deliberação da matéria pelos sócios os acionistas.

A razão pela qual normalmente é uma data pretérita é de ordem prática, ou seja, facilita a vida dos contadores e avaliadores.

Cabe agora a segunda questão: quão pretérita pode ser essa data?

Não obstante, de um ponto de vista de conveniência societária, o desejável fosse que os eventos avaliação, protocolo e deliberação pelos sócios ou acionistas ocorressem o mais próximo possível uns dos outros (a separação de tais eventos em datas diferentes decorre de impossibilidade ou inconveniência prática de os mesmos terem lugar em uma única data), o fato é que a Lei das S.A. silencia quanto à matéria, deixando tal definição à prudente consideração dos órgãos da administração das sociedades e de seus sócios ou acionistas.(…)

Todavia, é nossa opinião que nada impede que a data-base para avaliação, para fins societários, seja diversa da data em que serão levantados o balanço e demonstração de resultado para fins de imposto de renda. (...) (grifamos)

Vale ressaltar que até mesmo para as Companhias Abertas as demonstrações financeiras, exigidas pela Instrução Normativa CVM n. 565, de 15 de junho de 2015, podem ter data-base superior a 30 (trinta) dias, podendo chegar até a 360 (trezentos e sessenta) dias em determinadas situações, respeitada a discricionariedade das administrações das Companhias envolvidas:

13 MUNIZ, Ian de Porto Alegre. **Fusões e Aquisições: Aspectos Fiscais e Societários**. 2. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

Art. 6º Para os efeitos da operação, as sociedades envolvidas devem divulgar demonstrações financeiras, cuja data base:

I – seja a mesma para todas as sociedades envolvidas; e

II – não seja anterior a 180 (cento e oitenta) dias da data da assembleia que deliberará sobre a operação. (...)

§ 3º O prazo de que trata o inciso II do **caput** poderá ser estendido para até 360 (trezentos e sessenta) dias, a critério dos administradores das companhias abertas envolvidas, desde que:

I - a situação econômico-financeira das sociedades envolvidas na operação não tenha se alterado de maneira relevante após a data base das demonstrações; e

II - os administradores da sociedade envolvida na operação responsáveis pela elaboração das demonstrações financeiras cuja data base ultrapasse 180 (cento e oitenta) dias firmem declaração, a ser divulgada junto com as demonstrações financeiras, atestando o disposto no inciso I. (grifamos)

Em relação ao aspecto contábil, entendemos que as variações patrimoniais ocorridas entre a data escolhida para fins de avaliação do patrimônio líquido (data-base) e a data do evento societário, deverão ser escrituradas diretamente na empresa incorporada/cindida, sendo que na data do evento a empresa sucessora absorverá referidas variações patrimoniais em seus livros contábeis.

Tais variações, a nosso ver e salvo melhor juízo, poderão ser lançadas na conta de lucros/prejuízos acumulados na empresa sobrevivente/receptora do acervo cindido, não sendo obrigatório o lançamento na conta capital ou em reserva de capital¹⁴.

4 Conclusão

Portanto, com base no exposto, concluímos que nos parece plenamente aceitável que os sócios/administradores das empresas envolvidas em reorganizações societárias, ante a falta de legislação em sentido contrário, definam, livremente, a data-base do balanço que será utilizado para suportar o laudo obrigatório, não cabendo às Juntas Comerciais qualquer contestação a respeito dessa escolha.

14 Em relação a esta questão, sugerimos que as empresas, antes da operação, verifiquem a opinião dos contadores e auditores responsáveis pelas companhias envolvidas na reorganização.

Por fim, sugerimos que este importante tema seja, quando possível, regulamentado pelo DREI, visando conferir maior segurança às partes envolvidas na reorganização societária.

Referências bibliográficas

AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de (Coord.). **Sociedade Limitada Contemporânea**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BOTREL, Sérgio. **Fusão & aquisições**. 3. ed. São Paulo: SARAIVA, 2014.

CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195)**, volume 13/Modesto Carvalhosa (coord. Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada**. Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

MUNIZ, Ian de Porto Alegre. **Fusões e Aquisições - Aspectos Fiscais e Societários**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades Limitadas**. 6. ed. atual e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PRADO, Viviane Muller. **Estudos empíricos sobre temas de direito societário**. Organizadoras Viviane Muller Prado, Lie Uema do Carmo. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROVAI, Armando Luiz. **Curso de Iniciação ao Direito de Empresa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

4 A ESCOLHA DO TIPO JURÍDICO PARA UM PEQUENO EMPREENDIMENTO

BRENO CARDOSO

Mestre em Direito (UFPA), MBA em Direito Tributário (FGV), Pós-graduando em Direito Societário (EBRADI), Procurador da Junta Comercial do Estado do Pará aprovado em concurso público, Diretor da Associação dos Advogados Tributaristas do Estado do Pará e sócio de Leite Cardoso e Melo Advogados.

A ESCOLHA DO TIPO JURÍDICO PARA UM PEQUENO EMPREENDIMENTO

Breno Cardoso

Resumo

Trata-se de artigo que aborda os tipos jurídicos que um pequeno empreendedor pode escolher quando inicia um negócio. Analisa-se os seguintes tipos jurídicos: pessoa natural, microempreendedor individual, empresário individual, EIRELI, sociedade simples, sociedade limitada, sociedade por ações, sociedade em conta de participação e inova simples. Apresenta-se os tipos jurídicos mais aconselhados para determinadas situações comuns.

Palavras-chave: Tipos jurídicos. Empreendedor. Negócio.

Abstract

The article deals with the legal types that a small businessman can choose when starting a business. The following legal types analyzed: natural person, individual microentrepreneur, individual entrepreneur, EIRELI, simple partnership, limited partnership, joint stock company, account partnership and simple innovative. It shows the most suitable legal types for common situations.

Keywords: Legal types. Entrepreneur. Business.

1 Introdução

A experiência do autor em mais de 11 (onze) anos de advocacia empresarial e mais de 8 (oito) anos como Procurador de Junta Comercial possibilitou observar inúmeros negócios iniciando e terminando, sendo possível identificar os motivos jurídicos que deram ensejo ao sucesso ou ao insucesso de empreendimentos.

Muitas vezes a falta do devido planejamento jurídico pode ser fatal para um pequeno negócio e, em razão do custo de uma assessoria jurídica, é sintomático que muitos empreendimentos, sobretudo os pequenos, iniciam sem qualquer tipo de orientação jurídica.

Essa problemática é muito bem ilustrada pelo Mapa de Empresas elaborado pelo Ministério da Economia, que demonstra que a natureza jurídica mais utilizada no país é a de empresário individual, um tipo jurídico sem nenhum atrativo, seja do ponto de vista societário ou fiscal.

Identificado esse problema, o autor, no ano de 2020, junto com colegas de escritório, lançou o Projeto LCM 4.0¹ com o objetivo de colaborar

1 Assessoria jurídica para startups. Link: <<http://leitecardoso.com.br/lcm4.0/>>.

com pequenas empresas, sobretudo startups, mediante assessoria jurídica através da internet.

A reboque do projeto LCM 4.0 veio a ideia desse artigo, cujo objetivo é, através de uma linguagem simples, embora não seja possível se desvencilhar do jurídico, lançar luz sobre as decisões a serem tomadas no momento que se irá iniciar um pequeno negócio ou, em termos jurídicos, uma microempresa ou empresa de pequeno porte, que representam, segundo dados do SEBRAE, 99% dos estabelecimentos empresariais e 52% dos empregos formais².

Espera-se que esse artigo sirva como instrumento de orientação jurídica para o empreendedor e/ou para aqueles que irão assessorá-lo, como contadores e advogados no momento de se iniciar um negócio.

Tem-se consciência de que não existe fórmula pronta e que cada negócio deve ser pensado e avaliado individualmente, de acordo com as suas especificidades, de modo que as orientações são traçadas de forma geral, dado os limites do presente trabalho.

Caso o artigo tenha contribuído para uma tomada de decisão mais esclarecida, já terá cumprido o seu papel.

O artigo explicará os principais tipos jurídicos disponíveis para quem quer empreender e a indicação de quando cada um deles é aconselhável.

Analisar-se-á as seguintes opções jurídicas: pessoa natural, microempreendedor individual, empresário individual, EIRELI, sociedade simples, sociedade limitada, sociedade por ações, sociedade em conta de participação e inova simples para, ao final, apresentar conclusões.

2 Pessoa natural

Em muitos casos o empreendedor exerce sua atividade de modo informal, utilizando-se, para tanto, de sua pessoa natural ou física. Do ponto de vista jurídico essa é a pior opção para quem quer iniciar um empreendimento!

Mesmo sendo tão ruim é – infelizmente – a opção de muitos brasileiros. Notícia veiculada pela Folha de São Paulo informa que “o trabalho informal é a principal ocupação da população de 11 estados brasileiros”³.

Acesso: 27 jun. 2020.

2 SEBRAE. Pequenos Negócios em Números. Disponível em: <<https://m.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e-8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso: 27 jun. 2020.

3 FOLHA DE SÃO PAULO. Informalidade supera 50% em 11 estados do país, diz

E por que é tão ruim exercer uma atividade econômica na pessoa física? Do ponto de vista societário, é ruim porque não há nenhuma proteção jurídica pelas obrigações assumidas, que vinculam o próprio CPF da pessoa.

Muitas pessoas decidem trabalhar na informalidade para “fugir dos impostos”, mas acontece que essa decisão pode representar grave risco fiscal, pois a pessoa pode vir a ser obrigada a pagar uma maior carga tributária.

Trabalhar na informalidade somente seria uma opção viável para operações cujo faturamento anual esteja até o limite da isenção do imposto de renda - IR, que para o ano-calendário 2019 é de R\$ 28.559,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos)⁴, que confere uma média de R\$ 2.379,97 (dois mil, trezentos e setenta e nove reais e noventa e sete centavos) por mês, pois, dessa maneira, não se teria o risco fiscal acima apontado.

Essa situação específica (faturamento até o limite de isenção do IR) justifica-se trabalhar sem nenhuma proteção jurídica pelas obrigações assumidas, admitindo-se que vinculem o próprio CPF do empreendedor, pois, em contrapartida, não haverá tributos a recolher.

Quando adotar esse tipo?

Quando o faturamento estiver dentro do limite da faixa de isenção do imposto de renda, que para o ano-calendário 2019 é de R\$ 28.559,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos), que confere uma média de R\$ 2.379,97 (dois mil, trezentos e setenta e nove reais e noventa e sete centavos) por mês.

IBGE. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/02/informalidade-a-tinge-recorde-em-19-estados-e-no-df-diz-ibge.shtml>>. Acesso: 27 jun. 2020.

4 Art. 2º, I. RECEITA FEDERAL. Instrução Normativa RFB nº 1924, de 19 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=107054>>. Acesso: 27 jun. 2020.

3 Microempreendedor individual (MEI)

O microempreendedor individual (MEI) é, em termos jurídicos, uma pessoa natural que recebe um tratamento fiscal favorecido.

Então, do ponto de vista societário, embora o MEI tenha um CNPJ, as obrigações assumidas vinculam o seu CPF, de modo que não há proteção jurídica própria das pessoas jurídicas que será melhor abordado mais à frente. No entanto, pode-se justificar a adoção desse tipo jurídico em razão dos benefícios fiscais a ele atrelados.

Por ora, é suficiente dizer que a tributação se dará em valor fixo, por volta de R\$ 50,00 (cinquenta reais): a menor tributação disponível dentro do leque de opções jurídicas que um empreendedor pode optar.

É importante destacar que essa tributação confere ao MEI o direito a benefícios previdenciários, como aposentadoria, auxílio-doença e salário maternidade, na forma do art. 11, V, “f” da lei 8.213/1991⁵. Esse benefício, por si só, já justifica que o empreendedor saia da informalidade e constituía um MEI, pois assim terá uma proteção social a um custo, vale notar, menor que o pago por um empregado celetista que receba um salário mínimo, que tem que contribuir para a previdência com 11%, ou seja, paga R\$ 118,25 (cento e dezoito reais e vinte e cinco centavos) para ter o mesmo benefício.

Contudo, esse tipo jurídico somente pode ser escolhido por aqueles que tenham um faturamento anual de até R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais), o que dá uma média de R\$ 6.750,00 (seis mil, setecentos e cinquenta reais) por mês, na forma do art. 18-A, §1º da LC 123/2006.

A sua formalização e baixa através da internet, de modo muito simples, através do sítio eletrônico Portal do Empreendedor⁶ sem a necessidade de pagamentos de qualquer taxa ou abertura de processo junto a Junta Comercial.

Não pode ser MEI (art. 18-A, §4º):

1. algumas atividades de natureza intelectual, científica e artística, além de outras (verifique se a sua atividade está permitida na lista constante do Anexo XI da Resolução

5 BRASIL, Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso: 27 jun. 2020.

6 Portal do Empreendedor. Link: <<http://www.portaldoeempreendedor.gov.br/>>. Acesso: 27 jun. 2020.

CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018⁷ ou através do Portal do Empreendedor⁸;

2. que tenha mais de um estabelecimento;
3. que participe de outra empresa como titular, sócio ou administrador;
4. startup.

Quando adotar esse tipo?

Quando a atividade for permitida e o faturamento esteja entre a faixa de isenção do IR (R\$ 28.559,70 ao ano) até R\$ 81.000,00 ao ano, o que confere uma média de R\$ 6.750,00 ao mês.

Ainda que o faturamento seja abaixo da faixa de isenção do IR, o MEI é recomendável em razão dos benefícios a ele atrelados, em especial previdenciários, desde que tenha condições de suportar o encargo financeiro da tributação do MEI, que gira em torno de R\$ 50,00.

4 Empresário individual

O empresário individual é aquele que exerce atividade de empresa, nos termos definidos no art. 966 do Código Civil, que diz que “considere-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

O empresário individual, com o seu registro na Junta Comercial, recebe um CNPJ, mas ele não é uma pessoa jurídica e não tem personalidade jurídica própria, o que significa dizer que o CPF do seu titular responde pelas obrigações assumidas, o que torna desaconselhável a utilização desse tipo jurídico, pois há tipos jurídicos com maior proteção, como será visto adiante.

Ao empresário individual não é conferido nenhum tipo de regime fiscal favorecido, afora os disponíveis a todos (simples, lucro presumido e lucro real), de modo que não há atrativos a utilização desse tipo jurídico.

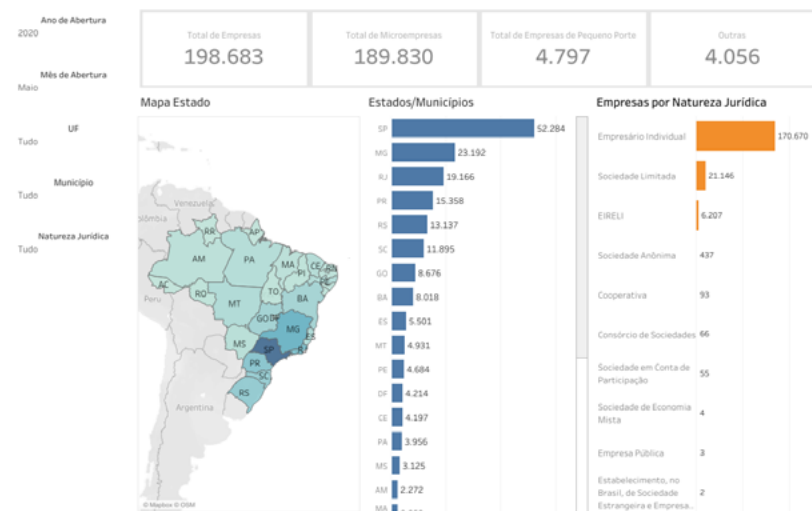
Curiosamente, a despeito desse tipo jurídico não despertar nenhuma vantagem para o empreendedor, o Mapa de Empresas elaborado pelo Ministério da Economia dá conta que esse é o tipo jurídico, no ano de 2020, mais utilizado em nosso país, confere-se:⁹

7 BRASIL. Resolução CGSN n. 140, de 22 de maio de 2018. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=92278>>. Acesso: 27 jun. 2020.

8 Ibidem 6.

9 MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Mapa de Empresas – Natureza jurídica. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/mapa-de-empresas/painel-mapa-de-empresas>>. Acesso: 27 jun. 2019.

Mapa de Empresas - Natureza Jurídica



Essa observação empírica nos leva a reconhecer que – de fato – trabalhos como o proposto nesse artigo são necessários, pois o que levou esses empresários a optar por esse tipo jurídico que não traz proteção e não tem nenhum atrativo interessante, sem sobra de dúvidas, é o desconhecimento e a falta de orientação jurídica.

Quando adotar esse tipo?

Não existem razões para justificar a adoção desse tipo jurídico.

5 Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI)

A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pela lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011¹⁰.

Na época, foi uma grande revolução, pois permitiu que se valesse da limitação da responsabilidade fruto personalidade jurídica sem que houvesse necessidade de pluralidade de sócios.

Até então, para constituir um tipo jurídico com limitação de responsabilidade era necessário, ao menos duas pessoas¹¹. Permitia-se, apenas, que a sociedade limitada permanecesse até 180 (cento e oitenta) dias

10 BRASIL, Lei 11.941, de 11 de julho de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm#art2>. Acesso: 27 jun. 2020.

11 Existia a exceção da subsidiária integral na Lei das S/A, mas não é o caso de abordar nesse artigo, que tem como enfoque pequenos negócios.

com um sócio. Findo esse período, era caso de dissolver-se a sociedade, nos termos do art. 1.033, IV do Código Civil.

Esse panorama legislativo dava ensejo a inúmeras “sociedades de fachada”, com sócios que apenas compunham o capital social para se valer da limitação de responsabilidade fruto das sociedades limitadas, geralmente parentes próximos, como pais e filhos.

A experiência na advocacia proporcionou ao autor testemunhar inúmeros casos de conflitos familiares, fruto de sociedades empresárias “de fachada” que, diante de um insucesso empresarial, acumularam dívidas a implicaram restrições de crédito não só ao verdadeiro sócio, como os “laranjas”, que eram utilizados apenas para compor o quadro social.

A novidade com a EIRELI foi, então, muito festejada, pois permitiu que o sócio assumisse os riscos do negócio sozinho, sem a necessidade de composição “apenas de fachada” do quadro social.

A regulamentação da EIRELI, no entanto, trouxe alguns problemas, dentre eles a exigência de um capital social mínimo não inferior a 100 (cem) vezes o salário mínimo vigente, na forma do art. 980-A do Código Civil, considerando alto; e a limitação de apenas uma EIRELI por pessoa natural.

Foi muito discutida a possibilidade de uma pessoa jurídica ser titular de uma EIRELI, o que, de início, foi vedado pelo Governo, mas, depois, foi permitido¹². Foi também debatida a sua natureza jurídica, questão com pouca relevância prática, na medida em que o art. 980-A, §2º do Código Civil determinou a aplicação subsidiária das regras da sociedade limitada.

Posteriormente, a Lei da Liberdade Econômica¹³ veio introduzir em nosso ordenamento jurídico a sociedade limitada unipessoal, permitindo a constituição de uma sociedade limitada com apenas um sócio, nos termos do art. 1.052, §§ do Código Civil:

“§ 1º A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

12 Hoje não resta dúvida sobre a possibilidade de pessoa jurídica ser titular de EIRELI, nos termos da IN-DREI n. 81, de 10 de junho de 2020, Anexo III, item 3.1. DEPARTAMENTO DE REGISTRO E INTEGRAÇÃO NACIONAL. Instrução Normativa n. 81, de 10 de junho de 2020. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/ANEXOS_2020/IN81/IN_DREI_81_2020_-_Anexo_III.pdf>. Acesso: 27 set. 2020.

13 BRASIL, Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso: 27 set. 2020.

§ 2º Se for unipessoal, aplicar-se-ão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)”

Em razão dessa novidade e não havendo no regramento da sociedade limitada o requisito de capital social mínimo da EIRELI, a tendência é a EIRELI entre em desuso, não havendo mais razões para a escolha desse tipo jurídico, pois agora pode-se valer da LTDA e com a vantagem de não ter a exigência de 100 (cem) salários mínimos integralizados de capital social.

Quando adotar esse tipo?

Não existem razões para justificar a adoção desse tipo jurídico.

6 Sociedade simples

A sociedade simples é um tipo jurídico destinado as pessoas jurídicas não empresárias, que são aquelas mencionadas no parágrafo único do art. 966 do Código Civil, a saber:

“Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

São sociedades de médicos, contadores, advogados, dentre outros, “salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Seu registro é feito no registro civil de pessoas jurídicas (cartório), nos termos do art. 1.150 do Código Civil, o que já é uma desvantagem, pois o registro nas Juntas Comerciais costuma ser mais barato e rápido.

A sociedade simples pode constituir-se em um dos tipos previstos no Código Civil, dentre as quais se encontra a sociedade limitada, ou se estabelecer como sociedade simples pura, nos termos do art. 983.

Nesse último caso, estabelecendo-se como sociedade simples pura, de acordo com o art. 999 do Código Civil, a alteração do seu contrato social somente pode ser realizada mediante consentimento unânime entre os sócios, o que é outra desvantagem, pois trata-se de um quórum muito elevado e diante de um eventual impasse, fica muito difícil a sua resolução.

Por essa razão, no caso de se constituir uma sociedade simples, é recomendável que seja constituída sob a forma de limitada, hipótese que atrai a aplicação do regramento da sociedade limitada, dentre os quais, vale destacar, os quóruns de deliberação dos arts. 1.071 e 1.076 do Código Civil.

Ainda assim, considerando que se trata de uma sociedade não empresária, não lhe é permitido valer-se do regime da recuperação judicial e falência, nos termos da Lei 11.101/2005: mais uma desvantagem.

Interessante notar que a regra estabelece que a sociedade, ainda que desenvolva atividades de natureza científica, artística ou intelectual, pode ser configurada como sociedade empresária, desde que seu exercício constitua elemento de empresa.

Mas o que seria esse elemento de empresa?

De acordo com as lições da doutrina de José Edwaldo Tavares Borba, a empresa pode ser definida “como estrutura fundada na organização dos fatores de produção (natureza, capital e trabalho) para o desenvolvimento de uma atividade econômica”¹⁴.

Então, ainda que uma atividade seja intelectual, artística ou científica, caso funcione como uma estrutura fundada na organização de fatores de produção, pode vir a ser caracterizada como empresária.

Borba ensina que “o trabalho intelectual seria um elemento de empresa quando representasse um mero componente, às vezes até o mais importante, do produto ou serviço fornecido pela empresa, mas não esse produto ou serviço em si mesmo”¹⁵. Exemplifica com um hospital, no qual, não obstante a atividade científica desenvolvida pelos médicos seja relevante, esse é apenas um dos componentes do objeto social, tanto que um hospital compreende hotelaria, farmácia etc. Já uma clínica, que embora tenha uma estrutura organizada o único produto é o serviço médico, portanto, exercício de profissão intelectual, não se verifica esse elemento de empresa, caracterizando-se como sociedade simples.

Como você pode verificar, definir em um caso concreto se a sociedade tem, ou não, elemento de empresa, não é tarefa fácil. As Juntas Comerciais, por realizarem apenas uma exame meramente formal¹⁶ não “investigam” se a sociedade tem, ou não, elemento de empresa,

14 BORBA, Jose Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 14.

15 Ibidem, p. 19.

16 Nos termos do art. 40 da lei 8.934/1994. Veja ainda: “A Junta Comercial, no exercício de suas funções registrárias, está adstrita aos aspectos exclusivamente formais dos documentos que lhe são dirigidos. Não lhe compete negar a prática do ato registral senão com fundamento em vício de forma, sempre sanável. E, mesmo nesta seara, a sua atuação deve orientar-se pelas prescrições legais, sendo-lhe defeso exigir o atendimento de requisito formal não estabelecido no ordenamento jurídico em vigor” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58)

admitindo-se a registro sociedades cujo objeto seja de natureza intelectual, científica ou artística, pressupondo-se que são sociedades empresárias.

Dessa forma, não há obstáculo algum que uma sociedade de médicos, por exemplo, que, em tese, seria uma sociedade simples, registre-se como uma sociedade empresária na Junta Comercial, valendo-se, assim, do regramento proferido as sociedades empresárias, dentre os quais encontra-se a possibilidade de se valer do processo falimentar ou de recuperação de empresas e arquivar atos societários na Junta Comercial.

Assim, em geral, não se vê vantagens em utilizar o tipo jurídico da sociedade simples, sendo preferível a utilização dos tipos de sociedades empresárias.

Há, no entanto, uma razão relevante para uma sociedade escolher o tipo jurídico de sociedade simples. Trata-se de obter vantagem fiscal relacionada ao ISS, que perfaz a possibilidade de recolher o tributo por alíquota fixa, conforme prevê o art. 9º §§1º e 3º do Decreto-Lei n. 406, de 31 de dezembro de 1968¹⁷.

Apesar da resistência de muitos Municípios, a jurisprudência tem garantido o direito de sociedades simples pura a recolherem o ISS dessa maneira¹⁸.

17 BRASIL. **Decreto-Lei 406**, de 31 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0406.htm#art12>. Acesso: 27 jun. 2020.

18 Vale a pena citar decisões do STJ sobre o assunto: TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISS. ART. 9º, §§ 1º. E 3º. DO DECRETO-LEI 406/1968. SOCIEDADE SIMPLES UNIPROFISSIONAL DE MÉDICOS. INEXISTÊNCIA DE CARÁTER EMPRESARIAL. SERVIÇO PRESTADO DE FORMA PESSOAL. RECOLHIMENTO DO ISS SOBRE ALÍQUOTA FIXA. POSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ/SP A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento firmado por ambas as Turmas que compõem a 1ª. Seção é de que o benefício da alíquota fixa do ISS somente é devido às sociedades uni ou pluriprofissionais que prestam serviço em caráter personalíssimo sem intuito empresarial. 2. Em se tratando de prestação de serviços profissionais por meio de atendimentos realizados diretamente pelos sócios, os quais assumem a responsabilidade pessoal em razão da própria natureza do labor (tal como ocorre no caso dos autos - sociedade de médicos), a sociedade faz jus ao tratamento tributário previsto no art. 9º do Decreto-Lei 406/1968. Nesse sentido: AgInt no REsp. 1.400.942/RS, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 22.10.2018. 3. Na espécie, como afirmado acima, trata-se de sociedade de médicos, em que se presta serviço pessoal a terceiros, não sendo necessária qualquer análise a respeito do contrato social e do suporte fático-probatório dos autos para se chegar a essa conclusão. Realmente, pela própria natureza dos serviços prestados pela parte agravada, desnecessário o estudo de matéria fático-probatória, bastando apenas a aplicação do direito à espécie. 4. Agravo Interno do MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ/SP a que se nega provimento. (AgInt no AgRg no AREsp 504.567/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2019, DJe 08/11/2019). Ver ainda: AREsp 1523204/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2019, DJe

Veja que essa situação específica só se aplica para sociedades simples puras que optarem pelo regime de tributação do lucro presumido ou do lucro real, pois, uma vez que optarem pelo regime do simples nacional se sujeitam as regras específicas que determinam a apuração do tributo pela base de cálculo “receita bruta” e alíquota ad valorem, na forma do art. 18, §§ 1º e 3º da LC 123/2006¹⁹.

Assim, afora essa situação específica, em geral, não é recomendável a utilização do tipo jurídico sociedade simples, pois a sociedade empresária oferece mais vantagens.

Quando adotar esse tipo?

Apenas quando for interessante para o planejamento da sociedade valer-se da tese tributária relacionada a aplicação do disposto no art. 9º §§1º e 3º do Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, para se vale de alíquotas fixas de ISS.

7 Sociedade Limitada (LTDA) ou Sociedade por Ações (S/A)

Os tipos jurídicos sociedade limitada e sociedade por ações são, em termos de proteção do patrimônio do sócio, os melhores. Isso se deve a limitação de responsabilidade previsto nesses tipos jurídicos.

Do ponto de vista fiscal a escolha de um ou de outro é neutra. Em ambas as hipóteses o empreendedor poderá optar por qualquer dos regimes fiscais existentes (simples nacional, lucro presumido ou lucro real).

Assim, a escolha entre um outro tipo dependerá muito da realidade de cada empreendimento. Por isso, resolve-se tratar os dois tipos juntos, destacando o que tem em comum e o que os diferencia, com o objetivo de auxiliar na escolha do tipo jurídico pelo empreendedor ou por quem o esteja assessorando.

18/10/2019.

19 Vale a pena conferir Solução de Consulta nº 95 – COSIT, com o seguinte teor: Solução de Consulta nº 95 Cosit Data 3 de abril de 2014. Processo Interessado CNPJ/CPF ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL.IMUNIDADE. ISENÇÃO. ALÍQUOTA ZERO. SIMPLES NACIONAL(...) A opção pelo Simples Nacional é incompatível com a utilização de qualquer outro benefício ou tratamento fiscal diferenciado ou mais favorecido, tais como suspensão, isenção ou alíquota zero, salvo os casos expressamente previstos na legislação. (...). (RECEITA FEDERAL. **Solução de Consulta n. 95**. COSIT. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/anexoOutros.action?idArquivoBinario=34472>>. Acesso: 27 jun. 2020.

7.1 Limitação da responsabilidade

Os tipos jurídicos das sociedades limitadas e da sociedade por ações têm a seu favor a grande vantagem da limitação da responsabilidade dos sócios.

Isso significa que, em tese, o sócio ou o acionista somente é responsável pela integralização da sua participação no capital social, não podendo vir a ser obrigado a assumir obrigações sociais ou, em outras palavras, o sócio ou acionista não é responsável por dívidas da sociedade empresária.

Os dispositivos de lei que estabelecem essa limitação de responsabilidade são os arts. 1.052 do Código Civil e art. 1º da Lei das S/A²⁰

“1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”

“Art. 1º A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas”.

Sem dúvida, essa proteção jurídica é muito importante para quem vai empreender, pois é a atividade empresária é sabidamente de risco, de maneira que no caso de um insucesso empresarial, saber se seus bens pessoais podem, ou não, responder pela dívida da sociedade é um fator primordial.

Importante registrar que existem exceções a essa regra, sobretudo em relação a obrigações de decorrentes da relação do trabalho, ambiental e do consumidor, onde se adota a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica. No entanto, dado o enfoque do trabalho e que essas exceções estão fora do poder de controle e escolha do empreendedor, deixaremos de analisá-las nesse momento²¹.

O importante, nesse momento, é deixar claro que esses tipos jurídicos tem uma grande vantagem frente aos demais, pois enquanto nos demais o seu CPF pode vir a ser responsabilidade por uma dívida

20 BRASIL, Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso: 27 jun. 2020.

21 Para ler mais sobre o assunto, recomendamos: KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante **A desconsideração da personalidade jurídica** (disregard doctrine) e os grupos de empresas. 4. ed. São Paulo: LTr, 2018.

da sociedade, nos tipos jurídicos LTDA e S/A, em tese, isso não pode acontecer.

O caminho natural para o eventual insucesso empresarial e consequente acúmulo de dívidas é o processo de falência, o qual, se não houver nenhuma infração a lei ou abuso da personalidade jurídica por parte do sócio, resolver-se-á sem reflexos ao patrimônio pessoal dos sócios.

Exceção a essa regra é a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a qual, vale notar, somente tem espaço²² nos termos do art. 50 do Código Civil, recentemente reformulado pela Lei da Liberdade Econômica:

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

22 A exceção das relações de direito trabalhista, ambiental e consumidor.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)”

Portanto, partindo do pressuposto que a atividade empresarial será desenvolvida sem infração à lei ou abuso da personalidade jurídica, têm-se uma significativa vantagem na adoção dos tipos jurídicos LTDA e S/A, que é a limitação da responsabilidade.

Mas, entre esses dois tipos, qual escolher?
Isso depende de muitas variáveis.

7.2 Poder de controle

Para a escolha do tipo societário um dos aspectos mais importantes é o controle, sendo ferramenta muito importante para que fique claro a quem competirá a definição dos rumos que o negócio vai tomar e, inclusive, em possíveis mudanças na regra do jogo, mediante alteração do contrato ou estatuto social.

Na sociedade limitada, o controle se dá com 75% do capital social, quórum qualificado necessário para realizar uma alteração no contrato social, na forma do art. 1.076, I do Código Civil.

Embora para outras matérias haja quóruns menores, somente com esse patamar que se consegue, por exemplo, mudar a sede da sociedade empresária ou o nome empresarial, que são cláusulas obrigatórias do contrato social, assim como inserir no contrato social uma cláusula de exclusão extrajudicial de sócio. Portanto, o controle de uma LTDA se dá apenas com esse quórum, que é elevado e pode contribuir para dificuldade de mudanças que porventura venham a ser necessárias.

Outros quóruns importantes na LTDA são: mais da metade do capital social para designação e destituição de administrador (quando feito em separado), modo de remuneração do administrador, pedido de recuperação judicial (art. 1.076, II, CC) e destituição de administrador nomeado em contrato (art. 1.063, §1º, CC); maioria dos presentes nos demais casos.

Nota-se que é possível as partes aumentar os quóruns previstos em lei, o que pode ser interessante em algumas situações especiais,

sobretudo para salvaguardar interesses de minoritários, por exemplo, um minoritário que tenha 21% pode exigir que conste no contrato um quórum de 80% para alterar o contrato social, de modo a impedir que o majoritário mude as regras do jogo prevendo uma cláusula de exclusão extrajudicial de sócio não prevista originariamente no contrato

Interessante observar, ainda, que em se tratando de microempresa ou empresa de pequeno porte, o controle se dá com 50% + 1, conforme art. 70 da LC 123/2006, que assim determina:

“Art. 70. As microempresas e as empresas de pequeno porte são desobrigadas da realização de reuniões e assembléias em qualquer das situações previstas na legislação civil, as quais serão substituídas por deliberação representativa do primeiro número inteiro superior à metade do capital social.

§ 1º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica caso haja disposição contratual em contrário, caso ocorra hipótese de justa causa que enseje a exclusão de sócio ou caso um ou mais sócios ponham em risco a continuidade da empresa em virtude de atos de inegável gravidade.

§ 2º Nos casos referidos no § 1º deste artigo, realizar-se-á reunião ou assembléia de acordo com a legislação civil

Veja o simples fato de fazer o enquadramento da empresa como microempresa ou empresa de pequeno porte tem consequências relevantes no principal fator, na opinião do autor, para a escolha de um tipo ou de outro, que é o controle, diminuindo de 75% para 50% + 1.

Para fazer o enquadramento é recomendável que conste cláusula específica declarando essa situação no contrato social, nos termos do item 5.2. do Anexo IV da IN-DREI nº 81, de 10 de junho de 2020²³.

Na sociedade por ações o controle se dá com 50% + 1 das ações, já que as deliberações são tomadas por maioria, via de regra, na forma do art. 129 da lei 6.404/1976. Veja que mesmo no caso de mudança do estatuto, o que se exige é um quórum de 2/3 para instalar a assembleia

23 5.2. DECLARAÇÃO DE MICROEMPRESA / EMPRESA DE PEQUENO PORTE O enquadramento, reenquadramento e desenquadramento de microempresa (ME) e empresa de pequeno porte (EPP) será efetuado mediante declaração, sob as penas da lei, de que a empresa se enquadra na situação de ME ou EPP, nos termos do art. 3º, caput e parágrafos, da Lei Complementar n. 123, de 2006, constante de: I - cláusula específica, inserida no contrato social, hipótese em que o instrumento deverá ser assinado pela totalidade dos sócios; ou II - instrumento específico a que se refere o art. 32, II, alínea “d”, da Lei n. 8.934, de 1994, assinado pelo titular.

em 1ª convocação, mas o quórum de aprovação é da maioria do capital social, conforme dispõe o arts. 135 e 136, VI da lei 6.404/1976 - LSA.

Na S/A também se exige quórum de mais da metade do capital social para criar ações preferenciais, diminuição de dividendo obrigatório, fusão, cisão ou incorporação, bem como no caso de dissolução (art. 136, LSA).

Também é possível aumentar esses quóruns por regra constante do estatuto, o que pode ser interessante em algumas situações especiais, sobretudo para salvaguardar interesses de minoritários, por exemplo, para um grupo de minoritários que detenham 35% do capital, seria interessante prever que a alteração da regra estatutária que diminua dividendo obrigatório somente possa ser aprovada por quórum de 70%.

Como se vê, na S/A e na LTDA enquadrada como microempresa e empresa de pequeno porte o controle da sociedade é exercido com menos participação no capital social, o que pode facilitar a formação da maioria e evitar conflitos societários, o que, em geral, pode ser benéfico para a sociedade empresária.

7.3 Outros fatores importantes

Outras questões importantes a serem consideradas são: possibilidade de retirada, exclusão extrajudicial de sócio, custo com publicações e estrutura da sociedade, assim como a circulação das quotas/ações.

Na LTDA o sócio pode, a qualquer momento, exercer o seu direito de retirada, de forma imotivada, conforme assegura o art. 1.029 do CC, bastando notificar os demais sócios com antecedência mínima de 60 dias. Tratando-se de ato unilateral, não pode ser ilidido pela vontade dos demais sócios, a quem compete decidir pela dissolução da sociedade ou pela manutenção da atividade produtiva sem o sócio retirante (dissolução parcial), dentro do prazo de 30 dias (art. 1.029, parágrafo único, CC).

A IN-DREI 81/2020 dispõe que com o arquivamento da notificação de retirada e da ciência dos demais sócios, a Junta Comercial deverá anotar no prontuário a retirada do sócio. A alteração do contrato e regularização do quadro societário ficará a cargo dos sócios remanescentes na próxima alteração contratual, conforme item 4.4.3 do Anexo IV:

“4.4.3. Retirada nos casos de prazo determinado ou indeterminado Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade: I - se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias, a contar da notificação do último

sócio. Nesta hipótese, observar-se-á o seguinte: a) passado o prazo, deverá ser providenciado arquivamento da notificação, que poderá ser por qualquer forma que ateste a cientificação dos sócios; b) a junta anotar no cadastro da empresa a retirada do sócio; c) a sociedade deverá, na alteração contratual seguinte, regularizar o quadro societário; e II - se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa”.

Nessa situação, terá o sócio retirante direito aos seus haveres, que terá como base a situação patrimonial da sociedade (art. 1.031, CC e art. 606, CPC), que deverá ser pago em 90 (noventa) dias, a contar da liquidação, nos termos do art. 1.031, §2º, CC.

Muitas sociedades regulam esse tema em contrato, pois os haveres podem representar valor significativo, sendo que o seu pagamento poderá gerar problemas de fluxo no caixa da empresa, sendo muitas vezes recomendável que se estabeleça já no contrato social o parcelamento dos haveres.

Já na S/A o direito de retirada não ocorre de forma imotivada, mas apenas nos casos em que o acionista for dissidente de deliberações importantes, como no caso de alteração nas preferências de classe de ações preferenciais, redução de dividendo obrigatório, fusão, mudança do objeto social, dentre outras, na forma do art. 136 e 137 da Lei das S/A.

Necessário notar, todavia, que no caso de S/A de natureza familiar e fechada, a jurisprudência do STJ vem admitindo a retirada do sócio unicamente com base na quebra da *affectio societatis*, hipótese que, ressalta-se, não está prevista no rol do art. 137 da LSA²⁴. Nessa situação,

24 DIREITO COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA. GRUPO FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DE LUCROS E DE DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS HÁ VÁRIOS ANOS. DISSOLUÇÃO PARCIAL. SÓCIOS MINORITÁRIOS. POSSIBILIDADE. Pelas peculiaridades da espécie, em que o elemento preponderante, quando do recrutamento dos sócios, para a constituição da sociedade anônima envolvendo pequeno grupo familiar, foi a afeição pessoal que reinava entre eles, a quebra da *affectio societatis* conjugada à inexistência de lucros e de distribuição de dividendos, por longos anos, pode se constituir em elemento ensejador da dissolução parcial da sociedade, pois seria injusto manter o acionista prisioneiro da sociedade, com seu investimento improdutivo, na expressão de Rubens Requião. O princípio da preservação da sociedade e de sua utilidade social afasta a dissolução integral da sociedade anônima, conduzindo à dissolução parcial. Recurso parcialmente conhecido, mas improvido. (REsp 111.294/PR, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 19/09/2000, DJ 28/05/2001, p. 161) COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA. CUNHO FAMILIAR. QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS. DISSOLUÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. PEDIDO FORMULADO POR ACIONISTAS MAJORITÁRIOS. POSSIBILIDADE.

no entanto, é necessário um processo judicial, com apoio no art. 599, §2º do CPC.

Assim, tem-se que na LTDA é mais fácil para o sócio sair da sociedade, recebendo os haveres que porventura tenha direito, enquanto que na S/A é mais difícil, pois, via de regra, não pode simplesmente sair da sociedade, tendo, portanto, que no caso de não desejar mais fazer parte da companhia, procurar a venda das suas ações no mercado, o que do ponto de vista da sociedade empresária é benéfico, pois mantém os investimentos na sua atividade empresarial.

A exclusão extrajudicial de sócio por justa causa somente é possível na LTDA, desde que previsto no contrato social e observado o quórum de mais da metade do capital social, na forma do art. 1.085 do CC.

Trata-se de vantagem desse tipo societário, que permite que diante de um sócio que não contribua para a atividade empresarial e esteja a causar “problemas”, dando ensejo a justa causa, é possível excluí-lo da sociedade sem a necessidade de provocar o Poder Judiciário, o que é muito mais célere e eficiente em comparação a um processo judicial.

Essa previsão não existe na Lei das S/A, não sendo possível excluir extrajudicialmente por justa causa um acionista de uma sociedade por ações²⁵.

A S/A tem uma estrutura mais complexa, devendo ter, no mínimo, 2 (dois) diretores (art. 143 da LSA) e sendo matérias importantes deliberadas em assembleia geral (art. 122, LSA), o que implica na necessidade

1. Admite-se dissolução parcial de sociedade anônima fechada de cunho familiar quando houver a quebra da *affectio societatis*, com a retirada dos sócios dissidentes, após a apuração de seus haveres em função do valor real do ativo e do passivo. Precedentes.

2. Se o legislador autorizou os acionistas majoritários a pleitearem a dissolução total da sociedade - hipótese que leva à liquidação da empresa, com a saída de todos os sócios, inclusive os minoritários - está admitida também a sua dissolução parcial. Não há sentido em impedir que os acionistas majoritários busquem permanecer no controle da empresa, até porque representam a maioria do capital social e, a rigor, a vontade dominante no que se refere aos interesses convergentes que, desde o início, caracterizaram a *affectio societatis* e a forma de exploração do objeto social.

3. Nada impede os acionistas minoritários de apresentarem, em sede de defesa, reconvenção, caso concordem com a dissolução parcial, mas entendam que os acionistas majoritários é que devem se afastar. Todavia, o que não se pode admitir é que, numa sociedade intuitu personae com ruptura da *affectio societatis*, os sócios minoritários se postem contrários à dissolução parcial, mas não demonstrem interesse em assumir o controle da empresa.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1128431/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 25/10/2011)

25 Ressalvada a hipótese do remisso, regulada no art. 107, II, LSA.

de publicação de editais de convocação (art. 124, LSA), assim como de suas demonstrações financeiras (art. 133, LSA).

Já a LTDA tem uma estrutura mais simples, podendo a sua administração ser exercida apenas por uma pessoa, sendo dispensada a reunião de sócios quando todos deliberarem por escrito sobre a matéria (art. 1.072, §3º, CC). A forma de convocação de reunião de sócios pode ser simplificada sendo dispensada a publicação de editais por cláusula contratual (art. 1.072, CC).

Embora a estrutura mais simples da LTDA seja um ponto favorável a este tipo, isto implica também em menor transparência, como aponta a doutrina especializada²⁶.

É válido lembrar que em ambas as situações a instalação de conselho de administração e conselho fiscal é facultativa e necessário destacar as exceções no concerne à obrigatoriedade, ou não, das publicações:

a) as microempresas e empresas de pequeno porte estão dispensadas de qualquer tipo de publicação de ato societário (art. 71, LC 123/2006);

b) qualquer sociedade, ainda que LTDA, tem o dever de publicar suas demonstrações financeiras quando considerada de grande porte, ou seja, que tenha no exercício anterior, ativo total superior a R\$ 240.000.000,00 ou receita bruta superior a R\$ 300.000.000,00, conforme art. 3º, parágrafo único da Lei 11638/2007;

c) a S/A fechada, com menos de 20 (vinte) acionistas e com patrimônio líquido inferior a R\$ 10.000.000,00 pode convocar a assembleia-geral mediante convocação por escrito, contrarrecibo e deixar de publicar as demonstrações financeiras (art. 294, LSA, com redação da lei 13.818/2019).

Outro ponto importante a ser levado em conta é a limitação para a circulação de quotas ou ações.

Na LTDA, embora a regra seja a livre circulação das quotas, salvo oposição de mais de ¼ do capital social (art. 1.057, CC), essa disposição pode ser excepcionada pelo contrato social, de modo a impor limites e

26 PRADO, Roberta. DONAGGIO, Angela. CARMO, Lia Uema do. PRADO, Viviane. **Determinantes estratégicas na escolha do tipo societário: LTDA OU SA?** In: Direito societário, planejamento tributário e sucessório (Roberta Prado, Daniel Peixoto, Eurico de Santi - coord.). 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 72.

até mesmo a impedir a entrada de estranhos no quadro societário, inclusive no caso de divórcio e *causa mortis* (art. 1.026, 1.027 e 1.028, CC²⁷).

Na S/A, a regra também é a livre circulação das ações (art. 31, §1º, LSA), mas é possível que o estatuto restrinja esse direito, desde que “não impeça a negociação, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos da administração da companhia ou a maioria dos acionistas”, nos termos do art. 36 da LSA. Logo, tem-se que é mais difícil na S/A impor restrições a circulação das ações.§

7.4 Quadro-resumo LTDA X S/A

Assim, apresenta-se o seguinte quadro-resumo que poderá auxiliar na tomada de decisão sobre qual o tipo societário que melhor atende ao caso concreto:

	LTDA	S/A
Controle	75% * exceção ME e EPP 50% +1	50% + 1
Direito de retirada	Amplio	Restrito
Exclusão extrajudicial de sócio	Possível	Não possível
Estrutura	Mais Simples	Mais Complexa
Publicações (transparência)	Dispensada. Menos transparência. * exceção: grande porte	Necessária. Mais transparência. * exceção: menos de 20 acionistas e patrimônio líquido até R\$ 10.000.000,00.
Circulação das quotas/ações	Possibilidade de restringir e impedir a entrada de estranhos	Mais difícil restringir a entrada de estranhos

Quando adotar esse tipo?

Tanto a LTDA como S/A são tipos jurídicos recomendados em razão da limitação da responsabilidade do sócio ou acionista.

Decidir entre um tipo e outro depende do caso concreto, podendo-se levar em consideração o quadro-resumo acima para orientar a decisão.

27 Conferir ainda: PRADO, Roberta. DONAGGIO, Angela. CARMO, Lia Uema do. PRADO, Viviane. **Determinantes estratégicas na escolha do tipo societário: LTDA OU SA?** In: Direito societário, planejamento tributário e sucessório (Roberta Prado, Daniel Peixoto, Eurico de Santi – coord.). 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p.73/74ad

Em geral, em razão da estrutura mais simples e considerando que o poder de controle nas microempresas e empresas de pequeno porte é exercido por 50% +1, a tendência, para pequenos negócios, que tenham faturamento acima do teto do microempreendedor individual (lembre-se: R\$ 81.000,00 ao ano, o que confere uma média de R\$ 6.750,00 ao mês) é que a LTDA tenha vantagem sobre a S/A.

8 Sociedade em conta de participação

A sociedade em conta de participação não é uma sociedade com personalidade jurídica própria (art. 993, Código Civil). Trata-se de parceria na qual uma ou mais pessoas se unem para o desenvolvimento de uma atividade empresária no nome de uma delas, que será o sócio ostensivo.

O outro sócio, denominado sócio oculto, não aparece na relação com terceiros. O sócio ostensivo assume as obrigações em nome próprio, nos termos do art. 991 e parágrafo único do Código Civil.

José Edwaldo Tavares Borba ensina que a finalidade desse contrato é a obtenção de capital de risco para um dado empreendimento, proporcionando ao investidor a participação nos lucros ou prejuízos²⁸.

É um instrumento muito importante para captar investimento mitigando os riscos do negócio, pois, dada a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, é cada vez mais comum que diante de um insucesso empresarial os credores satisfaçam sua obrigação no patrimônio dos sócios. Então, considerando que o credor não sabe sequer da existência do sócio oculto, é muito difícil que chegue até ele qualquer tentativa de responsabilização por dívida assumida pelo sócio ostensivo.

Nota-se que a sociedade em conta de participação não precisa ser registrada na Junta Comercial, de acordo com o art. 993 do Código Civil, o que dificulta ainda mais que o credor venha tomar conhecimento da sua existência.

Aliado a isso, é o próprio Código Civil que disciplina que é somente o sócio ostensivo que assume obrigações perante terceiros, o que confere, então, maior proteção ao sócio oculto.

Quando adotar esse tipo?

28 BORBA, Jose Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 115.

Quando for interesse das partes manter descrição sobre a participação de um dos sócios, em especial para captação de recursos para um determinado empreendimento com mitigação dos riscos ao sócio oculto, geralmente um investidor, que colabora para o desenvolvimento de uma atividade econômica realizada, em nome próprio, pelo sócio ostensivo.

9 Startups e o Inova Simples

A Lei Complementar n. 167, de 24 de abril de 2019²⁹ instituiu o Inova Simples, que é um regime especial para *startups*³⁰. O tratamento diferenciado consiste em um rito simplificado para abertura e fechamento, através da internet, em termos parecidos ao hoje realizado para os MEI's (art. 65-A, §3º da mencionada lei), conferindo-lhe um CNPJ.

Além disso, os recursos captados para o empreendimento não constituíram renda, nos termos do art. 65-A, §9º da lei, permite-se a comercialização experimental de serviço ou produto até o limite do MEI (§10). E, no caso de insucesso, permite-se o a baixa do CNPJ sem maiores formalidades (§11).

Ocorre que, esse tipo jurídico, à semelhança do MEI, não constitui proteção jurídica ao sócio própria das sociedades com limitação de responsabilidade, de modo que no caso de um insucesso empresarial é o próprio CPF do sócio que responderá pelas dívidas.

Quanto a facilidade para abertura e encerramento, verifica-se que a é mesma do MEI, não representando novidade relevante. Além disso, dada a velocidade do registro de empresas feita na Junta Comercial nos dias de hoje, por volta de 2 dias e 17 horas, conforme aponta Mapa de Empresas do Ministério da Economia³¹, verifica-se que não é uma vantagem tão atrativa.

Muito mais atrativa é a constituição de uma sociedade com limitação de responsabilidade, o que permitirá proteção jurídica muito

29 BRASIL. Lei Complementar n. 167, de 24 de abril de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp167.htm>. Acesso: 30 jun. 2020.

30 Nos termos da lei, *startups* são “empresa de caráter inovador que visa a aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos, os quais, quando já existentes, caracterizam *startups* de natureza incremental, ou, quando relacionados à criação de algo totalmente novo, caracterizam *startups* de natureza disruptiva”, nos termos do art. 65-A, §1º.

31 MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Mapa de empresas. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/mapa-de-empresas/painel-mapas-de-empresas>>. Acesso: 30 jun. 2020.

maior aos “sócios” da empresa inova simples, razão pela qual não se vê como um modelo interessante, de modo que dificilmente será um tipo jurídico que irá “pegar”.

Talvez o único atrativo seja a questão tributária, mas depende de regulamentação pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (art. 65-A, § 13), o que, passados mais de um ano da Lei, ainda não ocorreu.

Assim, por ora, pelo menos até a regulamentação da questão tributária, não se vê como recomendado a utilização desse instituto, pois, no MEI se tem a mesma facilidade no que concerne a abertura e fechamento e, o que é mais importante, esse tipo jurídico não confere a proteção da limitação da responsabilidade, o que o torna desaconselhável.

Quanto adotar esse tipo?

Até que haja a regulamentação dos aspectos tributários pelo Comitê Gestor do Simples Nacional não se recomenda a utilização desse tipo jurídico.

9 Conclusões

Identificou-se no artigo que existem várias opções jurídicas para quem quer empreender e que muitas vezes o empreendedor toma a decisão do tipo jurídico a adotar “no escuro”, tanto que o Mapa de Empresas do Ministério da Economia dá conta que o tipo mais utilizado é o empresário individual, o qual, na opinião do autor, não tem atrativos relevantes.

A partir da análise dos tipos jurídicos existentes, identificou-se as situações que, em termos gerais, tornam mais aconselháveis a adoção de um tipo ou de outro, o que depende da análise individual de cada empreendimento.

Constatou-se que pode ser interessante empreender na pessoa natural quando o faturamento estiver dentro do limite da faixa de isenção do imposto de renda, que confere uma média de R\$ 2.379,97 por mês.

Verificou-se que o MEI é uma alternativa viável quando o faturamento do empreendimento estiver abaixo do teto legal, que é de R\$ 6.750,00 ao mês, tendo vantagem sobre a pessoa natural em razão dos benefícios previdenciários.

Não se identificaram atrativos importantes na utilização de empresário individual, empresa individual de responsabilidade limitada, sociedade simples e inova simples.

Sobre os tipos societários propriamente ditos constatou-se que os melhores são aqueles que acarretam em limitação de responsabilidade,

notadamente LTDA e S/A. Abordou-se as semelhanças e diferenças entre esses tipos jurídicos, concluindo que para pequenos empreendimentos, em geral, a LTDA é mais aconselhada.\

Discorreu-se, ainda, sobre a sociedade de conta de participação, concluindo que pode ser interessante utilizá-la quando for do interesse das partes manter discricção sobre a participação de um dos sócios, geralmente o investidor, conferindo-lhe proteção jurídica frente ao eventual insucesso do negócio, cuja responsabilidade perante terceiros é apenas do sócio ostensivo.

Referências bibliográficas

BORBA, Jose Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei 406**, de 31 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0406.htm#art12>. Acesso: 27 jun. 2020.

_____. **Lei n. 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso: 27 jun. 2020.

_____. **Lei n. 8.213**, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso: 27 jun. 2020.

_____. **Lei n. 11.941**, de 11 de julho de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm#art2>. Acesso: 27 jun. 2020.

_____. **Resolução CGSN n. 140**, de 22 de maio de 2018. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=92278>>. Acesso: 27 jun. 2020.

_____. **Lei Complementar n. 167**, de 24 de abril de 2019. Disponível em: << <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp167.htm>. Acesso: 30 jun. 2020.

_____. **Lei n. 13.874**, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso: 27 set. 2020

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DEPARTAMENTO DE REGISTRO E INTEGRAÇÃO NACIONAL. **Instrução Normativa n. 81**, de 10 de junho de 2020. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/ANEXOS_2020/IN81/IN_DREI_81_2020_-_Anexo_III.pdf>. Acesso: 27 set. 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Informalidade supera 50% em 11 estados do país, diz IBGE**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/02/informalidade-atinge-recorde-em-19-estados-e-no-df-diz-ibge.shtml>>. Acesso: 27 jun. 2020.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2018.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Mapa de Empresas – Natureza jurídica**. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/mapa-de-empresas/painel-mapa-de-empresas>>. Acesso: 27 jun. 2019.

PRADO, Roberta. DONAGGIO, Angela. CARMO, Lia Uema do. PRADO, Viviane. **Determinantes estratégicas na escolha do tipo societário: LTDA OU SA? In: Direito societário, planejamento tributário e sucessório** (Roberta Prado, Daniel Peixoto, Eurico de Santi – coord.). 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

RECEITA FEDERAL. **Solução de Consulta n. 95 – COSIT**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/anexoOutros.action?idArquivoBinario=34472>>. Acesso: 27 jun. 2020.

RECEITA FEDERAL. **Instrução Normativa RFB n. 1924**, de 19 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=107054>>. Acesso: 27 jun. 2020.

SEBRAE. **Pequenos Negócios em Números**. Disponível em: <<https://m.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso: 27 jun. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no AgRg no AREsp 504.567/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2019, DJe 08/11/2019.

_____. REsp 111.294/PR, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 19/09/2000, DJ 28/05/2001.

_____. REsp 1128431/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 25/10/2011.

5 A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS EM CASO DE VIOLAÇÃO À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)

MIGUEL PEDRO ALVES DA PAZ

Bacharel em Direito pela Universidade
Federal do Rio de Janeiro - UFRJ

A RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS EM CASO DE VIOLAÇÃO À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)

Miguel Pedro Alves da Paz

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar a responsabilidade de administradores de sociedades anônimas em casos de incidentes de segurança que comprometam a integridade, disponibilidade e confidencialidade de dados pessoais armazenados pelas companhias – os chamados “vazamentos” de dados pessoais. A pesquisa é desenvolvida por meio dos métodos expositivo, analítico e dedutivo. Para tanto, analisa-se inicialmente o regime comum de responsabilização de administradores de sociedades anônimas, a luz da Lei das S/A (Lei n. 6.404/76). Avança-se para as mudanças causadas pela Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD (Lei n. 13.709/18) na forma como se fazem negócios no Brasil, tendo em vista os padrões de segurança por ela estabelecidos, a proteção conferida ao titular de dados pessoais em paralelo às já existentes garantias previstas no direito do consumidor, em um contexto de modernização das relações econômicas graças a amplitude da utilização de tecnologia no processo de fornecimento de produtos e serviços. Termina-se analisando o impacto da LGPD no Direito Comercial, especialmente no tocante à responsabilização pessoal por danos relacionados ao tratamento de dados decorrentes do exercício da atividade empresarial.

Palavras-chave: Direito Comercial; Proteção de Dados Pessoais; Responsabilidade do Administrador, Tratamento de Dados, Segurança de Dados

Abstract:

The purpose of this paper is to analyze the corporations' directors liability in data breach events that might compromise the integrity, availability and confidentiality of personal data held by corporations. The research is carried on through the expository, analytical, and deductive methods. In order to do so, the common system of management liability is analyzed, using the Law 6,404/76. Thereafter, the changes caused by the General Data Protection Law - LGPD (Law No. 13,709/18) in the way business is done in Brazil, taking into account the security standards established by it, the protection afforded to the data subject allied to the guarantees provided by Consumer Law, in a context of modernization of economic relations due to the extent of the use of technology in the process of supplying products and services. It ends by analyzing the impact of the LGPD on Corporate Law, especially with regard to liability for damages arising from economic activities.

Keywords: Corporate Law; Personal Data Protection; Director Liability, Data Processing, Data Security

1 Introdução

O advento da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, simplesmente “LGPD”) trouxe a regulamentação do tratamento¹ de dados pessoais. A aprovação da lei em território nacional segue o mesmo caminho que diversos outros países têm tomado em vistas de proteger as informações pessoais de usos indevidos e abusivos por parte de agentes de tratamento de dados.

Fazia-se urgente, numa sociedade e economia baseadas na informação, uma legislação mais enfática no tocante à regulamentação do uso de dados pessoais, a fim de proteger os titulares de dados e garantir segurança jurídica aos envolvidos no tratamento das informações.

Ainda que já houvesse diversos dispositivos que versavam sobre proteção de dados em legislações específicas², desde o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, simplesmente “MCI”), que dispõe de princípios como a proteção de dados e a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, aguardava-se a aprovação de uma lei federal de proteção de dados a fim de efetivar, de maneira mais ampla, a proteção disposta como princípio do uso da internet no Brasil.

A LGPD, cuja vigência se iniciou recentemente³, trouxe fundamentos e princípios para o tratamento de dados pessoais, que deverão ser observados nas mais diversas atividades que envolvem o uso de dados de uma forma geral, já que, a partir da definição de dado pessoal de maneira mais ampla, atinge todo o tipo de tratamento de informação que possa identificar uma pessoa.

Para os fins deste estudo, destacam-se entre os fundamentos da proteção de dados elencados pela LGPD o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa⁴, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, e a defesa do consumidor que permitem compreender que

1 O tratamento é entendido pela LGPD como gênero que engloba diversas operações, como será visto a seguir.

2 Como o Código Tributário Nacional, a Lei Geral de Telecomunicações, a Lei de Acesso à Informação, a Lei Carolina Dieckmann e a Resolução n. 4.658 do Banco Central, por exemplo.

3 A LGPD entrou em vigor em 18 de setembro de 2020, através da aprovação pelo Senado da MP 959/2020. As sanções administrativas descritas na lei, no entanto, só valerão a partir de agosto de 2021.

4 Reconhecida inicialmente pela Corte Alemã no julgamento BVerfGE 65, 1 (*Volkszählung*), o direito fundamental garante o poder do indivíduo de decidir sobre a disponibilidade e utilização de informações acerca de si mesmo. Tem como finalidade proteger a dignidade humana e a livre formação da personalidade.

a lei preza pela proteção dos direitos da personalidade do indivíduo cujos dados são armazenados e de outras formas tratados. São importantes também o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, bem como a livre iniciativa e livre concorrência que legitimam o uso pelas empresas dos dados fornecidos a fim de melhorar a atividade desenvolvida e contribuir com a circulação econômica.

Algumas definições do artigo 5º da lei são essenciais para o tema, pois além de ditar o conceito de dado pessoal e do que é seu tratamento, trazem categorias especiais de dados pessoais e personagens que terão diferentes responsabilidades e direitos na utilização e tratamento dos dados, como é o caso do titular, do controlador, do operador e do encarregado⁵.

O presente estudo propõe uma reflexão aparentemente não enfrentada pela nova lei. Enquanto ficção jurídica, as companhias têm sua vontade manifestada por meio de seus administradores. Poderão tais administradores ser responsabilizados por danos imputados às companhias com fulcro na LGPD?

A Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/76) é a principal normativa no tocante à regulação das atividades das Sociedades Anônimas. O diploma traz como possibilidades de responsabilização do administrador a atuação com culpa ou dolo que gere dano a companhia e a violação da lei ou estatuto social. Tal responsabilização deve ser efetuada através de procedimento descrito no artigo 159 da LSA, com a participação dos acionistas e será avaliada tendo em vista o padrão de conduta esperado de um administrador.

No panorama atual do ordenamento jurídico, cabe analisar o impacto da LGPD na responsabilidade das companhias pelos dados pessoais por ela coletados ou de outra forma tratados, considerando as normativas específicas do Direito Comercial quanto à conduta dos administradores de sociedades anônimas e sua responsabilização em eventos relacionados ao vazamento de dados.

2 A responsabilidade dos administradores nas Sociedade Anônimas

Segundo a teoria organicista da administração⁶, adotada pelo ordenamento brasileiro, entende-se administrador por um membro de

5 *Data Protection Officer*, na versão original em inglês do GDPR. “Encarregado” foi o termo utilizado na versão traduzida para o português em Portugal e importada para a LGPD.

6 Conforme expõe OLIVEIRA, Rodrigo Candido de; GARCIA, Rodrigo Saraiva Porto. *O Regime diferenciado de responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas*. *Revista*

um órgão da companhia que é responsável pela execução da atividade econômica. O administrador, no exercício das suas funções, age como se a própria companhia fosse. Nas sociedades anônimas são órgãos da administração a Diretoria e o Conselho de Administração. Enquanto o primeiro é órgão de existência obrigatória, o segundo só o é nos casos definidos pela lei⁷. Aos acionistas, reunidos em Assembleia Geral é resguardada a mais alta hierarquia para tomada de decisões.

Cabe aos acionistas nomear quem administrará a companhia. Existindo Conselho de Administração, a Assembleia Geral nomeará os seus membros, que por sua vez indicarão os membros da Diretoria. Na sua ausência, a Assembleia Geral é o órgão competente por nomear os diretores. Aos administradores são atribuídos poderes e deveres que obedecem tanto ao estatuto social, quanto à lei. Deste modo, os atos por eles praticados são imputáveis à sociedade anônima, pois através destes eles manifestam a vontade da própria companhia.

O administrador responderá pessoalmente somente quando desviar do que é esperado como sua conduta padrão, conforme o artigo 158 da Lei n. 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações – LSA):

“Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

- I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;
- II - com violação da lei ou do estatuto.”

Em regra, os prejuízos da companhia são responsabilidade desta, já que o administrador atua como órgão que obedece às deliberações da assembleia geral de acionistas. Operações simplesmente malsucedidas são, portanto, ônus da sociedade, pois decorrem do risco do negócio.⁸

O administrador poderá ser, entretanto, responsabilizado, caso seja comprovado que sua conduta tem nexo de causalidade com o dano sofrido pela companhia e que houve culpa ou dolo em sua atuação.⁹ Nestes

dos Tribunais. Vol. 976. Ano 106. p. 193-219. São Paulo: Ed. RT, Fevereiro 2017

7 Do que são exemplos as sociedades de capital autorizado e as companhias abertas (art. 138, parágrafo segundo da LSA).

8 Conforme assinala PARENTE, Norma Jonssen. *Limites da Responsabilidade dos Administradores pela Indenização de Prejuízos*. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. Vol. 31 Jan-Mar/2006.

9 OLIVEIRA, Rodrigo Candido de; GARCIA, Rodrigo Saraiva Porto. *O Regime diferenciado de responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas*. *Revista dos Tribunais*.

casos, a sociedade responde de forma solidária e tem a possibilidade de ajuizar ação de regresso em face do administrador, se efetivamente arcar com as despesas decorrentes dos danos por ele causados.¹⁰

A outra possibilidade legal de responsabilização do administrador é quando este age de forma conflitante com a lei ou com o estatuto social da companhia. Neste caso a responsabilidade dele é presumida, bem como o ônus de provar que suas ações não foram as causadoras dos danos, isto é, que independente de sua conduta o prejuízo seria causado no decorrer da atividade e que sua conduta obedeceu aos padrões esperados de um administrador.

2.1 Ação Social de Responsabilidade

Nos eventos de prejuízo decorrentes de uma das hipóteses do artigo 158 da LSA, os acionistas, precisarão deliberar em assembleia geral sobre o ajuizamento da ação de responsabilidade pela companhia em face do administrador, chamada também de ação social, disposta no artigo 159 do mesmo diploma legal, que diz que “compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.”

Faz-se necessária, porém, que as contas do administrador tenham sido rejeitadas em assembleia geral ordinária, caso contrário, é necessário que haja a anulação da deliberação que aprovou as contas do mesmo. De outra maneira, estaria contrariando o parágrafo 3º do artigo 134 da LSA, que dispõe que “a aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação.”

2.2 Ação Individual de Responsabilidade

Além da ação social, é possível também, o ajuizamento de ação individual de responsabilidade. Essa hipótese, porém, só é possível a um acionista no caso de dano direto provocado pela atuação do administrador.

Além do acionista, é também cabível a legitimidade ativa do terceiro prejudicado, que, após dano derivado de determinada conduta do administrador, pode ingressar com ação de indenização que atinge diretamente a este.

Vol. 976. Ano 106. p. 193-219. São Paulo: Ed. RT, Fevereiro 2017.

10 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. V.2. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011, p.404.

A ação individual de responsabilidade do administrador está ligada principalmente aos casos de contratos, decorrentes de atuação ilícita do administrador, firmados com os legitimados para essa ação e está disposta no parágrafo 7º do artigo 159 da lei 6.404/76, que ressalta que “a ação prevista neste artigo não exclui a que couber ao acionista ou terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador.”

2.3 A Business Judgment Rule

Para avaliar se a conduta do administrador é ilícita ou não, isto é, se cabe o silogismo do caso com os incisos do artigo 158, sendo necessário não somente conhecer as normas legais e estatutárias, mas realizar uma análise mais profunda do caso e das circunstâncias que a eles se atrelam.

Norma Jonssen Parente¹¹, ressalta as principais regras de conduta que devem ser adotadas pelo administrador nos termos dos artigos 153 a 157 da LSA:

“(i) dever de ser cuidadoso e diligente, (ii) lograr os fins da companhia, (iii) atentar para o bem público e a função social da empresa, (iv) servir com lealdade à companhia, (v) não intervir nem deliberar sobre atos em conflito de interesse e (vi) não contratar com a sociedade em condições não equitativas.”

A lei prevê a conduta de maneira genérica, segundo Parente, pois entende que a atuação do administrador está atrelada a uma vasta possibilidade de atividades e circunstâncias que poderiam escapar à uma definição legal mais estrita.

Fica, portanto, a cargo do judiciário definir no caso concreto se a conduta do administrador obedece ao que é esperado deste, como se infere a partir do §6º do artigo 159 da LSA: “O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.”

Para isso, tem-se adotado a teoria norte-americana de *business judgment rule*, que define um padrão de comportamento dos administradores a fim de proteger suas ações no exercício da atividade econômica, deixando-os menos expostos e mais seguros ao realizar a atividade da empresa de forma inovadora e criativa, conforme entendimento da CVM:

“a possibilidade de revisão ex post pelo Poder Judiciário aumenta significativamente o risco a que o administrador fica exposto,

11 Diretora da Comissão de Valores Mobiliários de 2000 a 2005.

podendo fazer com que ele deixe de tomar decisões mais arriscadas, inovadoras e criativas (que podem trazer muitos benefícios para a companhia)... o Poder Judiciário Americano preocupa-se apenas com o processo que levou à decisão e não com o seu mérito”¹²

A *Business Judgment Rule* apresenta, portanto, maneiras de conduzir o negócio de forma que o resultado seja uma decisão informada, refletida, desinteressada e sem intuito fraudulento ou má-fé.

Parente coloca ainda como prática recomendada aos administradores o dever de investigar as atividades desenvolvidas pela companhia a fim de conhecer possíveis violações legais e tomar as devidas providências para que tais atos cessem e a sociedade seja afetada o mínimo possível.

O administrador que obedece ao estatuto, às normas legais e ao padrão de conduta de um administrador, contribui para o ideal funcionamento da companhia e ainda se exime da responsabilidade de eventuais danos que a sociedade possa causar ou sofrer.

3 O tratamento de dados de consumidores

No atual estágio de desenvolvimento da economia, é possível observar diversas transformações no mercado e na forma de produção e oferta dos produtos e serviços.

O consumismo contemporâneo não é baseado simplesmente em o consumidor comprar tudo o que é produzido em grande quantidade, sem que este tenha de fato a necessidade de consumir. Por outro lado, com a crise da produção em massa, surgiu a economia de especialização flexível caracterizada pela diversificação da produção a fim de desenvolver diferentes produtos para diferentes pessoas.¹³

Essa diferenciação gera uma especialização do marketing que visa conhecer melhor o consumidor e produzir algo o mais personalizado possível a fim de fidelizar o cliente e minimizar os riscos do negócio.

Para tal especialização, as empresas coletam dados dos clientes e reconhecem os mais diferentes perfis através das características em comum. Passam então a oferecer um serviço único e “customizado”,

12 BRASIL, Comissão de Valores Mobiliários. **Processo Administrativo Sancionador n. RJ2005/1443**, Diretor-Relator: Pedro Oliva Marçílio de Sousa, 21 de março de 2006. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2006/20060510_RJ20051443.html>. Acesso: 08 abr. 2020.

13 MENDES, Laura Schertel. **A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais**. Revista de Direito do Consumidor. Vol 102. Ano 24. p. 20. São Paulo: Ed. RT, nov-dez, 2015.

o que acaba convencendo o consumidor de que ele precisa daquele produto porque se encaixa perfeitamente em sua forma de consumir. É essa “melhora da experiência do usuário”¹⁴ através da formação de um perfil comportamental do cliente que tem levado às empresas a alcançar a estabilidade econômica no mercado.

A quantidade de dados captados e tratados, por conseguinte, não é pequena, pois a necessidade da empresa em se manter com produtos atrativos ao consumidor é permanente. Por isso, a coleta de informações sobre hábitos e costumes se dá de forma massiva, gerando certa vigilância das empresas quanto aos consumidores.

O crescimento da utilização em massa de técnicas como o *Big Data* e a Inteligência Artificial permitem que cada vez mais dados sejam processados e conseqüentemente, mais informações sejam geradas acerca do mercado consumidor. Entretanto, como tratam-se de metodologias programadas por padrões, é possível gerar resultados de mitigação de grupos através da aglomeração de indivíduos com perfis parecidos.

Há, portanto, “uma ameaça patente à personalidade do consumidor... se o fluxo de dados pessoais for utilizado para limitar indevidamente o acesso dos consumidores a bens e serviços ou para selecioná-los e classificá-los de forma discriminatória.”¹⁵

A capacidade de autodeterminação do indivíduo é reduzida a partir do momento em que este não consegue determinar quais informações pessoais suas são conhecidas na sociedade e podem ser utilizadas para a tomada de decisões que lhe afetem.

O fato de a empresa conhecer e construir o consumidor através do estudo de seu perfil e do que lhe é apresentado como produto ideal e personalizado e este não a conhecer comprova a vulnerabilidade¹⁶ do indivíduo em face das empresas.¹⁷

14 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. p. 76. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2020.

15 MENDES, Laura Schertel. **A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais**. Revista de Direito do Consumidor. Vol 102. Ano 24. São Paulo: Ed. RT, nov-dez, 2015. p. 26.

16 FREITAS, Régys Odlare Lima de. **A Emergência da sociedade de consumo e a intensificação da proteção dos direitos da personalidade do consumidor**. Tutela dos Direitos da Personalidade na Atividade Empresarial. Vol. III. Curitiba: Juruá, 2010. p. 86.

17 Como elucidação, em 2018, o Ministério Público do Distrito Federal realizou uma investigação de diversas empresas do ramo varejista farmacêutico a fim de verificar a intenção que estas tinham em coletar o CPF dos clientes a cada compra, já que tais dados poderiam gerar um perfil que poderia ser prejudicial aos clientes caso houvesse repasse deste à seguradoras de saúde, por exemplo. LUIZ, Gabriel. **CPF em troca de desconto: MP**

A proteção dos dados em face das empresas é, logo assim, vital para a proteção de direitos da personalidade do consumidor, ligados principalmente à privacidade e a imagem deste.

O interesse na regulação da proteção de dados é importante também à atividade econômica, pois garante a segurança jurídica quanto às maneiras de se utilizar os dados sem recair em violações aos usuários, bem como o procedimento de responsabilização quando do tratamento inadequado desses dados.

Neste campo, ainda que a desconsideração da personalidade jurídica seja um caminho a ser cogitado para a responsabilização dos danos decorrentes do mau uso dos dados no sentido de garantir a indenização, ela pode não ser a melhor escolha, já que chega-se ao patrimônio do sócio ou administrador, mas não fere diretamente a honra objetiva da empresa, o que acaba por não ter eficácia no âmbito da punição coercitiva que previne a reiteração.¹⁸

4 As inovações da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

O Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, simplesmente “MCI”) promulgado anos antes da LGPD, representou um grande avanço na regulação do uso da internet no Brasil, prevendo princípios de uso, direitos e deveres dos usuários bem como dos provedores e empresas que atuam nesse meio. O diploma foi o responsável, por exemplo, por trazer o princípio da neutralidade da rede, que dispõe que toda a informação disposta na rede deve ser tratada de maneira isonômica, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação,¹⁹ de forma que seja acessível por qualquer um, evitando a discriminação de conteúdo.

Entre os princípios basilares dispostos no MCI, constavam também a “proteção dos dados pessoais” e a “responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades.” Esses princípios já representavam uma contribuição para o ordenamento jurídico quanto à coleta e quaisquer outros meios de tratamento de dados, no entanto, faltava uma disposição

investiga venda de dados de clientes por farmácias. G1 Distrito Federal. Distrito Federal, 16 de março de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/cpf-em-troca-de-desconto-mp-investiga-venda-de-dados-de-clientes-por-farmacias.ghml>>. Acesso: 29 abr. 2019.

18 FREITAS, Régys Odlare Lima de. **A Emergência da sociedade de consumo e a intensificação da proteção dos direitos da personalidade do consumidor.** Tutela dos Direitos da Personalidade na Atividade Empresarial. Vol. III. p. 97. Curitiba: Juruá, 2010.

19 Art. 9º do Marco Civil da Internet.

direta e clara que definisse e mais efetivamente protegesse dados pessoais, conferindo segurança jurídica aos atos ligados a essas práticas. O próprio texto do Marco Civil dispunha que tais princípios deveriam ser observados “na forma” e “nos termos da lei”, como se pode observar nos incisos III e VI de seu artigo 3º.²⁰

“Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: ...

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; ...

VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;”

No ano de 2016, foi editado Decreto Presidencial que regulamentava alguns pontos do MCI. Dentre outros, destaca-se o artigo 14 que define o que são dados pessoais e o que seria o tratamento destes:

“Art. 14. Para os fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - dado pessoal - dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locais ou identificadores eletrônicos, quando estes estiverem relacionados a uma pessoa; e

II - tratamento de dados pessoais - toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.”

O dispositivo, ainda que se ocupasse da definição dos termos dispostos no MCI, não dava as diretrizes necessárias à proteção efetiva dos dados pessoais, fazendo com que a necessidade da Lei continuasse a persistir.

Em maio de 2018 foi publicado a *General Data Protection Regulation* (GDPR) do Parlamento Europeu, que, diferente de seu diploma anterior sobre o assunto – a Diretiva 95/46/EC, que já regulava o tratamento de dados pessoais, ainda que de forma obsoleta por ter sido editada em outro momento do advento tecnológico – é obrigatório e se aplica a todos os países da União Europeia. Associado ao *California Consumer Privacy*

20 DONEDA, Danilo; MONTEIRO, Marília. **O sistema da Privacidade e Proteção de Dados no Marco Civil da Internet.** Marco Civil da Internet – Análise Jurídica Sob uma Perspectiva Empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 74.

Act of 2018 (CCPA), o GDPR serviu de inspiração para a estrutura, bem como para a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira.

Com a aprovação da lei em 2018 e recente entrada em vigor, as necessidades de normas específicas, tão evidentes outrora, encontram-se sanadas.²¹

Suprindo a lacuna deixada pelo MCI, a LGPD se ocupa de, antes de definir dado pessoal, tratamento de dados e dispor de normativas mais diretas, definir os fundamentos da proteção de dados em seu artigo 2º:

“Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

- I - o respeito à privacidade;
- II - a autodeterminação informativa;
- III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
- IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
- V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
- VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
- VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.”

Tais fundamentos revelam a preocupação da lei em garantir tanto a proteção do titular dos dados em seus direitos personalíssimos, quanto a legitimidade do uso desses dados para o desenvolvimento da economia.

A LGPD busca, entre outras coisas, regular o regime de responsabilidade pelos dados pessoais de forma detalhada, definindo os personagens do processo de tratamento dos dados, bem como os direitos e deveres destes.

No artigo 5º, há diversas definições de conceitos criados para regulamentar as relações que envolvem o tratamento de dados:

“Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

- I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; ...

21 Ainda se espera por determinações quanto a conteúdos mais específicos a serem realizadas pela recém constituída Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD. Entretanto, a vigência das normas elencadas pela LGPD, ainda que, por enquanto, sem as penalidades previstas na lei, já configura grande avanço na garantia de segurança jurídica das relações pautadas pelo tratamento de dados, bem como na proteção dos direitos dos titulares de dados.

IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico;

V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;

VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;

VIII - encarregado: pessoa indicada pelo controlador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados;

IX - agentes de tratamento: o controlador e o operador;

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração; ...

XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”

A partir da normativa, o consentimento é uma das bases legais para legitimar a coleta e o uso dos dados pelos tomadores. É a partir dele que se analisa a legalidade dos atos praticados, já que a lei dispõe de diversos dispositivos que requerem o consentimento e exigem que este seja expresso e claro, como, por exemplo, uma cláusula destacada para tal fim²². É a partir do consentimento também, que o titular é legitimado a solicitar ao controlador as informações sobre quais dados são mantidos por este, podendo requerer alterações e inclusive revogar o mesmo consentimento a qualquer momento.

As operações que envolvem os dados pessoais de um indivíduo, por consequência, têm de ser informadas e aprovadas pelo titular das

22 Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular. § 1º Caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais.

informações, caso contrário, considerar-se-á abuso do controlador, aquele a quem competem às decisões referentes ao tratamento dos dados.²³

O cerne da LGPD, portanto, é tutelar a proteção dos dados pessoais das pessoas naturais. Do outro lado estão os agentes responsáveis pelo tratamento dos referidos dados pessoais, que poderão também ser pessoas naturais ou, como é mais usual, pessoas jurídicas. O presente artigo é centrado neste último grupo, mais especificamente nas pessoas jurídicas de direito privado que se revestem na forma de sociedades anônimas, também conhecidas como companhias.

A LGPD dispõe na Seção III do seu Capítulo VI sobre a responsabilidade e o ressarcimento de danos causados aos titulares de dados pessoais. Nela, regula o sistema de responsabilização de controladores e operadores (que poderão ser companhias – objeto deste estudo) que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causem a titulares de dados pessoais dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais. Exemplo de um desses eventos é a ocorrência de incidente de segurança que comprometa a integridade, disponibilidade e confidencialidade de dados pessoais armazenados pela companhia, vulgarmente conhecido como “vazamento” de dados pessoais.²⁴

Importante é notar a distinção inovadora da lei entre os personagens do tratamento de dados, sejam eles o controlador, o operador e o encarregado e as responsabilidades de cada um.

O Controlador, sendo pessoa natural ou jurídica, como o responsável pelas decisões sobre o tratamento dos dados pessoais por definição é aquele que coordena o tratamento, isto é, diz o que será feito com os dados e quais os objetivos devem ser alcançados com tal atividade. Na prática, tende a ser a pessoa jurídica responsável e mais interessada no tratamento dos dados, pois precisa de tais informações para o desenvolvimento de seus produtos em conformidade com o perfil do público.

23 Há exceções, conforme o art. 4º, como os dados utilizados para fins jornalísticos, artísticos e acadêmicos, por exemplo.

24 Há um estudo desenvolvido pela *Irish Data Protection Commission* (DPC) na vigência do GDPR que indica que a maior parte dos casos de vazamento de dados estão ligados a erro humano e não a ataques de hackers. REYNOLDS, Connor. **Human Error Not Cybersecurity is Leading GDPR Data Breach Trend**. Computer Business Review. 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://www.cbronline.com/news/data-breach-trend>>. Acesso: 04 abr. 2020.

O Operador, também pessoa natural ou jurídica, é aquele que realizará o tratamento dos dados em nome do controlador, sendo possível se observar a subordinação deste quanto aquele. Provavelmente caracterizado por ser mais técnico, é quem de fato realiza as operações descritas no inciso X do artigo 5º da LGPD.

O Encarregado²⁵, por sua vez, é indicado pelo controlador para realizar a comunicação entre este e os titulares, bem como para com a autoridade pública. Ele é um intermediador, responsável principalmente pela comunicação. Há, porém disposição sobre a edição de normas complementares²⁶ que coloquem a figura do encarregado como opcional dependendo da natureza da entidade:

“Art. 41 § 3º A autoridade nacional poderá estabelecer normas complementares sobre a definição e as atribuições do encarregado, inclusive hipóteses de dispensa da necessidade de sua indicação, conforme a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados.”

A responsabilidade por danos decorrentes do tratamento de dados é regulada na seção III do Capítulo VI da LGPD, tendo como fundamento base o artigo 42:

“Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo. § 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados:

I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei;

II - os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados

25 Na versão aprovada da LGPD em agosto de 2018, somente poderia ser pessoa natural. Entretanto, após a MP 869, editada em dezembro de 2018, a redação do artigo foi alterada, retirando-se o termo “natural”.

26 Essas normas poderão ser editadas pela ANPD (Agência Nacional de Proteção de Dados), criada através da MP n. 869, de 27 de dezembro de 2018.

respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.

§ 2º O juiz, no processo civil, poderá inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa.

§ 3º As ações de reparação por danos coletivos que tenham por objeto a responsabilização nos termos do caput deste artigo podem ser exercidas coletivamente em juízo, observado o disposto na legislação pertinente.

§ 4º Aquele que reparar o dano ao titular tem direito de regresso contra os demais responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso.

O operador, conforme disposto no inciso I do parágrafo 1º do artigo 42, só responderá solidariamente quando descumprir as normas legais de tratamento de dados, ou quando descumprir as instruções dadas licitamente pelo controlador.

A regra que se pode extrair para a responsabilização é, então, a de que esta deve ser direcionada ao controlador, no entanto, é necessário que o mesmo tenha envolvimento direto com o tratamento do qual decorreram os danos.

Oportunamente, o artigo 43 traz as possibilidades de exclusão da responsabilidade pelos danos, sendo elas: a falta de pessoalidade do controlador e do operador para com o tratamento de dados que deu origem ao dano²⁷; a existência de relação com o tratamento, não ligada, porém ao descumprimento das normas da LGPD e a culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro pelo dano causado.²⁸

27 LGPD, Art. 43. “Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem: I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro”

28 Relevante mencionar que a LGPD não é clara se essa responsabilidade é objetiva ou subjetiva, havendo discordância na doutrina. Enquanto o art. 43 leva ao entendimento de uma responsabilidade subjetiva pela necessidade de culpa do agente, há quem defenda que a atividade de tratamento de dados é em si mesma uma atividade de risco aos dados dos titulares, levando a uma responsabilidade objetiva dos agentes de tratamento. Há ainda uma terceira corrente que defende a proposta legal de uma responsabilidade chamada “proativa”, derivada da obrigatoriedade de prestação de contas da adoção e eficácia de medidas de segurança e atendimento às normas da LGPD do inciso X do art. 6º. Sobre essa discussão

Todavia, a Lei 13.709/18 dispõe sobre o tratamento irregular de dados que é caracterizado quando o controlador ou operador não fornecem a segurança que o titular dele pode esperar devido ao modo como é realizado, às técnicas que são utilizadas e os riscos e resultados que dele se esperam.

A segurança dos dados é regulada principalmente pelo artigo 46:

“art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger **os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas** de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.”

O tratamento irregular caracterizado pela falta de segurança dos dados do artigo 46 enseja a responsabilização do controlador ou operador que faltou com o cuidado de garantir esta segurança, gerando um dano ao titular dos dados.

Em eventos de vazamento de dados, incidentes de falha na segurança e consequente acesso indevido aos dados sob custódia do controlador, o encarregado deverá comunicar ao titular sobre a ocorrência, bem como à autoridade nacional, que analisará o caso e as medidas tomadas para determinar “ampla divulgação do fato em meios de comunicação”; e “medidas para reverter ou mitigar os efeitos do incidente”.²⁹

Na ocorrência de vazamentos, conforme preceitua a LGPD, a responsabilidade somente recairá sobre as pessoas que se enquadrarem como agentes de tratamento, conforme já mencionado. O enquadramento como Controlador ou Operador, entretanto, na grande maioria das vezes será das pessoas jurídicas interessadas no tratamento ou que de fato realizam as atividades técnicas do tratamento de dados, respectivamente.

Assim, caso seja verificado nos casos reais o erro de um indivíduo na cadeia de comando das operações empresárias, isto é, o vazamento seja causado especificamente por uma má decisão de um administrador, este não poderá ser responsabilizado pelo procedimento e regulação da LGPD, pois não se encaixa nas definições de agentes descritas na lei.

Na prática, a empresa caracterizada como responsável pelo dano, seja ela a Controladora ou Operadora, deverá sempre assumir

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito “proativo”**. Editorial à Civilistica.com. Rio de Janeiro: a. 8, n. 3, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/lgpd-um-novo-regime/>>. Acesso: 06 abr. 2020.

29 Art. 48, § 2º, I e II.

a responsabilidade pela indenização e eventuais retratações e multas decorrentes de um vazamento de dados. Em outro momento, caso haja suspeita do envolvimento direto da conduta individual de um administrador, esta deverá ser apurada e comprovada através das ações de responsabilidade já consagradas no Direito Societário.

É necessária à segurança das empresas a ideal caracterização e definição de atribuições dentro do fluxo de comando e fiscalização das atividades ligadas à coleta, processamento e transmissão dos dados, a fim de que o tratamento seja adequado às normas que entrarão em vigor com a LGPD.

4.1 O Encarregado como o principal responsável pela aplicação das normas de proteção de dados

A figura do Encarregado, inaugurada no Brasil pela Lei Geral de Proteção de Dados, trata-se de um facilitador, que tem como principais atribuições a intermediação entre o controlador e os titulares, bem como com autoridade nacional, além da orientação do quadro de funcionários e contratados pelo controlador acerca do atendimento às normas relacionadas à LGPD e as futuras determinações a serem emitidas pela ANPD:

“Art. 41. § 2º As atividades do encarregado consistem em:

- I - aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências;
- II - receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências;
- III - orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e
- IV - executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares.”

O encarregado, será o responsável por promover uma cultura de proteção de dados no interior das organizações através de seus conhecimentos especializados das normas pertinentes e das operações de tratamento realizadas pelo controlador.³⁰

Para cumprir suas funções devidamente, ele precisaria, entretanto, ter independência, pois seu cargo demanda a autonomia suficiente para

30 Como explica o documento ORIENTAÇÕES sobre os encarregados da proteção de dados (EPD). Grupo de Trabalho do Artigo 29 para a Proteção de Dados. Presidente: Isabelle Falque-Pierrotin. Bruxelas, 2017. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/home/rgpd/docs/wp243rev01_pt.pdf>. Acesso: 05 mai. 2019.

que possa indicar as ações necessárias para o atendimento às normas, auditar devidamente as práticas que são adotadas a fim de preservar a segurança dos dados pelo controlador e, inclusive, registrar eventuais descumprimentos por parte deste.³¹ Para tal, seria necessário que quem o contratou fornecesse recursos suficientes à ideal execução do cargo: tempo, recursos financeiros e comunicação com os órgãos de gestão e com os componentes da cadeia de tratamento dos dados, por exemplo.³²

O cargo do encarregado não se trata de um cargo na administração, pois ele não manifesta a vontade da companhia, já que, em certas situações, suas determinações podem ir de encontro com a vontade da empresa. Ele poderá ser um empregado designado para a função (desde que tenha os devidos recursos à sua disposição) ou ainda uma pessoa natural ou jurídica contratada para este fim.

No caso de uma ocorrência de descumprimento das normas de proteção de dados, a LGPD estipula o regime de responsabilidade dos controladores e operadores, não havendo nenhum regime de responsabilidade do encarregado assegurado nela. A responsabilidade por algum evento advindo da má atuação do encarregado poderia ser-lhe imputada através de penalidade definida no contrato de trabalho ou no contrato de prestação de serviço, conforme for o caso.

5 Conclusão

O Direito tem a grande necessidade de se atualizar com o tempo, conforme a sociedade e suas relações se transformam. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/18) é um exemplo de atualização e especificação no ordenamento jurídico que visa regular relações que o direito posto um tempo atrás não era capaz de atingir de forma segura.

A responsabilização individual do administrador da sociedade anônima é assunto bem debatido no ambiente acadêmico e forense. A busca por um responsável que seja pessoa natural tem sido ampliada com a criação e desenvolvimento de dispositivos legais que versam sobre a desconsideração da personalidade jurídica, como pode-se exemplificar com o incidente de desconsideração inaugurado pela Lei n. 13.105/15 (Código de Processo Civil).

31 É neste sentido que, no GDPR, há a previsão de que o encarregado deve ter independência e “não pode ser destituído ou penalizado pelo fato de exercer as suas funções”. Tradução livre do Art. 38, n. 3, GDPR. – Na LGPD, entretanto, não há essa previsão.

32 A GDPR também prevê os recursos necessários ao desenvolvimento da função do encarregado: Art. 38, n. 2.

A desconsideração da personalidade jurídica, no entanto, não se confunde com a responsabilização individual do administrador, pois enquanto aquela está relacionada ao abuso da personalidade jurídica exteriorizada por meio de condutas fraudulentas, como o desvio de finalidade, esta é relacionada ao cometimento de infrações a normas legais e estatutárias de conduta, bem como ao desatendimento do padrão de comportamento esperado pelo administrador. Portanto, a responsabilização individual deve ser considerada somente em casos em que a violação foi causada pessoalmente, com dolo ou culpa do administrador, a fim de proteger a companhia e garantir o direito ao prejudicado.

No tocante a responsabilização pela falta de segurança quanto ao tratamento de dados, foram dispostos, na LGPD, dois agentes: o controlador e o operador. Ao lado deles, atua o encarregado, profissional responsável pela interface entre o titular dos dados e a companhia ao qual a lei não estabeleceu qualquer regime de responsabilização decorrente de danos causados pelo tratamento.

Sendo o controlador e o operador os responsáveis pelo tratamento dos dados, pela garantia da segurança e por eventuais danos decorrentes da atividade, espera-se que na maioria dos casos estes não sejam pessoas naturais, mas pessoas jurídicas que são especializadas no tratamento de dados, no caso do operador, e que têm interesse nos resultados do tratamento, no caso do controlador.

A responsabilidade de demonstrar a conformidade com as normas da LGPD, de atender às exigências de segurança e de indenizar, quando for o caso de infrações, é do controlador ou do operador, dependendo das circunstâncias. Sendo eles pessoas jurídicas, qualquer responsabilização individual só poderá ser realizada pelos meios já existentes no ordenamento brasileiro, movidos pelas companhias em face dos administradores ou acionistas. O titular de dados que sofrer prejuízo com infrações à LGPD pelo controlador ou operador, só poderá ajuizar ação em face destes, e não em face de uma pessoa natural que seja funcionário, empregado ou administrador de uma companhia na cadeia de tratamento.

A LGPD é, portanto, um diploma extremamente necessário à manutenção das relações sociais do século 21 que traz maior segurança jurídica para qualquer atividade ligada ao tratamento de dados. Pode, então, ser considerada empecilho ao desenvolvimento de determinadas

atividades econômicas, pois ilumina um terreno que antes pouco recebia a luz do direito, mas pode principalmente ser enxergada como uma forma de fortalecer as atividades executadas, já que dá amparo jurídico a tais práticas, quando executadas em atendimento às novas disposições.

Referências bibliográficas

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito “proativo”**. Editorial à Civilistica.com. Rio de Janeiro: a. 8, n. 3, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/lgpd-um-novo-regime/>>. Acesso em: 06 de abril de 2020.

BRASIL, Comissão de Valores Mobiliários. **Processo Administrativo Sancionador n. RJ2005/1443**, Diretor-Relator: Pedro Oliva Marcílio de Sousa, 21 de março de 2006. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2006/20060510_RJ20051443.html>. Acesso em 08 de abril de 2020.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **10 impactos da Lei Geral da Proteção de dados**. ITF 350. Disponível em: <<https://www.itforum365.com.br/mercado/10-impactos-da-lei-geral-da-protecao-de-dados/>>. Acesso em 22 de outubro de 2018.

DONEDA, Danilo; MONTEIRO, Marília. **O sistema da Privacidade e Proteção de Dados no Marco Civil da Internet**. Marco Civil da Internet – Análise Jurídica Sob uma Perspectiva Empresarial. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2015.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada**. V. 2. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011.

FREITAS, Régys Odlare Lima de. **A Emergência da sociedade de consumo e a intensificação da proteção dos direitos da personalidade do consumidor**. Tutela dos Direitos da Personalidade na Atividade Empresarial. Vol III. p. 75-104. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

LUCIANO, Maria. **Vazamento de dados na LGPD: em busca do significado de incidentes de segurança**. In: BIONI, Bruno (Coord.). Revista do Advogado: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. n. 144, nov. 2019. p. 163-167.

LUIZ, Gabriel. **CPF em troca de desconto: MP investiga venda de dados de clientes por farmácias**. G1 Distrito Federal. Distrito Federal, 16 de março de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/cpf-em-troca-de-desconto-mp-investiga-venda-de-dados-de-clientes-por-farmacias.ghtml>>. Acesso em 29 de abril de 2019.

MENDES, Laura Schertel. **A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais**. Revista de Direito do Consumidor. Vol 102. Ano 24. São Paulo: Editora RT, nov-dez, 2015. p. 19-43.

MORIBE, Gabriela Tiemi; JÚNIOR, Odélio Porto; MONTEIRO, Renato Leite. **Comparing Privacy Laws: GDPR v. LGPD**. Baptista Luz Advogados. Disponível em: <<https://baptistaluz.com.br/institucional/comparing-privacy-laws-gdpr-v-lgpd/>>. Acesso em 07 de maio de 2019.

OLIVEIRA, Rodrigo Candido de; GARCIA, Rodrigo Saraiva Porto. **O Regime diferenciado de responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas**. Revista dos Tribunais. Vol. 976. Ano 106. p. 193-219. São Paulo: Editora RT, Fevereiro, 2017.

ORIENTAÇÕES sobre os encarregados da proteção de dados (EPD). Grupo De Trabalho Do Artigo 29º Para A Proteção De Dados. Presidente: Isabelle Falque-Pierrotin. Bruxelas, 2017. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/home/rgpd/docs/wp243rev01_pt.pdf>. Acesso em 05 de maio de 2019.


PARENTE, Norma Jonssen. **Limites da Responsabilidade dos Administradores pela Indenização de Prejuízos**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Vol. 31 Jan-Mar/2006. p. 33-35.

REYNOLDS, Connor. **Human Error Not Cybersecurity is Leading GDPR Data Breach Trend**. Computer Business Review. 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://www.cbronline.com/news/data-breach-trend>>. Acesso em 04 de abril de 2020.

6 INVESTIMENTO-ANJO NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOBRE AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DE SUA ADOÇÃO NO FINANCIAMENTO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS

ALLAN NASCIMENTO TURANO

Mestrando em Direito, Políticas Públicas e Sustentabilidade pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Pós-graduado (LL.M.) em Direito Empresarial, com foco em Direito dos Contratos pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV) Direito Rio. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor convidado dos cursos de Pós-Graduação da FGV Direito Rio e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor substituto da Graduação em Direito da UFRJ no biênio 2017-2019. Advogado associado ao Levy & Salomão Advogados.



INVESTIMENTO-ANJO NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOBRE AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DE SUA ADOÇÃO NO FINANCIAMENTO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS

Allan Nascimento Turano

Resumo

O desempenho de atividades econômicas é indispensável para o desenvolvimento econômico e social de um país. A tarefa do empreendedor é árdua, na medida em que precisa organizar uma série de fatores de produção para a consecução de sua atividade. A obtenção de recursos é um deles, o que ratifica a importância do estudo dos meios de financiamento de empreendimentos. Editada em 27 de outubro de 2016, a Lei Complementar n. 155 regulamentou a figura do investimento-anjo no Brasil. Decorridos quatro anos em vigor, já é possível analisar concretamente os efeitos práticos desse instituto no país e contrapor as vantagens e desvantagens de sua adoção pelos empreendedores que buscam se financiar. O presente artigo resulta de uma pesquisa documental e bibliográfica e se desenvolve por meio do método analítico-comparativo, pelo qual se avaliam as mudanças que a lei introduziu no ordenamento jurídico pátrio e seus consequentes impactos nas atividades empreendedoras.

Palavras-chave: Empreendedorismo. Direito Empresarial Direito Societário Investimento-anjo. Capital.

Abstract

The performance of economic activities is of utmost importance for a country's economic and social development. The entrepreneurs' task is arduous, since they need to organize a series of factors of production to carry out their activity. Obtaining resources is one of them, which confirms the importance of studying the means of financing businesses. Enacted on October 27, 2016, Complementary Law n. 155 establishes the angel investment in Brazil. After four years in force, it is already possible to concretely analyze the practical effects of this legal institute in the country and compare the advantages and disadvantages of its adoption by the entrepreneurs who seek to finance themselves. The present article is the result of a documentary and bibliographic research, developed through the analytical-comparative method. It evaluates the changes that the law introduced in the national legal system and its consequent impacts on entrepreneurial activities.

Keywords: Entrepreneurship. Business Law. Corporate Law. Angel investor. Funds.

1 Introdução

Considera-se empreendedor a pessoa que se dispõe a explorar uma atividade econômica¹. Basicamente, há duas formas de fazê-lo: em nome próprio – tal qual o autônomo e o empresário individual – ou através de uma pessoa jurídica – por meio da constituição de uma sociedade.

O Código Civil diferencia as atividades econômicas conforme sua natureza e a forma com a qual ela é exercida². Se o empreendedor organiza os fatores de produção – notadamente mão de obra, insumos, *know-how*, tecnologia e capital – para o desempenho dessa atividade, ofertando bens ou serviços ao mercado, ele é considerado empresário. Inexistindo essa organização – o chamado elemento de empresa – e em se tratando de uma atividade intelectual, científica, literária ou artística, centrada na figura do empreendedor, isto é, com um evidente caráter pessoal, não há exercício de empresa. A conclusão é importante uma vez que determina a qual regime jurídico a atividade se submete³.

Qualquer que seja sua natureza, para o exercício de qualquer atividade econômica é necessária a utilização de recursos. Há aquelas que exigem investimentos pouco significativos, outras que demandam aportes financeiros vultosos. Em suma, o empreendedor deve se preocupar com o financiamento de sua atividade. Para isso, ele pode se valer de capital próprio ou de terceiros.

Nesse sentido, há emprego de capital próprio quando o empreendedor que atua individualmente, em nome próprio, investe recursos do seu patrimônio pessoal. Em se tratando de uma pessoa jurídica ou sociedade, isso ocorre quando seus instituidores ou sócios subscrevem e integram determinada contribuição ao capital social. A mesma lógica se aplica aos casos em que o ente já em operação obtém receitas com o desempenho de sua atividade e o lucro líquido não é distribuído na forma de dividendos, sendo reinvestido.

Por outro lado, o capital empregado é considerado de terceiros quando ele não advém do esforço do próprio empreendedor ou quando

1 ROSSI, Luiz Egydio Malamud. **Manual de Private Equity e Venture Capital**: passos para atração de investidores e alocação de recursos. São Paulo: Atlas, 2010. p.18.

2 COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**: Direito de Empresa. 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 8.

3 Cf. Código Civil. Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

os recursos aportados não são convertidos em participações societárias. O exemplo clássico é o do mútuo, negócio jurídico por meio do qual o mutuante entrega coisa fungível ao mutuário, que fica obrigado a restituí-la. Em linhas simples, é o que ocorre quando um empreendedor toma dinheiro emprestado.

Não há qualquer vedação para que os mutuários sejam os próprios sócios ou instituidores, hipótese em que assumirão a condição de credores face à sociedade. Entretanto, a prática empresarial evidencia que quando esses negócios jurídicos envolvem quantias volumosas, usualmente são celebrados junto a instituições financeiras⁴.

Aqui há um ponto bastante sensível que precisa ser destacado. No Brasil, o endividamento bancário se faz muito presente no financiamento de atividades. Na linguagem vulgar, trata-se de um dinheiro “caro”, em decorrência da elevada taxa de juros praticada pelo mercado historicamente e da necessidade de apresentação de garantias sólidas de que os recursos emprestados serão restituídos. A alternativa seria o investimento privado em *equity*, mas que ainda se faz muito tímido e incipiente no país. Qual a razão para isso?

A pessoa que adquire uma participação societária se expõe aos riscos do (in)sucesso do empreendimento. Ao contrário de um empréstimo bancário em que as condições de remuneração da instituição financeira já estão pré-definidas, os proveitos do sócio meramente investidor dependem da existência de lucro líquido passível de distribuição.

Para agravar o cenário, no Brasil há um risco premente de responsabilização judicial de sócios por passivos consumeristas, trabalhistas, fiscais, ambientais, concorrenciais e de anticorrupção imputados à sociedade, mesmo nos casos em que eles não possuem quaisquer poderes de administração⁵.

4 Instituições financeiras têm mais apetite para o risco de inadimplemento do empreendedor, na medida em que podem estabelecer taxas de juros elevadas por não se submeterem ao limite estabelecido no art. 1º do Decreto n. 22.626/1933, vulgarmente conhecido como a Lei de Usura.

5 Aqui se faz uma crítica aos casos em que a desconsideração da personalidade jurídica é decretada de forma inadequada, seja pela má interpretação da lei, seja pela existência de microssistemas legais que reproduziram de forma desvirtuada a teoria da disregard doctrine. Sobre o tema: TURANO, Allan Nascimento. **O desestímulo à aquisição de sociedades em recuperação judicial em virtude da má aplicação da desconsideração da personalidade jurídica**. 12º Concurso de Monografias de Levy & Salomão Advogados, 2015. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/noticias/levy---salomao-divulga-os-venedores-do-12o-concurso-de-monografia>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

Com o objetivo de mudar esse panorama e estimular uma nova forma de financiamento de atividades econômicas, regulou-se no ordenamento pátrio o instituto do investimento-anjo, por meio da Lei Complementar n. 155, de 2016 (a “LC n. 155/2016”), que introduziu novos dispositivos na Lei Complementar n. 123, de 2006 (o “Estatuto da ME e EPP”).

Este artigo tem por objetivo analisar as vantagens e desvantagens da celebração de um investimento-anjo, sob a ótica tanto dos investidores quanto dos empreendedores que recebem os aportes. A questão que se pretende responder é se esse negócio jurídico, decorridos mais de quatro anos de sua criação, trouxe impactos positivos para o mercado e se consolidou como um instrumento atrativo para o financiamento de atividades econômicas. Para tanto, conduziu-se uma pesquisa documental e bibliográfica, com o uso do método analítico-comparativo para se analisar essa nova figura e contrapô-la com outros instrumentos disponíveis para os empreendedores.

2 O investimento-anjo e sua posituação no ordenamento jurídico brasileiro

A figura do investimento-anjo antecede sua posituação no ordenamento jurídico pátrio. Na realidade, a LC n. 155/2016 cuidou de regulamentar uma nova modalidade de negócio jurídico no Brasil, dando ao instituto um *nomen juris* de algo que há muito já existia. Antes de analisar as disposições da lei, cumpre inicialmente discorrer sobre as bases que a inspiraram.

Originário da prática empresarial estadunidense, o *Angel Investor* ou *Business Angel* é uma pessoa física, ou um grupo de pessoas, com considerável experiência e trajetória profissional de sucesso, que decide aportar recursos em determinado empreendimento em estado pré-operacional (*seed stage*), ou que já opera de forma ainda incipiente (*startup stage*), usualmente adquirindo participação societária.

Contudo, a atuação do *Angel Investor* não se limita ao mero financiamento da atividade. Este assume um papel de orientação e instrução, auxiliando no desenvolvimento do direcionamento estratégico do empreendimento, aplicando seu *know-how* em dado segmento de mercado.

O *Angel Investor* avalia empreendimentos-alvo com amplo potencial de crescimento e inovação e assim decide onde deverá atuar e aplicar seus recursos. Não se nega que há interesses de ganho de capital nessa atividade, já que o *Angel Investor* busca, a médio ou longo prazo, realizar o desinvestimento. No entanto, a proposta desse agente vai muito além da contribuição financeira. Nesse sentido:

Estes profissionais utilizam-se de sua vivência e de suas competências para detectar negócios promissores no mercado que, com o acompanhamento correto, e muitas vezes com uma sequência de rodadas de financiamento, [...] podem crescer rápida e substancialmente, gerando retornos elevados para os investidores. Estes anjos contribuem com capital, conhecimento e, acima de tudo, relacionamentos para a empresa investida⁶.

O que a LC n. 155/2016 fez foi instituir no Brasil uma figura análoga, que apresenta importantes distinções analisadas ao decorrer deste trabalho. Seu intuito, no entanto, é bastante similar ao dos *Angel Investors*: incentivar as “atividades de inovação e os investimentos produtivos”, finalidade esta que necessariamente constará do contrato de participação – instrumento que regula esse negócio jurídico (art. 61-A, *caput* e parágrafo primeiro).

O conteúdo da expressão acima destacada em aspas é um tanto vago⁷ e sua aferição no caso concreto é subjetiva, devendo ela ser interpretada expansivamente e como uma norma meramente programática. Caso contrário, haveria o risco de se chegar à conclusão de que o investimento-anjo estaria restrito aos empreendedores de setores específicos da economia, como o de tecnologia, onde a presença de atividades inovadoras é mais evidente. Entendimento esse que limitaria o rol dos empreendedores que poderiam se beneficiar dos contratos de participação, o que não é benéfico para economia brasileira e certamente contrário às intenções do Estatuto da ME ou EPP. Além disso, a bem da verdade, todo empreendedor é dependente de inovação; uns em maior, outros em menor grau. A obsolescência decorrente da falta de inovação pode levar qualquer empreendedor ao estado de insolvência, em decorrência da chamada crise de rigidez, i.e., a incapacidade de se adaptar ao ambiente externo e reagir em face de mudanças.⁸

6 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS - GVCEPE. *Introdução ao Private Equity e Venture Capital para Empreendedores*. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.abdi.com.br/reunioescndi/curso.pdf>>. p. 83. Acesso em: 05 nov. 2020.

7 A definição de inovação está presente no Estatuto da ME e EPP e antecede a posituação do investimento-anjo: Art. 64. Para os efeitos desta Lei Complementar considera-se:

I - inovação: a concepção de um novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivo ganho de qualidade ou produtividade, resultando em maior competitividade no mercado;(…)

8 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas*. vol. III, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. pp. 31-32.

Segundo o *caput* do art. 61-A introduzido pela referida lei no Estatuto da ME e EPP, o investidor-anjo é uma pessoa física ou jurídica que realiza aportes financeiros “em sociedade enquadrada como microempresas ou empresas de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar 123 de 2006”⁹/10.

A redação do dispositivo é imprecisa e suscita dúvidas. Ora, microempresa e empresa de pequeno porte são tipos de enquadramento facultativos aos empresários individuais, sociedades simples, empresárias ou EIRELIs que propiciam uma série de vantagens, que vão desde a simplificação da escrituração contábil à possibilidade de adesão ao Simples Nacional, o que permite tratamento fiscal simplificado e menos oneroso.

Pela interpretação literal do dispositivo o investimento-anjo não seria cabível junto aos empresários individuais, às EIRELIs¹¹, ou às sociedades simples. No primeiro e segundo casos porque *caput* do art. 61-A se refere exclusivamente a “sociedades”. Na terceira hipótese, porque o dispositivo fala em “capital social da empresa”, sendo certo que sociedades com objeto simples não são empresárias.

Filiar-se a esse tipo de entendimento seria um contrassenso à intenção do legislador e limitaria o acesso a esse instrumento por diversos empreendedores. Se a lei propõe criar um instrumento de fomento à inovação e aos investimentos produtivos, não há por que privar nenhuma dessas figuras, que também desempenham atividades econômicas relevantes. Além disso, o investimento-anjo não importa

9 Cf. LC nº 123/2006. Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

10 Cf. LC n. 123/2006. Art. 61-A. Para incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos, a sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos desta Lei Complementar, poderá admitir o aporte de capital, que não integrará o capital social da empresa.: [...]

§ 2º O aporte de capital poderá ser realizado por pessoa física ou por pessoa jurídica, denominadas investidor-anjo.

11 Parte da doutrina não considera a EIRELI uma sociedade unipessoal, e sim de uma nova modalidade de pessoa jurídica. Nesse sentido: TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário**. vol. I, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 54.

em aquisição de participação societária e o montante aportado não passa a integrar o capital social, o que o torna perfeitamente compatível com empreendedores-alvo que não sejam sociedades. Até mesmo por isso, o investimento-anjo não implica no direito de voto por parte do investidor, tampouco lhe dá poderes de administração¹².

Eventual desenquadramento do empreendedor investido como microempresa ou empresa de pequeno porte por ter excedido o faturamento bruto anual a que se refere o art. 3º do Estatuto da ME ou EPP não deve ter o condão de levar à resolução do contrato de participação. O crescimento desses empreendedores é finalidade almejada pelo legislador, entendimento diverso iria contra a própria lógica do investimento-anjo.

Bem, se não há aquisição de participação societária, qual seria a natureza jurídica do investimento-anjo? Nos parece um negócio jurídico análogo ao mútuo¹³, regido pela LC n. 155/2016 e não pelo Código Civil¹⁴, ajustado na forma de um instrumento de contrato de participação que deverá obedecer às disposições cogentes da Lei.

Estabelece a LC n. 155/2016 que o investidor-anjo faz jus à remuneração correspondente aos resultados distribuídos pelo investido. É necessário regular no contrato de participação como se dará a remuneração, que pode ser fixa ou variável, a depender de critérios ou métricas definidos entre as partes, mas nunca superior a cinquenta por cento dos lucros distribuídos (art. 61-A, parágrafo sexto).

Cuidado necessário é estabelecer o compromisso dos sócios da sociedade investida em declarar dividendos, quando existentes, e deliberar favoravelmente pela sua distribuição. Isso porque os sócios têm a faculdade de não distribuírem dividendos, mantendo os lucros na própria sociedade. Eventual deliberação nesse sentido frustraria os interesses do investidor-anjo, em especial porque o investidor-anjo é

12 Cf. LC n. 123/2006. Art. 61-A [...] § 4º O investidor-anjo: I - não será considerado sócio nem terá qualquer direito a gerência ou voto na administração da empresa;

13 O mútuo é regido pelo Código Civil entre os artigos 586 a 592. Trata-se de um negócio jurídico bilateral e oneroso, pelo qual o mutuante se obriga ao empréstimo de um bem fungível, e o mutuário se compromete a restituir o que recebeu, remunerando aquele por meio de juros e correção, na forma do contrato.

14 Muito embora se reconheça a proximidade dos institutos, não há que se falar na aplicação de disposições específicas do mútuo regulado pelo Código Civil, como as normas dos artigos 590 (garantia de restituição em caso de mudança de situação econômica do investido) e 591 (presunção de juros devidos).

remunerado pelos seus aportes no prazo máximo de cinco anos (art. 61-A, parágrafo quarto, inciso III).

Dadas essas características, a produção legislativa merece críticas. A LC n. 155/2016 regulou uma série de aspectos do contrato de participação que deveriam ser livremente pactuados entre o investidor-anjo e o investido. Além dos já mencionados teto de remuneração (art. 61-A, parágrafo sexto) e limite de prazo de investimento (art. 61-A, parágrafo quarto, inciso III), o legislador definiu o prazo e forma de pagamento do desinvestimento (art. 61-A, parágrafo sétimo), condicionou a cessão da posição contratual do investidor-anjo ao consentimento¹⁵ do empreendedor investido ou de seus sócios, em se tratando de sociedade, salvo disposição expressa em contrário (art. 61-A, parágrafo nono), concedeu ao investidor-anjo, em caso de alienação das quotas da sociedade investida, o direito de preferência na aquisição das quotas ou o direito de venda conjunta (*tag along*) “da titularidade do aporte de capital” (art. 61-C).

Houve uma presunção de que o investido seria a parte vulnerável na relação com o investidor, justificando um “dirigismo legislativo” no âmbito de relações privadas que deveriam se pautar na autonomia da vontade.

Não só o conteúdo merece críticas, mas novamente a técnica redacional do legislador. Há certas impropriedades que levam a dúvidas na interpretação dos dispositivos legais.

No que se refere ao resgate do montante investido, isto é, ao desinvestimento, o parágrafo sétimo do art. 61-A fala em pagamento de “haveres” do investidor. Nas palavras de Hernani Estrella¹⁶, haveres de sócio é o “conjunto de valores, composto pela contribuição de capital, pelo quinhão nos fundos e reservas, pela quota-parte nos lucros, e ainda, por quaisquer outros créditos em conta disponível”. Ora, a expressão “pagamento de haveres” é utilizada para se referir ao montante devido ao sócio, pela sua participação societária, quando ocorre a resolução

15 Não se trata de cessão de crédito, que em regra é livre, consoante o previsto no Código Civil. Cf. Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

No entanto, como será analisado adiante, entendemos se tratar de cessão de posição contratual, e não cessão de crédito, na medida em que o investidor-anjo faz jus a um conjunto de direitos, que não apenas o de ser restituído pelo montante aportado. Nela, ambas as partes precisam consentir.

16 ESTRELLA, Hernani. **Apuração dos haveres de sócio**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960. p. 181.

da sociedade em relação a ele¹⁷. Ocorre que o investimento-anjo não implica em aquisição de *equity*, apenas na titularidade de um crédito que será remunerado de forma especial, isto é, com base no lucro líquido do empreendedor, e não por meio de juros. Não há que se falar em haveres, portanto.

O que o legislador previu, na realidade, foi o direito do investidor-anjo de ter seu aporte restituído – ao qual se atribuiu o nome de “resgate”. Esse direito não pode ser exercido antes de decorridos dois anos contados da data do aporte, ou prazo superior estabelecido no contrato de participação, e leva ao fim da relação contratual. Diferentemente do caso do mútuo, a pessoa que recebe o investimento-anjo não tem a obrigação de restituir em coisa do mesmo gênero, qualidade, e, especialmente, *quantidade* (art. 586 do Código Civil). Assim, enquanto no mútuo o mutuante tem a obrigação de restituir ao mutuário o que dele recebeu acrescido de juros remuneratórios (quando oneroso) e correção, independentemente do estado financeiro do empreendimento, no investimento-anjo a quantidade a ser restituída variará de acordo com a situação patrimonial do investido. A remissão ao art. 1.031 do Código Civil contida no parágrafo sétimo do art. 61-A do Estatuto da MPE e EPP foi feita com esse propósito, para prever que seja levantado balanço especial, com data-base correspondente à data do exercício do direito de resgate, para apurar o patrimônio líquido do investido. Se a situação patrimonial for igual ou superior a existente antes do investimento-anjo, o investidor será restituído em montante equivalente ao aportado; se for menor, o valor a ser restituído será reduzido em proporção equivalente a diminuição do patrimônio líquido apurada no balanço especial. Em ambos os casos os valores serão corrigidos com base no índice eleito no contrato de participação.

Pior foi a forma como o legislador regulou (ou deixou de regular) o direito de *tag along* do investidor-anjo. Dispõe o art. 61-C que em caso de alienação das quotas da sociedade investida, este terá direito de venda conjunta da “titularidade do aporte de capital”. E só. Dúvidas naturais decorrem daí. Este *tag along* seria proporcional, ou não? Pressupõe a alienação da totalidade das quotas, ou pode ser exercido parcialmente? Como comparar o valor das quotas ao valor aportado pelo investidor-anjo, para fins de se determinar quanto investido e investidor-anjo receberão

17 ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; TURANO, Allan Nascimento. **Resolução da Sociedade Limitada em Relação a um Sócio e a Ação de Dissolução Parcial**. Curitiba: Juruá Editora, 2016. p. 85.

na operação? Um contrato de participação minimamente adequado deverá enfrentar essas questões, suprindo as lacunas deixadas pelo legislador.

A bem da verdade, denominar esse direito como *tag along* corresponde a outra técnica, na medida em que não há participação societária envolvida. Tecnicamente, trata-se do direito do investidor-anjo de condicionar a futura compra e venda das quotas da sociedade investida à cessão da sua posição contratual no contrato de participação ao adquirente das quotas. Em linhas simples, substitui-se um dos polos da relação contratual: sai investidor-anjo, entra o adquirente das quotas.

Registre-se que diante do resultado final, não há que se falar em confusão, i.e., hipótese de extinção da obrigação que ocorre quando na mesma pessoa se confundem as qualidades de credor e devedor (art. 381 do Código Civil). O contrato de participação seguirá em pleno vigor tendo, de um lado, a sociedade investida (posto que a compra e venda de quotas envolve os sócios, e não a sociedade) e, de outro lado, o adquirente das quotas, agora na condição de investidor-anjo.

A LC n. 155/2016 também é omissa quanto à necessidade de que eventual sociedade investida obtenha autorizações internas para celebração de um contrato de participação. Teria a administração competência para fazê-lo se assim por bem entendesse, ou dependeria ela da prévia aprovação dos sócios? A interpretação sistemática da lei leva à conclusão que a aprovação dos sócios se faz necessária, na medida em que (i) o contrato de participação impacta diretamente a distribuição dos resultados aos sócios; e (ii) os direitos de preferência e de *tag along* restringem a possibilidade de venda de quotas por eles¹⁸.

3 Blindagem patrimonial e um novo meio de recuperação de empresas em crise

O ordenamento jurídico brasileiro tutela o desempenho de atividades econômicas por meio de regimes jurídicos distintos, conforme seja o objeto empreendido. No que se refere ao insucesso, as atividades simples sujeitam-se à insolvência civil. Ao seu turno, as empresas em crise atendem ao regime falimentar e recuperacional.

Nesse momento, orienta-se o presente estudo à análise da recuperação de empresas – instituto regulado pela Lei n. 11.101, de 2005,

18 AQUINO, Tiago Soares; OLIVEIRA, Erickson A. Santana de. **Brasil aprova lei sobre investidor-anjo**. Levy & Salomão Advogados, 2016. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/brasil-aprova-lei-sobre-investidor-anjo>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

denominada Lei de Falências e Recuperação de Empresas (LFRE). Parte-se da premissa que o impacto do investimento-anjo nesse segmento tende a ser mais relevante.

Ciclos de recessão econômica no país fazem com que muitos empresários busquem se valer da recuperação judicial e extrajudicial, na tentativa de soerguimento de suas atividades. A grande procura por mecanismos de superação de crise fez com que a atuação de profissionais nesse segmento se intensificasse. Considerando que a LFRE completou recentemente seus primeiros quinze anos, é natural que ainda haja muitas questões controversas, além de aspectos deficientes na sua dinâmica.

Questão bastante discutida é a dos meios empregados para recuperação de empresas. A LFRE, no art. 50, os lista de forma enunciativa¹⁹. A casuística determina qual ou quais são os mais adequados para superação da crise. De toda forma, é recorrente que os referidos meios não consigam atender à finalidade da lei e o empresário não consiga soerguer sua atividade.

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

- I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;
- II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;
- III – alteração do controle societário;
- IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;
- V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;
- VI – aumento de capital social;
- VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;
- VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;
- IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;
- X – constituição de sociedade de credores;
- XI – venda parcial dos bens;
- XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;
- XIII – usufruto da empresa;
- XIV – administração compartilhada;
- XV – emissão de valores mobiliários;
- XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor. [...]

Frise-se, novamente, que na realidade brasileira grande parte das empresas é financiada por meio de endividamento bancário, em que há elevada taxa de juros e pactuação de garantias robustas, que muitas vezes sujeitam o devedor a uma condição bastante desfavorecida²⁰.

O investimento-anjo pode contribuir para mudança desse cenário de duas formas. Primeiro, substituindo o endividamento bancário, no que se refere à forma de capitalização da atividade empresária. Segundo, como meio de recuperação de empresas. Ambas são alternativas que, a depender das condições pactuadas entre as partes, podem se demonstrar muito menos onerosas para o empresário.

A LC n. 155/2016 cuidou de criar um mecanismo que fosse atrativo inclusive para os investidores menos avessos ao risco, conferindo a eles segurança quanto à extensão da sua responsabilidade pelas dívidas do investido:

Art. 61-A. Para incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos, a sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos desta Lei Complementar, poderá admitir o aporte de capital, que não integrará o capital social da empresa.

[...] § 4o O investidor-anjo: [...]

II - não responderá por **qualquer dívida da empresa, inclusive em recuperação judicial, não se aplicando a ele o art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.** [grifos nossos]

O investidor-anjo nada mais é que um mutuante em condições especiais. A grande sacada da Lei é que ele é remunerado analogamente a um sócio, isto é, enquanto esse percebe dividendos, aquele também auferirá ganhos com base no lucro líquido obtido pelo empresário. Contudo, o investidor-anjo não se submete aos riscos inerentes ao desempenho da atividade, não se responsabilizando pelas dívidas do empresário, nem mesmo aquelas oriundas da recuperação judicial. Como não há aquisição de participação societária, ele também não se sujeita

20 Cite-se, por exemplo, a cessão de recebíveis em garantia. Através desse negócio jurídico, o devedor se obriga a transferir recursos para uma conta vinculada, que irá garantir o credor. Em caso de inadimplemento, o credor fica autorizado a bloquear tais valores. Em linhas simples, é nisso que consiste a “trava” bancária, que por força do parágrafo terceiro do art. 49 da LFRE, não se submete aos efeitos da recuperação judicial – notadamente o stay period em que há suspensão de ações e execuções.

aos riscos de eventual desconsideração da personalidade jurídica²¹. Trata-se de algo próximo ao que se convencionou chamar no mercado de “blindagem patrimonial”²².

Mas o que levaria um investidor-anjo a aportar seus recursos em um empreendedor insolvente, na medida em que sua remuneração é atrelada aos resultados distribuídos? Empresas em crise raramente geram dividendos.

A resposta passa pela visão de mercado do investidor e sua capacidade de identificar oportunidades. Ora, o empreendedor insolvente encontra-se em *estado* de crise. A própria acepção da palavra indica algo que pode ser transitório. Em se tratando de crise financeira ou de liquidez, a entrada de dinheiro novo pode ser a solução para a sua superação, retomada do crescimento e conseqüentemente da partilha dos resultados.

Mais uma vez o legislador dificultou, contudo, ao estabelecer que o contrato de participação não terá vigência superior a sete anos, e que o investidor-anjo não poderá ser remunerado por mais de cinco anos (art.

21 Segundo o Enunciado 51 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal “[a] teoria da desconsideração da personalidade jurídica - *disregard doctrine* - fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microsistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”. Há diversas outros dispositivos em leis especiais que regulam a matéria, do que são exemplos o art. 28 da Lei nº 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), o Art. 4º da Lei nº 9.605 de 1998 (Lei de Sanções Ambientais), o art. 34 da Lei nº 12.529, de 2011 (Lei Antitruste) e o art. 14 da Lei nº 12.846, de 2013 (Lei Anticorrupção). A opção do legislador em se referir expressamente apenas ao Código Civil foi inadequada. Interpretação teleológica da lei e a análise da natureza jurídica do investimento-anjo permitem concluir que o investidor-anjo não deverá responder em nenhuma hipótese de desconsideração da personalidade jurídica.

22 A expressão é perigosa. Não existe operação baseada em estrutura contratual ou societária que seja imune a riscos de responsabilização patrimonial, em especial se utilizadas em abuso de direito para prática de atos fraudulentos. Nesse sentido, merece coro as críticas feitas por Gladston Mamede: “Infelizmente, a compreensão da utilidade do planejamento societário para o sucesso das organizações produtivas, incluindo empresas e grupos empresariais familiares, foi enfraquecida pela proliferação pelo mercado de falsos especialistas, oferecendo fórmulas milagrosas, inclusive a famigerada blindagem patrimonial, rótulo sob o qual foram elencadas promessas diversas, como uma vertiginosa redução de encargos fiscais, proteção dos bens contra iniciativas de credores, inclusive a fazenda pública etc. Esses oportunistas e suas promessas ardilosas são os responsáveis por lamentáveis naufrágios empresariais, quando não acabam por conduzir empresários respeitados para o noticiário policial. Esse enredo trágico repetiu-se algumas vezes: apenas com a chegada da polícia, acaba-se por descobrir que a fórmula mágica, na qual se confiou um dia, incluía a prática de atos que são definidos como crime pela legislação brasileira.” MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.78.

61-A, § 1º e § 4º, III do Estatuto da ME e EPP). Ideal seria que este prazo começasse a contar do primeiro pagamento feito ao investidor-anjo, e não da data de celebração do contrato, que por sua vez não deveria ter prazo de vigência, para que houvesse tempo hábil para a recuperação do empreendedor e retorno do investimento.

O grande efeito prático é que empresários em situação de insolvência usualmente lidam com sérias restrições de crédito o que dificultam a obtenção de recursos no mercado, obstando a superação da crise. Com o investimento-anjo, a oferta de capital poderia aumentar consideravelmente, afigurando-se como importante meio de recuperação. O cenário seria bastante animador, se não houvesse outros pontos a considerar, analisados a seguir.

4 A expectativa do mercado e a frustração com a Receita Federal do Brasil

Dadas as vantagens já expostas neste trabalho, com a edição da LC n. 155/2016 empreendedores e seus assessores jurídicos começaram a considerar a estruturação de investimentos-anjo. Criou-se grande expectativa no mercado sobre como seria tributada a operação, já que a Lei deixava à margem do Ministério da Fazenda, atual Ministério da Economia regular a matéria²³. A resposta veio com a Instrução Normativa n. 1.719, de 19 de julho de 2017, expedida pela Receita Federal do Brasil. Um verdadeiro banho de água fria.

Nos termos da referida instrução, os rendimentos obtidos pelo investidor-anjo sujeitam-se à incidência de imposto de renda, retido na fonte. Em outras palavras, ao participar periodicamente dos lucros do empreendedor que recebeu o aporte, ou ao realizar o resgate de seu investimento, o investidor-anjo sofrerá com a dedução de sua remuneração para recolhimento de tributo, em escala regressiva que varia de 22,5% a 15%²⁴. O mesmo ocorre na eventualidade do investidor ceder o

23 Cf. LC n. 123/2006. Art. 61-A, parágrafo 10.

24 Cf. IN RFB n. 1.719/2017. Art. 5º Os rendimentos decorrentes de aportes de capital efetuados na forma prevista nesta Instrução Normativa sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda retido na fonte, calculado mediante a aplicação das seguintes alíquotas:

I - 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento), em contratos de participação com prazo de até 180 (cento e oitenta) dias; II - 20% (vinte por cento), em contratos de participação com prazo de 181 (cento e oitenta e um) dias até 360 (trezentos e sessenta) dias; III - 17,5% (dezessete inteiros e cinco décimos por cento), em contratos de participação com prazo de 361 (trezentos e sessenta e um) dias até 720 (setecentos e vinte) dias; IV - 15% (quinze por cento), em contratos de participação com prazo superior a 720 (setecentos e vinte) dias.

§ 1º A base de cálculo do imposto sobre o rendimento de que trata o inciso II do § 2º corresponde à diferença positiva entre o valor do resgate e o valor do aporte de capital efetuado.

seu crédito²⁵.

Essa opção do fisco tornou o investimento-anjo desinteressante quando comparado a outras modalidades de financiamento de empreendimentos. No investimento direto em quotas ou ações, por exemplo, a percepção de dividendos por sócios é isenta de imposto de renda²⁶. Trata-se de clara desvantagem do investimento-anjo, posto que nele há considerável perda de dinheiro por parte do investidor.

Como argumento contrário, é possível invocar a “blindagem” patrimonial conferida ao investidor-anjo como justificativa para escolha deste negócio jurídico em detrimento dos demais. Tese essa que não se sustenta, dada a existência de outra modalidade de estruturação de empreendimentos mais eficiente.

Faz-se referência à constituição de sociedade em conta de participação (SCP). Trata-se de sociedade não personificada em que a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente por um sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes (art. 991 do Código Civil).

Por se manterem “ocultos”²⁷, os sócios participantes não se sujeitam aos mesmos riscos de responsabilização patrimonial que os sócios dos

§ 2º Entende-se como rendimento para fins de aplicação do disposto neste artigo:

I - a remuneração periódica a que faz jus o investidor-anjo, correspondente aos resultados distribuídos de que trata o art. 2º; e II - o ganho no resgate do aporte de que trata o art. 4º. (...)

25 Cf. IN RFB n. 1.719/2017. Art. 6º O ganho na alienação dos direitos do contrato de participação de que trata o art. 3º, recebido por investidor pessoa física ou pessoa jurídica isenta ou optante pelo Simples Nacional, será submetido à incidência do imposto sobre a renda por ocasião da alienação do contrato de participação, mediante aplicação das alíquotas previstas no caput do art. 5º, calculado o prazo a partir da data do aporte, e recolhido o imposto devido até o último dia útil do mês subsequente. (...)

26 Cf. Decreto n. 9580/2018. Art. 35. São isentos ou não tributáveis: (...) IV - os seguintes rendimentos de participações societárias: a) os lucros ou os dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, inclusive os lucros ou os dividendos pagos ou creditados a beneficiários de todas as espécies de ações previstas no art. 15 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, ainda que a ação seja classificada em conta de passivo ou que a remuneração seja classificada como despesa financeira na escrituração comercial (Lei n. 9.249, de 1995, art. 10);

b) os valores efetivamente pagos ou distribuídos ao titular ou ao sócio da microempresa ou da empresa de pequeno porte optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, exceto aqueles que corresponderem a pro labore, aluguéis ou serviços prestados (Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, art. 14); e (...)

27 A Receita Federal do Brasil têm exigido a inscrição da sociedade em conta de parti-

demais tipos societários, como a sociedade limitada e a sociedade anônima, estão expostos excepcionalmente²⁸. Nesse sentido, explica Sérgio Botrel²⁹:

Considerando que a sociedade é ineficaz perante terceiros (haja vista que gera efeitos somente entre as partes), esta não terá legitimidade *ad causam* ativa ou passiva, figurando o sócio ostensivo em juízo para discutir qualquer controvérsia com terceiros envolvendo negócios desenvolvidos pela SCP [...]

Bem, se no quesito “blindagem” patrimonial investimento-anjo e SCP conferem o mesmo nível de proteção, qual seria a vantagem de se optar pela segunda? Simples, tal qual ocorre em outros tipos societários, os dividendos pagos aos sócios participantes da SCP são isentos de imposto de renda. A SCP, portanto, congregaria a principal vantagem do investimento-anjo, sem se sujeitar a sua principal desvantagem.

No entanto, também do ponto de vista fiscal, o investimento-anjo apresenta uma considerável vantagem frente à SCP. Enquanto a emissão e a titularidade de investimento-anjo não impedem a fruição do Simples Nacional (art. 61-B do Estatuto da ME e EPP), as SCP são obrigatoriamente excluídas deste regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições (art. 30, § 3º, I do Estatuto da ME e EPP).

Já com um olhar prospectivo, é de se considerar que caso haja uma reforma no sistema tributário brasileiro que implique na tributação dos dividendos, como vem sido aventado na imprensa especializada³⁰, o investimento-anjo pode se tornar mais competitivo sob a ótica fiscal.

cipação perante o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ, o que tem desvirtuado a natureza desse tipo de sociedade não personificada. Sobre o tema, recomenda-se a leitura de NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Sociedade em conta de participação**: Problemas da interferência tributária no Direito Societário e críticas à obrigatoriedade de CNPJ para as SCPs. Jota Info. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sociedade-em-conta-de-participacao-06112019>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

28 Como bem destaca o art. 49-A do Código Civil, introduzido pela Lei n. 13.874, de 2019 (Lei da Liberdade Econômica), a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios e a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

29 COUTINHO, Sérgio Mendes Botrel. **Fusões e Aquisições**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 70.

30 ROCHA, André. Governo quer baixar impostos das empresas, mas taxar dividendos. Qual é o efeito na ação? Valor Investe. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/blogs/andre-rocha/post/2020/07/governo-quer-baixar-impostos-das-empresas-mas-taxar-dividendos-qual-e-o-efeito-na-acao.html>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

Especula-se a tributação na ordem de 15% sob os dividendos pagos aos quotistas ou acionistas; mesma alíquota aplicável no menor patamar da escala regressiva do investimento-anjo.

Investidor e empreendedor investido devem sopesar o custo-benefício de uma ou outra estrutura de financiamento de negócios, a luz desses aspectos.

5 Conclusão

Em que pese ser muito bem intencionada, a LC n. 155/2016 apresenta consideráveis deficiências. O primeiro ponto a ser destacado é que a redação de seus dispositivos não observa a melhor técnica em matéria de Direito Privado, em especial no que se refere ao Direito de Empresa. Mais relevante ainda é o fato de a lei dispor de forma cogente sobre uma série de aspectos que deveriam estar sujeitos à livre regulação do investidor junto ao empreendedor.

Contudo, devem ser destacados e festejados os avanços que ela propicia. Como se sabe, todo o empreendimento se sujeita aos riscos do insucesso, o que muitas vezes faz com que a aplicação de recursos para o financiamento e desenvolvimento de uma atividade econômica não seja atrativa ao investidor. Esse foi o cenário que se fez evidente ao longo dos últimos anos no país, em que uma parcela bastante significativa de capital privado foi aplicada na aquisição de títulos da dívida pública, por sua segurança e alta remuneração, quando muito melhor seria para economia – e para o Estado direta e indiretamente – se esse investimento fosse feito no setor produtivo, que gera empregos, movimenta o mercado de consumo e implica na arrecadação de tributos.

Nesse sentido, a existência na lei de dispositivos protetivos àqueles interessados em assumir a condição de investidores-anjo estimula essa atividade, uma vez que inaugura um modelo jurídico que não expõe o investidor aos riscos inerentes à aquisição de participações societárias.

Acredita-se ainda que o investimento-anjo seja uma alternativa bastante interessante para salvaguarda das empresas em crise, consolidando-se como importante meio de recuperação.

Estes aspectos levariam à conclusão de que a LC n. 155/2016 impactaria sensivelmente o mercado, produzindo benefícios de ordem econômica e social. Essa tese não se confirmou o tempo.

Praticamente não há notícias no mercado de empreendedores que celebrem contratos de participação. A principal razão é de ordem fiscal, na medida em que a remuneração do investidor-anjo se sujeita

à tributação de imposto de renda, o que não ocorre na distribuição de resultados de sociedades. Há ainda modalidades que podem ser mais eficientes do ponto de vista prático, como a SCP, que congrega a principal vantagem do investimento-anjo, sem perder a benesse de isenção de imposto de renda.

Não é exagero afirmar que a Receita Federal do Brasil, ao tributar essa operação, aniquilou um produto que poderia estar beneficiando uma série de negócios. Uma pena.

Referências bibliográficas

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; TURANO, Allan Nascimento. **Resolução da Sociedade Limitada em Relação a um Sócio e a Ação de Dissolução Parcial**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

AQUINO, Tiago Soares; OLIVEIRA, Erickson A. Santana de. **Brasil aprova lei sobre investidor-anjo**. Levy & Salomão Advogados, 2016. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/brasil-aprova-lei-sobre-investidor-anjo>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

ARRUDA, Pablo Gonçalves e; MADURO, Mariana. **O novo investidor anjo nas Startups a partir da LC 155/16**. Migalhas de Peso, 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/262391/o-novo-investidor-anjo-nas-startups-a-partir-da-lc-155-16-parte-1>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 5. ed. Curitiba: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMINHA, Lucas; COELHO, Gustavo Flausino. **Captação de recursos por startups**. São Paulo: Almedina, 2020.

CARVALHO, Antonio Gledson de; FURTADO, Cláudio Vilar; RIBEIRO, Leonardo de Lima. **A indústria do Private Equity e Venture Capital: primeiro censo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 8.

COELHO, Giuliano Tozzi; GARRIDO, Luiz Gustavo. Dissecando o contrato entre startups e investidores-anjo. In: JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele (Coord.) **Direito das Startups**. Vol. I. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

COUTINHO, Sérgio Mendes Botrel. **Fusões e aquisições**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ESTRELLA, Hernani. **Apuração dos haveres de sócio**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS - GVCEPE. **Introdução ao Private Equity e Venture Capital para Empreendedores**. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.abdi.com.br/reunioescndi/curso.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

FEIGELSON, Bruno; NYBO, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. São Paulo: Saraiva, 2018.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coord.). **Direito das Companhias**. vols. I e II, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEVIN, Jack S. **Structuring Venture Capital, Private Equity, and Entrepreneurial Transactions**. New York: A Panel Publication, 2002.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Sociedade em conta de participação: Problemas da interferência tributária no Direito Societário e críticas à obrigatoriedade de CNPJ para as SCPs**. Jota Info, 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sociedade-em-conta-de-participacao-06112019>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. vols. I e II, 26 e 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROCHA, André. **Governo quer baixar impostos das empresas, mas taxar dividendos. Qual é o efeito na ação?** Valor Investe. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/blogs/andre-rocha/post/2020/07/governo-quer-baixar-impostos-das-empresas-mas-taxar-dividendos-qual-e-o-efeito-na-acao.ghtml>> Acesso em: 05 nov. 2020.

ROSSI, Luiz Egydio Malamud. **Manual de Private Equity e Venture Capital: passos para atração de investidores e alocação de recursos**. São Paulo: Atlas, 2010.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **Sociedade em conta de participação**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário**. vol. I, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas**. vol. III, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TURANO, Allan Nascimento. **O desestímulo à aquisição de sociedades em recuperação judicial em virtude da má aplicação da desconsideração da personalidade jurídica**. 12º Concurso de Monografias de Levy & Salomão Advogados, 2015. Disponível em: < <http://www.levysalomao.com.br/noticias/levy---salomao-divulga-os-vencedores-do-12o-concurso-de-monografia>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

7

O DROP DOWN COMO INSTRUMENTO DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO

CAROLINA BARBOZA DA SILVA

Trabalho de Conclusão do Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Candido Mendes (campus Centro) no Rio de Janeiro, apresentada como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

O DROP DOWN COMO INSTRUMENTO DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO

Carolina Barboza da Silva

Resumo

O presente estudo tem o objetivo de analisar a aplicação e a legalidade de uma espécie de reorganização societária conhecida como *Drop Down*. Apesar de devidamente legalizada nos Estados Unidos, ela não possui previsão legal no direito brasileiro. O *Drop Down* é efetivado como um aumento de capital social que uma empresa faz em outra, mediante a transferência de bens, direitos e/ou obrigações em troca de participação societária com controle acionário. O *Drop Down* possui semelhança com a cisão parcial, entretanto não pode haver redução do capital social da sociedade cindida. Além disso, essa operação societária vem sendo utilizada como uma alternativa de arranjo societário, visando melhorar a estrutura operacional e tributária da sociedade. De modo geral, objetiva-se averiguar a utilização dessa operação societária, bem como sua regulamentação e procedimentos, utilizando-se da análise documental, por meio de buscas em sites jurídicos, decisões dos órgãos responsáveis, bibliotecas, artigos e livros jurídicos que constem temas relacionados à reestruturação e reorganização societária através da operação de *Drop Down*.

Palavras-chave: *Drop Down*. Direito Societário. Reorganização Societária.

Abstract

This study aims to analyze the application and legality of a type of corporate reorganization known as *Drop Down*. Although duly legalized in the United States, it has no legal provision in Brazilian law. *Drop Down* is carried out as an increase of capital stock that a company makes in another, through the transfer of assets, rights and/or obligations in exchange for equity interest with shareholding control. *Drop Down* is similar to a partial spin-off, however there can be no reduction of the capital stock of the demerged company. In addition, this corporate transaction has been used as an alternative of corporate arrangement, aiming at improving the operational and tax structure of the company. In general, the purpose is to investigate the use of this corporate transaction, as well as its regulation and procedures, using documentary analysis, by means of searches in legal sites, decisions of the responsible bodies, libraries, articles and legal books that contain themes related to the corporate restructuring and reorganization through the *Drop Down* operation.

Keywords: *Drop Down*. Corporate Law. Corporate Reorganization

1 introdução

O atual cenário da globalização impõe um alto e rápido desenvolvimento econômico perante as empresas e é responsável por orientar o mundo dos negócios. Para garantir que os agentes econômicos encarregados pelo aquecimento do mercado possam atuar de maneira segura e eficiente, diversas formas de organização de estrutura e operações societárias foram surgindo ao longo do tempo.

Na sociedade contemporânea, as empresas representam um papel fundamental, já que é através dela que temos os bens e serviços a serem consumidos pela população e assim movimentar a economia global. Dessa forma, as tendências do mercado modelaram o cenário internacional e as relações comerciais, sendo as operações societárias responsáveis por apresentar novas estratégias ao mundo dos negócios.

Em decorrência desse desenvolvimento, o direito societário ganhou destaque por responsabilizar-se pela segurança das empresas e pelo planejamento delas no mercado, prevendo eventuais reestruturações. Como resultado da demanda consequente desse desenvolvimento, diversos tipos de operações societárias ganharam importância, como a transformação, incorporação, cisão, fusão e recentemente o *drop down*.

Para que os agentes econômicos possam atuar de forma concreta, é de extrema importância que os riscos das operações sejam passados ao administrador responsável da empresa. O grande ponto do trabalho é que além das normas e instituições existentes do Direito Empresarial que regulamentam as atividades, surgiu uma prática brasileira de operação societária conhecida como *drop down* que, entretanto, ainda não está regulamentada no nosso ordenamento jurídico.

Sendo assim, o presente trabalho objetiva analisar a forma e aplicação da nova prática comercial de reorganização societária, o *drop down* originária dos Estados Unidos e obter uma maior explanação acerca da prática no Brasil, além de identificar a aplicação e aceitação no ordenamento jurídico brasileiro.

Partindo dessa premissa, o primeiro capítulo trará o conceito de *drop down*, sua regulamentação no país originário e a descrição da operação. Enquanto no segundo capítulo analisaremos as diferenças entre o *drop down* e as demais modalidades de reorganização societária existente no Brasil, a aplicação da operação no Brasil, a admissibilidade do órgão regulador e veremos alguns casos concretos já finalizados.

O presente tema é de extrema relevância para o direito brasileiro considerando a sua popularização no mercado e sua prática cada vez mais recorrente no meio empresarial. Ademais, o grande obstáculo do tema está na falta de regulamentação da operação no direito brasileiro. A pesquisa não pretende esgotar o tema proposto tendo em vista que, apesar de sua popularização, ainda temos muito que analisar no tocante da aplicação e aceitação pelos órgãos brasileiros.

Por fim, o trabalho apresentado busca a resposta para o problema relacionado à aplicação e aceitação do *drop down* no direito brasileiro, sem uma devida regulamentação legal.

2. O drop down no direito americano

Inicialmente, para fins de contextualização e para seguirmos com o estudo da modalidade de reorganização societária objeto do presente trabalho, faz-se necessária uma breve introdução ao sistema jurídico norte-americano, local de nascimento da operação aqui discutida.

O Direito Societário norte americano é baseado em um sistema de precedentes judiciais.¹ O sistema legislativo é bastante diverso do modelo brasileiro, sendo amplamente conhecida e demarcada a diferença entre *Civil Law e Common Law*. Contrastando os sistemas jurídicos norte-americano e o brasileiro, devemos observar que o norte-americano possui uma “maior flexibilidade na área societária, sob o mando dos chamados *arrangements*, os quais correspondem a modalidades de reorganização da estrutura econômica da empresa, permitidas formas heterodoxas”.² Já no direito brasileiro podemos observar uma maior inflexibilidade na legislação societária, limitando fortemente a mutabilidade das operações não previstas expressamente.³

Nos EUA, alguns pontos que podemos identificar é a competência federal para casos de falência, valores mobiliários e concorrência. Entretanto, a maior parte das questões societárias são de competência estadual, sendo bastante comum a adoção de um código de Direito Societário (*State Statute*) para cada Estado-membro. Dessa forma, a competência estadual é definida conforme o local de constituição da

1 REYES, Francisco. *Direito Societário Americano – Estudo comparativo*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2013. p. 70.

2 VERÇOSA, Haroldo M. D.; BARROS, Zanon de Paula. *A recepção do “drop down” no direito brasileiro*. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, v. 125, a. XLI, jan./mar. 2002. p.42.

3 VERÇOSA, Haroldo M. D.; BARROS, Zanon de Paula. *A recepção do “drop down” no direito brasileiro*. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, v.125, a.XLI, jan./mar. 2002. p. 42-43.

sociedade, sendo admitida a alteração do Estado de constituição a fim de modificação a legislação de regência.⁴

Por conta disso, o mercado desenvolveu uma competição entre si denominada mercado das leis societárias que visa atrair o maior número possível de sociedades. Dessa forma, o constante intercâmbio legislativo entre os Estados resulta na tentativa de atualização por eles, ou seja, aqueles que não se adaptam tornam-se menos competitivos, uma vez que perderiam o atrativo para o empresário, que é a flexibilização das normas.

Atualmente, temos no direito norte-americano a existência de leis “uniformes” que, elaboradas por grupos de juristas, são incorporadas pelos estados a fim de harmonizar as legislações estaduais.

Ademais, a “reorganização” nos Estados Unidos é identificada na *Section 368* do *International Revenue Code* e seu objetivo principal é a obtenção da isenção tributária. Entretanto, para o nosso objeto de estudo, é necessário abordar, especificamente, sobre os chamados desinvestimentos dispostos na *Section 355* do *International Revenue Code*.⁵

Na *Section 355* identificamos a distribuição de uma unidade de negócios, repartição, linha de produção ou subsidiárias. Caso a operação atenda a todas as exigências legais e estatutárias, a distribuição será feita livre de impostos. Os três tipos de divisões corporativas são o *spin-off*, *split-off* e o *split-up*.⁶

A autora Kovács cita que o maior incentivo para a realização das operações de desinvestimentos é a criação de valor ao acionista, ou seja, a expansão dos negócios, sem necessariamente ter o conhecimento para gerir ou obter o *core business* capaz de exercer tal atividade.⁷

Para o nosso objeto de estudo, abordaremos, especificamente os modelos *split-off* e *spin-off*. O *spin-off* envolve a distribuição de ativos de uma empresa para uma subsidiária e as ações desta são distribuídas

aos acionistas. Já o *split-off* consiste na oferta de ações que poderão ser adquiridas por alguns acionistas mediante a troca de ações de outra empresa que já possuíam anteriormente.⁸

Com isto, podemos observar através dos conceitos acima, que o *spin-off* é o que compreendemos como *drop down*. Nos Estados Unidos o *spin-off* é uma operação livre de tributação, quando observados os requisitos dispostos na legislação norte americana, de finalidade e continuidade dos negócios. Kovács, em seu estudo, afirma compreender o *spin-off* como sendo um “incentivo à expansão econômica e à competitividade na produtividade norte-americana.”⁹

Em conclusão, no direito norte-americano, o *drop down* é uma modalidade de reestruturação de sociedade que visa a transferência de ativos e passivos no plano vertical. Ou seja, uma empresa promove o aumento de capital social de outra empresa através da transferência de bens, direitos e obrigações sem sofrer qualquer redução em seu capital inicial.

2.1 Descrição da operação de drop down

O *drop down* é caracterizado pela operação por meio da qual uma sociedade empresária transfere a outra, a título de integralização de capital social, bens tangíveis e intangíveis. O autor Botteselli indica que “o *drop down* provoca a substituição de elementos patrimoniais, uma vez que a sociedade conferente transfere bens (ativos) e recebe o equivalente em participação societária (quotas ou ações), não havendo redução de capital social”.¹⁰

O autor Ricardo Tepedino¹¹ afirma que, através do *drop down*, a integralização do capital social poderá ocorrer através de bens e obrigações, como encargos trabalhistas, contraprestações de leasing

4 PARENTONI, Leonardo Netto; GONTIJO, Bruno Miranda. **Competência legislativa em direito societário: sistemas brasileiro, norte-americano e comunitário europeu**. Revista de informação legislativa: RIL, v. 53, n. 210, p. 239-265, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p239>. Acesso em: 19 ago 2019.

5 ESTADOS UNIDOS. **Internal Revenue Code**. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/355>>. Acesso em: 17 ago 2019.

6 KOVÁCS, Veronika. **Corporate Split-Off: Comparison of the U.S. and German models**. 48 f. LL.M. Short Thesis – Course Legal Aspects of Corporate Governance. Central European University, Budapest, 2008, p. 6.

7 KOVÁCS, Veronika. **Corporate Split-Off: Comparison of the U.S. and German models**. 48 f. LL.M. Short Thesis – Course Legal Aspects of Corporate Governance. Central European University, Budapest, 2008, p. 6.

8 KIDDER, Gregory N. **Basics on U.S. tax-free spin-offs under sections 355. International Taxation**, [S.l.] v.5, p. 438, nov. 2011. Disponível em: <<https://www.steptoe.com/images/content/2/6/v1/2630/4358.pdf>>. Acesso em: 17 ago 2019.

9 KOVÁCS, Veronika. **Corporate Split-Off: Comparison of the U.S. and German models**. 48 f. LL.M. Short Thesis – Course Legal Aspects of Corporate Governance. Central European University, Budapest, 2008, p. 6.

10 BOTTESELLI, Ettore. **Drop Down de Ativos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3360, 12 set. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22599/drop-down-de-ativos>>. Acesso em: 17 ago 2019.

11 TEPEDINO, Ricardo. **O Trespasse para a Subsidiária (drop down)**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coords.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 73.

de bens arrendados, contratos e demais dívidas em geral.¹² Já para os autores Haroldo M. D. Verçosa e Zanon de Paula Barros, as obrigações não poderiam ser objeto de integralização de capital, devendo apenas ocorrer a transferência de ativos, ocorrendo o “mecanismo de aumento de capital social na sociedade receptora e consequente redução de capital na sociedade cedente”¹³, destaca-se que o autor Ricardo Tepedino interpreta tal afirmação como o conceito apropriado à cisão.¹⁴

Entretanto, para que possamos compreender a viabilidade da utilização dos meios acima para integralização do capital social, devemos observar o disposto no artigo 7º da Lei das Sociedades por Ações,¹⁵ que diz que “o capital social poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro”.

O artigo supracitado indica que quaisquer espécies de bens que possam ser avaliados em dinheiro poderão ser objeto de integralização do capital social da sociedade. Logo, já podemos identificar que mesmo que operação do *drop down* não seja devidamente legislada no Brasil, a forma de operação e o principal objeto de negócio é admitido pelo nosso sistema jurídico.

Na operação do *drop down* a sociedade conferente transfere seus direitos e obrigações, que anteriormente, formavam seu estabelecimento comercial, sem afetar seu controle de atividade. Em troca, adquire da sociedade receptora a participação societária equivalente. Deve-se observar que, no § 3º do artigo 2º da Lei da S.A,¹⁶ é admitido como objeto social a participação em outras sociedades, mesmo que não prevista inicialmente no estatuto. Dessa forma, conclui-se que para a operação do *drop down* não é necessária qualquer modificação ou adequação no estatuto da sociedade.

12 TEPEDINO, Ricardo. **O Trespasse para a Subsidiária (drop down)**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coords.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 71-72.

13 VERÇOSA, Haroldo M. D.; BARROS, Zanon de Paula. **A recepção do “drop down” no direito brasileiro**. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, v.125, a.XLI, jan/mar. 2002. p. 42.

14 TEPEDINO, Ricardo. **O Trespasse para a Subsidiária (drop down)**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coords.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 65.

15 BRASIL. **Lei no 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em: 11 ago 2019.

16 BRASIL. **Lei no 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em: 11 ago 2019.

Quanto à redução do capital social da sociedade conferente, a doutrina diverge nesse aspecto. Os autores Haroldo M. D. Verçosa e Zanon de Paula Barros afirmam que “a transferência de ativos, no plano vertical, neles incluídos bens tangíveis e intangíveis, utilizando-se do mecanismo de aumento de capital na sociedade receptora e consequente redução de capital na sociedade cedente”¹⁷

Já os autores Ricardo Tepedino, Frederico de Almeida Fonseca e Ana Carolina Moreira Garcia afirmam que não há redução do capital social da sociedade conferente, considerando que ocorre a substituição dos elementos patrimoniais, ou seja, o que antes era contabilizado como ativo transferido agora deverá ser identificado, no mesmo montante, como participação societária.¹⁸

A utilização da operação societária objeto do presente estudo, é uma novidade na prática empresarial brasileira devido à simplicidade do seu procedimento, comparado com outras modalidades de reorganização societária no Brasil, tópico que falaremos adiante. Entretanto, é válido destacar que podemos observar que a sua não popularização deve ser analisada, principalmente devido à falta de regulamentação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Em conclusão, podemos identificar alguns benefícios propiciados pelo *drop down*, sendo eles a descomplicação das diversas obrigações fiscais impostas às demais operações, há, também, a possibilidade de segregação da atividade empresarial das sociedades envolvidas, principalmente objetivando a melhor organização dos setores de negócios e de expertise. Além disso, para casos de falência, poderá ser utilizada como forma de evitar a quebra da sociedade principal, sendo continuada através da massa falida e ainda, ampliar a arrecadação de ativos e do seu arsenal de bens, já que estará sendo revertido em participação societária.

3. O *drop down* no direito brasileiro

No Brasil, as modalidades de reorganização societária estão previstas na Lei das Sociedades Anônimas e no Código Civil. São quatro operações conhecidas no direito brasileiro: transformação, incorporação,

17 VERÇOSA, Haroldo M. D.; BARROS, Zanon de Paula. **A recepção do “drop down” no direito brasileiro**. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, v.125, a.XLI, jan/mar. 2002. p. 69-70.

18 FONSECA, Frederico de Almeida; GARCIA, Ana Carolina Moreira. **Versão de Ativo Intangível (Ágio) em Operações Societárias de Drop Down**. In: BOTREL, Sérgio (Coord.). **Direito Societário: análise crítica**. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 415.

cisão e fusão. Com a aplicação costumeira do *drop down*, identifica-se sua semelhança com a cisão, tópico que será analisado em seguida.

O autor Ricardo Tepedino identifica o *drop down* como uma operação societária atípica, apesar de não ser legislada, esta não deve ser considerada ilegal. Além disso, com base no artigo 5º, II e 170 da Constituição Federal¹⁹, o autor ainda afirma que a “falta de definição legal de suas linhas dogmáticas haverá de ser suprida pela doutrina e jurisprudência”.²⁰

No primeiro capítulo deste trabalho foi possível perceber a grande influência mercadológica na legislação empresarial. Tendo origem no sistema norte-americano e a necessidade do mercado competitivo, foram identificadas diversas operações do *drop down* realizadas por empresas brasileiras, muitas delas sem qualquer evidência de autuação da CVM.

Com isso, nota-se que majoritariamente a autorização dos órgãos competentes, em especial a Comissão de Valores Mobiliários, que no artigo 20 da Instrução CVM n. 560/ 201521 afirma:

Art. 20. São admitidas transferências de posição entre investidores não residentes oriundas do exterior, desde que decorram de: I – fusão, cisão, incorporação, incorporação de ações e sucessão causa mortis; e

II – demais operações societárias que não resultem na modificação dos titulares finais dos ativos e na alteração do total dos ativos financeiros e valores mobiliários pertencentes, direta ou indiretamente, a cada um dos investidores envolvidos na operação.

Parágrafo único. A CVM pode autorizar, mediante pedido prévio fundamentado, transferências de posição entre investidores não residentes oriundas do exterior em hipóteses não previstas no caput observadas as demais normas específicas a respeito do assunto.

19 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 ago 2019.

20 TEPEDINO, Ricardo. **O Trespasse para a Subsidiária (drop down). Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de empresas**. São Paulo. Ed. Quartier Latin. 2006. p. 71.

21 BRASIL. **Instrução Comissão de Valores Mobiliários**. N. 560 de 2015. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst560.html>>. Acesso em 27 ago 2019.

A CVM indica expressamente a abertura a “demais operações societárias”, ou seja, engloba reconhece não apenas as modalidades já previstas na legislação. Dessa forma, podemos concluir que o instituto do *drop down* é aceito e praticado no Brasil.

3.1 Distinção entre o *drop down* e a figura típica da cisão

Entende-se necessário, devido ao entendimento da doutrina, e a relevância semelhança entre as duas modalidades, a explanação quanto à diferença entre a operação de *drop down* e a cisão prevista da Lei nº 6.404/76 e do Código Civil, considerando que em ambas as operações ocorrem o aumento do capital social na empresa receptora. Além disso, devido aos seus aspectos principais as duas operações poderiam ser facilmente confundidas.

Conforme afirma o autor José Guerreiro²² o principal debate entre a distinção do *drop down* para a cisão, possui como foco o conceito de “capital social”, sendo este definido no artigo 5º da Lei n. 6.404/76:²³

Art. 5º O estatuto da companhia fixará o valor do capital social, expresso em moeda nacional.

Parágrafo único. A expressão monetária do valor do capital social realizado será corrigida anualmente.

Dito isto, o referido autor pontua que conforme o conceito de cisão descrito a Lei das S/A, a operação da cisão caracteriza-se pela transferência patrimonial sem a divisão ou redução do capital social da Sociedade. Logo, no *drop down* não ocorre a redução do capital social da sociedade conferente e sim a substituição do acervo líquido pela participação societária da sociedade receptora. Já na cisão, é expressa a necessidade de redução do capital social.

Considerando o fator acima, podemos observar a decisão n. RJ2001/4540 da Comissão de Valores Mobiliários de 2002 que pontua o aspecto supracitado:

A Lei nº 6.404/76, a exemplo de diversas outras legislações, permitiu expressamente que o capital social pudesse ser integralizado não apenas com dinheiro, mas com “qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro”.

22 FRANÇA, Erasmo; ADAMEK, Marcelo. **Temas de direito empresarial e outros estudos**: Em homenagem ao professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães. São Paulo. Malheiros Editores, 2014. p. 133.

23 BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em: 20 set 2019.

Permitiu, então, em outras palavras, que qualquer elemento monetizável pudesse servir para o “pagamento” da parcela do capital social subscrito.

É bom que se diga, desde logo, que não há qualquer restrição à espécie de bem que pode servir para a contribuição ao capital social. A única exigência que a lei faz é que seja suscetível de avaliação em dinheiro, ressalvado, infelizmente, dada a má técnica legislativa, a hipótese prevista na alínea “g” do artigo 115, da Lei nº 6.404/76, inserida pela reforma da Lei nº 9.457/97. (Processo Administrativo CVM nº RJ2001/4540. Reg.Col. nº 3270/2001. Reg.Col. nº 3270/2001.).²⁴

Ademais, uma nova diferenciação entre os dois tipos é que na cisão a legislação prevê a transferência de parcelas de seu patrimônio, enquanto no *drop down* ocorre a transferência de bens e outros elementos patrimoniais. Na cisão, podemos observar que após a operação a empresa poderá ser extinta, em caso de cisão total, ou ocorrerá a redução de seu capital, em caso de cisão parcial. Entretanto, no *drop down*, a sociedade conferente não será extinta, ocorrendo apenas a substituição de elementos do capital social.

Outro ponto que merece destaque está relacionado aos credores das sociedades. No caso da cisão, seja total ou parcial, os credores podem se opor a operação caso o ato da cisão não estipule a solidariedade entre a sociedade cindida e as que absorverem seu patrimônio. Dessa forma, conforme afirma o autor José Guerreiro: “A sucessão, portanto, funciona como instrumento de preservação do interesse dos credores titulares de créditos anteriores à própria cisão”.²⁵ Já no *drop down*, considerando que a sociedade não será extinta, nem terá seu capital dividido, devido à substituição patrimonial característica da operação, a garantia patrimonial existente anterior à operação, será mantida, ou seja, não existe a possibilidade de afetação aos credores existentes. Com isso, concluímos que não há, portanto, qualquer comprometimento ao interesse dos credores diante da operação do *drop down*.²⁶

24 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Decisão n. RJ2001/4540. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/decisoes/2002/20020205_R1/20020205_D01.html>. Acesso em: 20 set 2019.

25 FRANÇA, Erasmo. ADAMEK, Marcelo. **Temas de direito empresarial e outros estudos**: Em homenagem ao professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães. São Paulo. Malheiros Editores, 2014. p. 139.

26 *Idem*, p. 140.

Por fim, quanto à formalidade para as deliberações, no caso da cisão, conforme previsto na LSA, ela deverá ocorrer através de deliberação em assembleia geral da sociedade e é obrigatória a realização de balanço especial. Já no *drop down*, não há qualquer previsão para a realização dessas formalidades, o que acaba por simplificar a realização da operação.

3.2 Admissibilidade do drop down na cvm e análise de caso concreto

O *drop down* por constituir-se como uma estratégia empresarial para reestruturar a composição societária, vem sendo aplicado nos últimos anos no contexto brasileiro. A operação, que possui sua origem no direito norte-americano, é apresentada no direito brasileiro como uma forma alternativa de operação societária devido ao seu número inferior de burocracias, quando comparado com as demais operações existentes.

Inicialmente cabe destacar que a operação do *drop down*, apesar de não estar expressamente legislada no direito brasileiro, está sendo aplicada e devidamente aprovada pelos órgãos, especialmente pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), considerando que a maior parte dos casos de *drop down* realizados no Brasil envolvem sociedades anônimas de capital aberto.

É válido destacar ainda que a legislação interna da CVM, na Instrução Normativa nº 325/2000²⁷ em seu artigo 8º, expõe o termo “demais operações societárias”, que permite a reestruturação societária não prevista em lei. Dessa forma, podemos concluir que além do *drop down*, outras modalidades de reorganizações societárias poderão, também, ser aplicadas no Brasil pela CVM, justamente devido à abertura do termo feita pelo órgão.

O caso mais recente identificado através dessa pesquisa ocorreu em fevereiro de 2019, sendo feito pela Viação Metrôpole Paulista, empresa que é subsidiária da VIP – Transportes Urbanos, que recebeu 54 (cinquenta e quatro) ônibus da marca Mercedes-Benz, avaliados em R\$ 49.965.000,00 (quarenta e nove milhões, novecentos e sessenta e cinco mil reais), para integrar seu capital social. Todo o processo foi realizado normalmente e não ocorreu qualquer impedimento ou parecer da CVM.

Em 2002 a CVC *Opportunity Equity Partners L.P.*, solicitou autorização prévia para efetuar a transferência de investimentos realizados no Brasil para a CVC Delaware, através da reorganização societária conhecida como *drop down*. Nesse caso, seriam transferidas à CVC Delaware as diversas

27 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Decisão nº RJ2001/4540. INSTRUÇÃO CVM n. 325, DE 27 DE JANEIRO DE 2000. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/300/inst325consolid.pdf>>. Acesso em: 20 out 2019.

participações acionárias existentes em empresas brasileiras e a mesma seria uma subsidiária da CVC LP, não devendo ser interpretado como transferência de investimentos a terceiros.²⁸

Diante disso, o relator do caso acima indica que a operação de *drop down* está contida na expressão “alteração societária” e que, portanto, é evidente que a CVM deve autorizar a finalização da transferência solicitada pela CVC LP. Vejamos parte da decisão:

Assim, em princípio, em se tratando de operação societária, é evidente que a CVM está autorizada a permitir a transferência de posição de custódia entre investidores não residentes. Ora, no caso, estamos diante de uma operação de “*drop down*”, típica operação que configura reorganização societária, e que está contida, a meu ver, na expressão “alteração societária” e que, portanto, pode ser excepcionada.²⁹

Além disso, é válido apontar que em 2003, a empresa Coritiba Futebol S/A, entrou requerimento de registro de companhia aberta concomitantemente ao pedido de distribuição pública de ações. Após a análise da documentação apresentada, o pedido foi indeferido pela CVM. Entretanto, é essencial destacar que o indeferimento ocorreu totalmente por motivos contábeis. Sendo devidamente registrado na decisão da CVM que do ponto de vista jurídico, a operação é totalmente viável, vejamos: “Todavia, do ponto de vista jurídico-societário a operação realizada pelo recorrente não é nem ilegal nem inviável”.³⁰

Ademais, na mesma decisão do caso acima o relator afirma ainda que não existem motivos para a proibição da operação discutida no presente trabalho, desde que todos os requisitos de avaliação do bem sejam cumpridos e tenha um somatório positivo. Vejamos:

À luz dos princípios que informam a proteção do capital social não vejo razões para que operações como estas sejam proibidas. A meu ver, o que realmente importa, é que o somatório

28 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Processo CVM nº CVM Nº RJ 2002/8088**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoaes/anexos/0001/3928-0.pdf>>. Acesso em: 20 out 2019.

29 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Processo CVM nº CVM Nº RJ 2002/8088**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoaes/anexos/0001/3928-0.pdf>>. Acesso em: 20 out 2019.

30 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Processo CVM nº CVM Nº RJ 2003/0504 e 2003/6655**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoaes/anexos/0001/4099-1.pdf>>. Acesso em: 20 out 2019.

desse conjunto de bens, direitos e obrigações que estão sendo transferidos para a companhia, no aumento de capital tenha somatório positivo. E isso precisará ser atestado pelo laudo de avaliação elaborado nos termos do artigo 8º da Lei nº 6.404/76.³¹

Já em 2007 a empresa Trane do Brasil realizou a operação de *drop down* transferindo parte do seu acervo para a subsidiária Wabco do Brasil Industria e Comercio de Freios Ltda. Em 2011 a empresa foi autuada pelo fisco, devido à transferência de saldo de ICMS na realização da operação sem a devida emissão de nota fiscal. Ocorre que após a apresentação do recurso aplicável ao caso, a empresa teve a operação indeferida única e exclusivamente devido à irregularidade identificada no procedimento fiscal, não sendo contestado, em momento algum, a legalidade da operação do *drop down* em si.

Dessa forma, através da análise dos casos acima destacados, conclui-se que o órgão regulador, CVM, admite e reconhece a operação de reorganização societária conhecida como *drop down* é legal e aplicável, enquadrando-se no artigo 8º da Instrução CVM.³² Por conta disso, a operação analisada no presente trabalho é identificada, realizada e admitida pelo nosso ordenamento jurídico, mesmo que não seja expressamente legislada como a cisão, fusão, incorporação e transformação.

4. Conclusão

A legislação brasileira ainda é considerada extremamente nova quando se trata do direito comercial e suas práticas societárias, além de que deve ser levado em consideração de que está em constante evolução devido ao contexto econômico que se insere. É sabido que para criação de um instituto jurídico, primeiramente ocorre o fato, muitas vezes tornando-se algo recorrente no dia a dia e somente após a ocorrência do fato, nasce no direito o interesse de legislar.

Dito isto, devemos observar que, sendo o *drop down*, um instituto reconhecido como uma modalidade atípica de reorganização societária, ainda há muito que ser deliberado acerca do assunto. Devido à ausência na legislação da operação atípica aqui discutida, cabe aos doutrinadores

31 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Processo CVM nº CVM Nº RJ 2003/0504 e 2003/6655**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoaes/anexos/0001/4099-1.pdf>>. Acesso em 20 out 2019.

32 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Decisão nº RJ2001/4540. INSTRUÇÃO CVM Nº 325, DE 27 DE JANEIRO DE 2000**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/300/inst325consolid.pdf>>. Acesso em 20 out. 2019.

analisar a operação e promover discussões para que aos poucos, ela possa ser estruturada. Apesar do *drop down* já ser uma prática comercial no Brasil desde 2001, ou seja, 18 anos de prática comercial, ainda é identificada a dificuldade pelo Direito em acompanhar as mudanças do mercado e atender as demandas das empresas.

Sua similaridade com as demais operações já regulamentadas no direito brasileiro permite certa confusão para o mercado, devendo sempre, ser posto em contraste as principais diferenças e suas vantagens, como é o caso do *drop down* com a cisão.

Observa-se que nos casos analisados no tópico anterior o *drop down* é devidamente aceito pelos órgãos de deliberação e pela doutrina brasileira. Ressalta-se que diversas outras empresas já realizaram a operação sem ter ocorrido interferências de qualquer órgão para análise da legalidade da operação. Os casos indicados anteriormente foram analisados devido a incongruências em seu procedimento, mas nunca sendo discutida a legalidade da operação.

O instituto originado nos Estados Unidos vem sendo aplicado e recepcionado pelo direito brasileiro como uma inovação à demanda do mercado e busca diminuir as diversas burocracias impostas às empresas. Dessa forma, basta que as empresas cumpram todos os requisitos impostos pelo órgão de deliberação responsável, seja a CVM, seja a Secretaria de Fazenda Pública ou a Junta Comercial do Estado competente.

Por fim, conclui-se que ainda é essencial que a discussão acerca da operação ocorra e que ela seja mais bem estruturada para passar maior segurança jurídica as empresas. Entretanto, é uma prática empresarial recorrente, que está sendo aceita e realizada pelo mercado empresarial, mesmo sem legislação própria para regulamentação da operação, os operadores utilizam das normas básicas do direito brasileiro comercial, princípios aplicáveis e interpretação de juristas renomados como fonte de sustentação da prática da operação.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 ago 2019.

BRASIL. **Lei no 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em: 16 ago 2019.

BRASIL. **Instrução Comissão de Valores Mobiliários. n. 560** de 2015. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst560.html>>. Acesso em 27 ago 2019.

BRASIL. **Comissão de Valores Mobiliários. Decisão n. RJ2001/4540**. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/decisoes/2002/20020205_R1/20020205_D01.html>. Acesso em: 20 set 2019.

BRASIL. **Comissão de Valores Mobiliários. Processo CVM nº CVM Nº RJ 2002/8088**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0001/3928-0.pdf>>. Acesso em: 20 out 2019.

BRASIL. **Comissão de Valores Mobiliários. Processo CVM nº CVM Nº RJ 2003/0504 e 2003/6655**. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0001/4099-1.pdf>. Acesso em: 20 out 2019.

BRASIL. **Comissão de Valores Mobiliários. Decisão n. RJ2001/4540**. INSTRUÇÃO CVM N. 325, DE 27 DE JANEIRO DE 2000. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/300/inst325consolid.pdf>>. Acesso em 20 out. 2019.

BOTTESELLI, Ettore. **Drop Down de Ativos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3360, 12 set. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22599/drop-down-de-ativos>>. Acesso em: 17 ago 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Internal Revenue Code**. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/355>>. Acesso em: 17 ago 2019.

FONSECA, Frederico de Almeida; GARCIA, Ana Carolina Moreira. **Versão de Ativo Intangível (Ágio) em Operações Societárias de Drop Down**. In: BOTREL, Sérgio (Coord.). **Direito Societário: análise crítica**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANÇA, Erasmo. ADAMEK, Marcelo. **Temas de direito empresarial e outros estudos: Em homenagem ao professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

KIDDER, Gregory N. **Basics on U.S. tax-free spin-offs under sections 355. International Taxation**, [S.l.] v.5, nov. 2011. Disponível em: <<https://www.steptoe.com/images/content/2/6/v1/2630/4358.pdf>>. Acesso em: 17 ago 2019.

KOVÁCS, Veronika. **Corporate Split-Off: Comparison of the U.S. and German models**. 48 f. LL.M. Short Thesis – Course Legal Aspects of Corporate Governance, Central European University, Budapest, 2008.

PARENTONI, Leonardo Netto; GONTIJO, Bruno Miranda. **Competência legislativa em direito societário: sistemas brasileiro, norte-americano e comunitário europeu**. Revista de informação legislativa: RIL, v. 53, n.

210, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p239>. Acesso em: 19 ago 2019.

REYES, Francisco. **Direito Societário Americano: estudo comparativo**. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2013.

TEPEDINO, Ricardo. **O trespassse para subsidiária (Drop down)**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). **Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.


VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; BARROS, Zanon de Paula. **A recepção do drop down no direito brasileiro**. *Revista de direito mercantil-industrial, econômico e financeiro*, São Paulo: Malheiros, v.41, n.125, jan./mar.2002.

8

TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PELO PODER PÚBLICO: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA LGPD NO REGISTRO EMPRESARIAL

WILLIAM LIMA ROCHA

Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Católica da Argentina (UCA), Especialista com MBA em Direito do Consumidor e da Concorrência pela FGV/RJ, Professor da Universidade Candido Mendes (UCAM), Professor da PUC-Rio, Procurador Adjunto da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro (JUCERJA).



**TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PELO PODER PÚBLICO:
UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA LGPD NO REGISTRO EMPRESARIAL**
William Lima Rocha

Resumo

O presente artigo visa analisar as bases legais para o tratamento de dados pessoais pelo poder público na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (LGPD – Lei n. 13.709/18). Diante da necessidade, como regra, de se enquadrar todo tratamento de dados em uma base legal determinada. É preciso compreender que o compartilhamento de dados deve ser verificado à luz das Políticas Públicas e finalidades institucionais dos receptores do envio de dados pessoais, com vistas ao cumprimento da LGPD. Resta claro que além da privacidade, a LGPD busca resguardar o compartilhamento ou acesso de dados e vinculá-lo às suas finalidades (art. 6º, incs. I, II e III, LGPD), evitando desvios e oportunismos no trato de dados pessoais, preservando as atribuições registras e engrandecendo tal atribuição. Em uma análise da aplicação da LGPD no Registro Empresarial, a autorização legal do art. 29 da lei 8.934/1994, que dispõe sobre a publicidade do registro empresarial, não excepciona o comando do art. 26, §1º, IV da lei 13.709/2018, que trata da permissão ao Poder Público transferir a entidades privadas dados pessoais constantes de base de dados.

Palavras-chave: Dados pessoais. Tratamento de dados. Poder público. Registro empresarial. Bases legais.

Abstract

This article aims to analyze the legal bases for the processing of personal data by the public authorities in the Brazilian General Data Protection Law (LGPD - Law n. 13,709 / 18). In view of the need, as a rule, to fit all data processing on a determined legal basis. It is necessary to understand that data sharing must be verified in the light of Public Policies and institutional purposes of the recipients of the sending of personal data, in order to comply with the LGPD. It remains clear that in addition to privacy, LGPD seeks to safeguard the sharing or access of data and link it to its purposes (art. 6, items I, II and III, LGPD), avoiding deviations and opportunisms in the treatment of personal data, preserving registration assignments and enhancing such assignment. In an analysis of the application of LGPD in the Business Register, the legal authorization of art. 29 of Law 8.934 / 1994, which provides for advertising of the business register, does not exception the command of art. 26, §1, IV of Law 13.709 / 2018, which deals with the permission to the Public Power to transfer personal data contained in the database to private entities.

Keywords: Personal data; data processing; public power; business registration; legal bases.

1 Introdução

A proteção de dados pessoais pode ser interpretada como um desdobramento do direito fundamental à privacidade, protegido pela Constituição Federal de 1988 (CF)¹, em seu artigo 5º, inciso X, que prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Esse direito também está garantido pelo art. 21 do Código Civil², que prevê que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Em matéria de competência legislativa, rege o princípio da predominância do interesse, “segundo o qual à União caberá aquelas matérias e questões de *predominante interesse geral, nacional*, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de *predominante interesse regional*, e aos Municípios concernem os *assuntos de interesse local*.” No caso dos Municípios, a aplicação desse princípio está expressamente consagrada na Constituição Federal, na regra geral contida no artigo 30, I.

Ao se fazer uma análise das competências constitucionais, podemos observar a seguinte divisão: competência exclusiva, privativa, concorrente, suplementar, comum, cumulativa, residual e remanescente. Em um primeiro momento, as palavras “exclusiva” e “privativa” parecem significar a mesma coisa, entretanto, competência exclusiva da União é aquela que não pode ser delegada, enquanto a privativa é delegável a outros entes.

Dessa forma, verificamos que o artigo 21 da CF prevê as competências exclusivas da União, ou seja, aquelas que não poderão ser delegadas por esta. Já no artigo 22, temos elencadas as matérias de competência privativa da União, ou seja, aquelas que a União poderá delegar aos Estados e Municípios, através de Lei Complementar, para que esses entes criem leis específicas.

A Constituição Federal em seu artigo 22, inciso I, determina que é competência privativa da União Federal legislar sobre Direito Civil. Considerando que a proteção de dados pessoais está abrangida pela noção de privacidade e conseqüentemente pelo Direito Civil, chegaremos

1 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>. Acesso em: 10 ago. 2020.

2 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.html>. Acesso em: 10 ago. 2020.

à conclusão inicial de que os estados e municípios só poderiam legislar sobre o tema, caso a União delegasse expressamente, através de Lei Complementar.

Porém, está tramitando no Congresso Nacional um Projeto de Emenda Constitucional (PEC) de n. 173 de 2019 que inclui a proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais. A proposta também fixa competência privativa da União para legislar sobre a proteção e o tratamento de dados pessoais.

A PEC 17/19 dá nova redação ao artigo 5º da Constituição Federal. O texto inicial acrescenta ao dispositivo o inciso XII-A, estabelecendo que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais”.

Há também o objetivo inserir a proteção de dados pessoais como direito fundamental do cidadão, bem como fixar a competência privativa expressa da União para legislar a matéria, ou seja, incluindo um inciso no artigo 22 da CF, de modo a não deixar dúvidas de que a proteção de dados pessoais será de competência privativa da União, não sendo exclusiva.

Caso a PEC seja aprovada, os estados e municípios poderão legislar sobre o tema proteção de dados pessoais, desde que a União delegue essa competência, através de Lei complementar.

Cumpramos também, com a edição da Lei 13.709, em 14/08/2018, a chamada LGPD⁴ (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), o Brasil passou a ter sua própria lei de proteção dos dados pessoais⁵. Deve-se destacar que o texto original da LGPD teve alguns dispositivos modificados pela Lei 13.853/2019, especialmente no tocante à constituição

3 Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

4 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020.

5 LGPD - Art. 65. Esta Lei entra em vigor: (Redação dada pela Lei n. 13.853, de 2019) I - dia 28 de dezembro de 2018, quanto aos arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 58-B; e (Incluído pela Lei n. 13.853, de 2019) I-A - dia 1º de agosto de 2021, quanto aos arts. 52, 53 e 54; (Incluído pela Lei n. 14.010, de 2020) II - 24 (vinte e quatro) meses após a data de sua publicação, quanto aos demais artigos. (Incluído pela Lei n. 13.853, de 2019)

*II - em 3 de maio de 2021, quanto aos demais artigos. (Redação dada pela Medida Provisória n. 959, de 2020) *OBS.: Com a não aprovação deste item da MP 959, voltou a valer a redação anterior do inciso II

e ao funcionamento da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade⁶.

Além disso, a LGPD tem capítulo específico sobre o tratamento de dados pelo Poder Público, no qual explicita sua aplicabilidade a todos os entes da administração direta e indireta da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, inclusive suas Cortes de Contas, Ministérios Públicos e entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos.

1.1 Origem das definições privacidade/dados pessoais

O conceito de dados pessoais surgiu com a “Internet, autodeterminação na sociedade da informação” (jurisp. Alemanha) vindo a exigir a transparência sobre coleta, finalidades, utilização, direito de acesso, retificação.

Na União Europeia: pessoa identificada ou identificável, direta ou indiretamente por meios com razoável probabilidade de serem utilizados pelo responsável pelo tratamento ou por qualquer outra pessoa (ex. nome, número de identificação, dados de localização, elementos específicos próprios à sua identidade física, fisiológica, genética, psíquica, econômica, cultural ou social) (correlações)

Nos Estados Unidos: *consumer centered*, ‘*personally identifiable information*’ (varia segundo o setor, o Estado. ex. na legislação bancária, informação pública é excluída) decorre de tradição cultural diferente.

Qual o conceito de dado pessoal? A LGPD traz um conceito bem abrangente de dado pessoal, definindo-o como toda informação relacionada a pessoa natural (pessoa física) identificada ou identificável.

São exemplos de dados pessoais: nome, CPF, RG, filiação, e-mail, endereço, data de nascimento, hábitos de consumo, geolocalização, identificadores eletrônicos, entre outros.

Quem é o titular dos dados pessoais? O titular dos dados pessoais é a pessoa natural (pessoa física) a quem se referem os dados pessoais que são objetos de tratamento.

O respeito à vida privada é essencial para a liberdade e a felicidade individuais e o funcionamento democrático da sociedade. Necessário liberar o indivíduo dos imperativos comerciais (*profiling* do consumidor)

6 Decreto n. 10.474, de 26 de agosto de 2020. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança.

e dos imperativos institucionais (*profiling* do “dissidente” que contesta a ordem estabelecida) espaço para respirar e ser criativo.

Necessária para salvaguardar interesses importantes numa sociedade democrática ou outros direitos fundamentais (ex. segurança pública, liberdade de expressão/de imprensa).

Em recente decisão⁷, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu pela obrigatoriedade da prévia autorização do consumidor para o compartilhamento de seus dados.

A relatoria reafirmou a impreteribilidade do notificar o consumidor acerca do compartilhamento de dados comuns fornecidos durante a prestação, ainda que não se configurem como dados sigilosos ou sensíveis, não podendo a empresa responsável pelo tratamento de dados cedê-los de qualquer forma, salvo mediante anuência expressa. Neste sentido, cumpre observar que o entendimento do STJ vai ao encontro da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que apesar de ainda não estar vigente, foi contemplada adequadamente.

Segundo a ministra Nancy Andrighi, relatora, em se tratando de compartilhamento das informações do consumidor pelos bancos de dados, deve ser observada a regra do inciso V do artigo 5º da Lei 12.414/20118 (Lei do Cadastro Positivo), a qual assegura ao cadastrado o direito de ser informado previamente sobre a identidade do gestor e sobre o armazenamento e o objetivo do tratamento dos dados pessoais.

1.2 A Proteção de dados como direito fundamental

Tramita no Senado a PEC 17/19, que inclui a proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais. A proposta também fixa competência privativa da União para legislar sobre a proteção e o tratamento de dados pessoais.

Para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais, a PEC 17/19, dá nova redação ao artigo 5º da Constituição Federal. O texto inicial acrescenta ao dispositivo o inciso XII-A, estabelecendo que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais”.

A aplicação da publicidade nunca foi absoluta e uma interpretação mitigada tem por base a dualidade existente entre a necessidade de

7 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias/Compartilhamento-de-informacoes-de-banco-de-dados-exige-notificacao-previa-ao-consumidor.aspx>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

8 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm#art5v>. Acesso em: 10 ago. 2020.

produzir efeitos *erga omnes* e a proteção de dados pessoais voltados para tutelas específicas, como direito de família ou proteção de crianças, adolescentes e incapazes, limitações que têm por escopo proteger a dignidade humana (art. 1º, inc. III, CF/88), a intimidade (art. 5º, incs. X e LX e art. 93, inc. IX, CF/88) ou o interesse social (art. 5º, inc. LX, CF/88).

O STF reconhece o direito fundamental à proteção de dados pessoais em julgamento sobre a suspensão da MP n. 954/20209.

Em um julgamento histórico de 5 (cinco) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIn), ocorrido nos dias 6 e 7 de maio de 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, determinou a suspensão da eficácia da Medida Provisória n. 954/2020. A decisão do Plenário referendou a liminar anteriormente deferida pela Relatora das ações, Ministra Rosa Weber.

A ministra do Supremo Tribunal Federal (STF) Rosa Weber atendeu ao pedido de liminar feito pelo Psol, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6390, para suspender a Medida Provisória 954/2020. A MP determina que empresas de telefonia repassem dados de clientes pessoa física e jurídica, como nome, endereço e telefone, para o IBGE realizar a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, que mede o desemprego.

As cinco ADIn¹⁰, ajuizadas por partidos políticos e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), questionavam dispositivos da MP, que autorizava o compartilhamento de dados pessoais pelas empresas de telefonia com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O objetivo do tratamento das informações pessoais seria possibilitar a produção estatística oficial, durante a situação de emergência decorrente da pandemia da Covid-19¹¹.

9 MENDES, Laura Schertel. Decisão histórica do STF reconhece o direito fundamental à proteção de dados pessoais. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

10 ADIs n. 6387, 6388, 6389, 6393, 6390.

11 Desde o início de fevereiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) passou a chamar oficialmente a doença causada pelo novo coronavírus de Covid-19. COVID significa *Corona Virus Disease* (Doença do Coronavírus), enquanto “19” se refere a 2019, quando os primeiros casos em Wuhan, na China, foram divulgados publicamente pelo governo chinês no final de dezembro. A denominação é importante para evitar casos de xenofobia e preconceito, além de confusões com outras doenças. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/pergunta/por-que-doenca-causada-pelo-novo-virus-recebeu-o-nome-de-covid-19>>. Acesso em: 10 ago. 2020

A Suprema Corte entendeu que a Medida Provisória poderia trazer riscos a direitos fundamentais, como a intimidade, a privacidade e a proteção de dados.

Em outro julgamento¹², o Supremo Tribunal Federal (STF), deferiu parcialmente medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6529 para estabelecer que os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN) somente podem fornecer dados e conhecimentos específicos à Agência Brasileira de Inteligência (ABIN)¹³ quando for comprovado o interesse público da medida, afastando qualquer possibilidade desses dados atenderem a interesses pessoais ou privados. Segundo a decisão majoritária, que deu interpretação conforme a Constituição ao parágrafo único do artigo 4º da Lei 9.883/1999, toda e qualquer decisão que solicitar os dados deverá ser devidamente motivada, para eventual controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Os ministros também decidiram que, mesmo se houver interesse público, os dados referentes às comunicações telefônicas ou sujeitos à análise da Justiça não podem ser compartilhados com base no artigo 4º da Lei 9.883/1999, que instituiu o Sisbin e criou a Abin, em razão de limitação aos direitos fundamentais. O STF declarou, ainda, que, nas hipóteses cabíveis de fornecimento de informações e dados à Abin, é imprescindível a instauração de procedimento formal e a existência de sistemas eletrônicos de segurança e registro de acesso, inclusive para efeito de responsabilização, em caso de eventuais omissões, desvios ou abusos.

Ao dar interpretação conforme a Constituição à lei que criou a Abin, o Plenário afastou a possibilidade de que o compartilhamento atenda a interesses pessoais ou privados

As decisões vão ao encontro da Proposta de Emenda à Constituição 17/2019¹⁴ que propõe a inclusão da proteção de dados pessoais dentre os

12 Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449549&ori=1>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

13 Órgão central de um sistema que reúne 38 integrantes – o Sistema Brasileiro de Inteligência –, a ABIN tem por missão assegurar que o Executivo Federal tenha acesso a conhecimentos relativos à segurança do Estado e da sociedade, como os que envolvem defesa externa, relações exteriores, segurança interna, desenvolvimento socioeconômico e desenvolvimento científico-tecnológico. Disponível em: <<http://www.abin.gov.br/institucional/a-abin/>>. Acesso em 10 ago. 2020.

14 Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>> Acesso em: 10 ago. 2020.

direitos e garantias fundamentais, bem como a fixação de competência privativa da União para legislar sobre o tema.

2. Tratamentos de Dados Pessoais pelo Poder Público

Toda decisão de solicitação de dados deve ser motivada, ou seja, precisa ficar documentado qual o objetivo do pedido de informações. A LGPD, inclusive, traz um capítulo específico sobre o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público.

O principal requisito permissivo para o tratamento de dados pessoais pela Administração Pública é o que está presente no artigo 7º, III

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários **à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres**, observadas as disposições do Capítulo IV desta lei; (grifos nossos)

Execução de políticas públicas é, portanto, a principal e indubitavelmente a melhor justificativa para que o setor público realize qualquer tipo de tratamento de dados. Sendo este um conceito muito amplo, dando larga margem para a manipulação dos dados pessoais pelo setor público, uma vez que é inerente à própria existência do Estado a consecução de políticas públicas.

Ocorre que a LGPD não define o que seria considerado um “incidente de segurança” e também não traz delimitações do que seria um incidente com potencial de risco, tendo deixado tais parâmetros para a Autoridade de Proteção de Dados Pessoais (ANPD), criada pela Medida Provisória 869/18, convertida na Lei n. 13.853, de 8 de julho de 2019.

Enquanto a ANPD não regulamenta estas lacunas, o Regulamento Geral Europeu de Proteção de Dados Pessoais (GDPR)¹⁵ se mostra como uma direção interpretativa que não pode ser ignorada, principalmente, pela semelhança da lei brasileira com este texto.

Vale ainda dizer que a LGPD, em seu Art. 6º, busca garantir que nossos dados pessoais sejam utilizados com propósitos legítimos, com finalidades específicas; exige que haja informação sobre a forma e a duração do tratamento; exige informações claras e precisas sobre a realização do tratamento; determina medidas aptas a proteger os dados

15 Disponível em: <<https://gdpr-info.eu/>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

pessoais de acessos não autorizados; proíbe o tratamento de dados pessoais para fins discriminatórios, etc.

Deve ser tratada considerando a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram a sua disponibilização. A LGPD define, por exemplo, que uma organização pode, sem precisar pedir novo consentimento, tratar dados tornados anterior e manifestamente públicos pelo titular.

Ao analisar a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei 13.709/18, precisamente no artigo 7º, verifica-se que o texto legal é categórico ao elencar o rol taxativo das hipóteses para tratamento de dados, sendo cristalina a necessidade do consentimento do titular nos termos do §5º deste dispositivo.

Vejam os: § 5º O controlador que obteve o consentimento referido no inciso I do caput deste artigo que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas nesta Lei.

O objetivo deste artigo, no entanto, é tratar de um específico ponto da nossa nova lei, uma exceção ao consentimento exigido do titular para o uso de suas informações pessoais (uma das principais hipóteses autorizadoras para o processamento de dados por entes privados), descrita de forma tímida em um parágrafo, mas cujo papel pode ser estratégico na atividade de quem está sujeito a essa legislação. Trata-se do §4º do art. 7º da LGPD, no qual se lê:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

§ 4º É dispensada a exigência do consentimento previsto no caput deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta lei.

O Art. 7º, § 7º, da LGPD, estipula que o tratamento de dados pessoais disponíveis publicamente, sejam eles tornados públicos pelo próprio titular ou disponibilizados por ente público, pode ser realizado para finalidades diferentes daquela que motivou sua publicização inicial.

Devem ser observados nestes casos, porém, os propósitos legítimos e específicos para o novo uso dos dados, sendo o conceito do “propósito legítimo” a chave para avaliar a licitude de tal uso.

Com a opção legislativa por exigir somente o “propósito legítimo” – e não “legítimo interesse” – para fundamentar o tratamento de dados disponíveis publicamente, depreende-se que a intenção do legislador foi criar um fundamento legal mais flexível para esse tipo de tratamento, reconhecendo a importância e finalidade de fontes públicas de dados pessoais. Na própria exposição de motivos da emenda parlamentar que levou à criação do Art. 7º, § 7º, relator reconhece que, “quando ele é publicamente acessível, o dado pessoal passa a ser um importante elemento para a realização de análises e estudos, [...] promovendo competitividade, inovação, empregabilidade e prosperidade”.

Em um ambiente de análise de enorme volume de dados (*Big Data*) é comum haver usos secundários mais inovadores do que aqueles que justificaram a própria coleta original de dados pessoais. Daí a relevância desse tipo de tratamento e, como consequência, da discussão sobre o seu cabimento ou não.

Assim, o art. 7º, § 7º da LGPD, pode oferecer maior maleabilidade para o tratamento de dados pessoais disponíveis publicamente, mas também não deve ser compreendido como uma carta branca para uso irrestrito dessas informações – o “princípio da finalidade” aplicado às atividades de tratamento de dados pessoais deve prevalecer.

E, no mesmo §7º acrescentado pela nova redação da MP 869/2018, a LGPD ainda garante a preservação dos direitos do titular no caso de tratamento de dados disponíveis publicamente. Isso inclui, por exemplo, o direito de o titular receber informações claras e precisas sobre o tratamento de suas informações pessoais, bem como de solicitar acesso a seus dados e exigir a correção de informações incorretas.

Ao mencionar os “propósitos legítimos” como fundamento para o tratamento posterior de dois grupos de dados pessoais – aqueles “cujo acesso é público” (art. 7º, §3º) e os “tornados manifestamente públicos pelo titular” (art. 7º, §4º) –, a MP 869/2018 parece conferir maior segurança ao uso de dados para novas finalidades não imaginadas por ocasião de sua coleta. É certo, porém, que o conteúdo normativo desses “propósitos legítimos”, que servirão de fundamento para o uso secundário de dados pessoais, ainda deve ser lido em atenção às finalidades de

cada tratamento, a serem examinadas mesmo quando o acesso a esses dados for público.

2.1 Informação pessoal na Lei de Acesso à Informação (LAI)

Segundo a LGPD, a informação pessoal é aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável. Neste caso existe restrição de acesso: respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais Ex.: endereço residencial e eletrônico; número do telefone; informações médicas e sociais; informações financeiras (sigilo bancário e fiscal); informações sobre relacionamentos amorosos; preferências pessoais; divulgação de fotos e dados biométricos.

A LGPD afirma que as pessoas jurídicas de direito público referidas na Lei de Acesso à Informação (LAI) estarão submetidas à legislação.

O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do Artigo 1º da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação)¹⁶, deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que: Sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos; e seja indicado um encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais.

Qual a proteção atual no âmbito da Administração Pública? Lei de Acesso à Informação:

- Publicidade como preceito geral e sigilo como exceção (art. 3º, I, LAI);
- Preocupação central com a divulgação da informação, visando o desenvolvimento da cultura da transparência e do controle social da administração pública (art. 3º, IV e V, LAI);
- Dever do Estado de proteger a informação pessoal e sigilosa.

16 LAI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020.

- Segundo a LAI e jurisprudências sobre o tema, as informações relativas à servidores públicos, não há restrição à divulgação de remuneração por exemplo.
- O que seria informação pessoal na Lei de Acesso à Informação (LAI)?

Art. 31, LAI.

O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§ 1o As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

Segundo a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, o tratamento de dados pessoais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (art. 1º da LGPD).

A LGPD em seu Art. 5º. X –dispõe sobre tratamento: como “toda operação realizada com dados pessoais”, como as que se referem à coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

Consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.

Quais são as características do consentimento informado? (artigo 8º e 9º)

1. Por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular; Se fornecido por escrito, deve constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais.

2. Cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei;
3. O consentimento deve ter “finalidade determinada”. As autorizações genéricas serão consideradas nulas;
4. O consentimento pode ser revogado a qualquer momento “mediante manifestação expressa do titular”, por procedimento gratuito e facilitado.
5. O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que devem ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva, em especial sobre: - finalidade específica do tratamento; - forma e duração do tratamento; - identificação do controlador; - informações sobre eventual uso compartilhado; - indicação dos direitos do titular, previstos em lei (art. 18 da Lei) Se as informações acima mencionadas tiverem conteúdo enganoso ou abusivo, o consentimento será considerado nulo.
6. O titular pode opor-se a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto na Lei (artigo 18, §2º) e facilitado.

Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.

- Confirmação da existência de tratamento;
- Acesso aos dados, correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados e eliminação dos dados;
- Anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;
- Portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa;
- Informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados;
- Informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa;
- Revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei.

- A LGPD elenca as possibilidades em que os dados pessoais poderão ser tratados.

São elas:

- Mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
- Para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- Pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres;
- Para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
- Quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;
- Para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral;
- Para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- Para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias;
- Quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiros, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais;
- ou para a proteção do crédito.

Na realização de estudos em saúde pública, os órgãos de pesquisa poderão ter acesso a bases de dados pessoais, que serão tratados exclusivamente dentro do órgão e estritamente para a finalidade de realização de estudos e pesquisas e mantidos em ambiente controlado e seguro, conforme práticas de segurança previstas em regulamento específico e que incluam, sempre que possível, a anonimização ou pseudonimização dos dados, bem como considerem os devidos padrões éticos relacionados a estudos e pesquisas.

Sobre este tema os autores Chiara Spadaccini de Tefé e Mario Viola¹⁷ tratam a despeito:

17 TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. **Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Disponível

“Voltando para os parágrafos do Art. 11 da LGPD, a comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica poderá ser objeto de vedação ou de regulamentação por parte da Autoridade Nacional, ouvidos os órgãos setoriais do Poder Público, no âmbito de suas competências. Segundo a Lei, é vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, desde que observado o § 5º deste artigo, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, em benefício dos interesses dos titulares de dados, e para permitir: I - a portabilidade de dados quando solicitada pelo titular; ou II - as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços de que trata este parágrafo.” (TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. 2020)

O órgão de pesquisa será o responsável pela segurança da informação prevista no caput deste artigo, não permitida, em circunstância alguma, a transferência dos dados a terceiro.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista que atuam em regime de concorrência terão o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito privado.

Já as empresas públicas e as sociedades de economia mista, quando estiverem operacionalizando “políticas públicas”, terão o mesmo tratamento dispensado aos órgãos públicos (art. 24):

Art. 24. As empresas públicas e as sociedades de economia mista que atuam em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no art. 173 da Constituição Federal, terão o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito privado particulares, nos termos desta Lei.

Parágrafo único. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, quando estiverem operacionalizando políticas públicas e no âmbito da execução delas, terão o mesmo tratamento dispensado aos órgãos e às entidades do Poder Público, nos termos deste Capítulo.

em: <<http://civilistica.com/tratamento-de-dados-pessoais-na-lgpd/>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

Já os serviços notariais e de registro exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, terão o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito público.

Para os cartórios, a LGPD definiu que se aplicarão as mesmas regras do tratamento pelo Poder Público (artigo 23 e seguintes), e, considerando a natureza dos serviços previstos nas leis 6.015/73 e 8.935/945, é evidente que uma imensa quantidade de dados pessoais é diariamente tratada pelos cartórios extrajudiciais, exigindo dos notários e registradores muita precaução.

Serviços notariais e de registro (art. 23 § 4º)

Art. 23 da LGPD

§ 4º Os serviços notariais e de registro exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, terão o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas referidas no caput deste artigo, nos termos desta Lei.

§ 5º Os órgãos notariais e de registro devem fornecer acesso aos dados por meio eletrônico para a administração pública, tendo em vista as finalidades de que trata o *caput* deste artigo.

A verdade é que a LGPD, com suas diversas obrigações e princípios traz uma série de desafios a serem vencidos pelos agentes de tratamento, como – por exemplo: (i) garantir aos titulares o regular exercício de todos os direitos previstos na lei (portabilidade, confirmação do tratamento, cópia dos dados, anonimização...); (ii) garantir que o acesso aos dados pessoais é conferido apenas àqueles colaboradores/terceirizados que devam ter acesso; (iii) adequar corretamente as hipóteses legais de tratamento (às vezes, partir para obter o consentimento pode não ser a melhor alternativa); (iv) garantir a segurança dos dados pessoais durante todo o ciclo de vida, gerando trilhas auditáveis; e (v) mudar a cultura, conscientizar e treinar colaboradores e terceirizados.

Fato é que, quando se fala em proteção de dados pessoais, não há como se afastar da temática atinente à segurança, incluindo a da informação. Já no artigo 1º da Lei 8.935/94¹⁸, que regulamenta o artigo 226 da CF/88, observa-se que os serviços notariais e de registro destinam-se, dentre outros pontos, a conferir segurança aos atos jurídicos.

Ao falar em segurança, o legislador não se limita à segurança jurídica, abarcando também a segurança físico-lógica das informações

18 Lei dos Notários e Registradores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18935.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020.

disponibilizadas ao notário e ao registrador, sendo dever de tais profissionais guardarem em locais seguros os livros, papéis e documentos de sua serventia; guardar sigilo sobre a documentação e os assuntos de natureza reservada que tenham conhecimento em razão do exercício da função (artigo 30, I e VI da Lei 8.935/94).

De mais a mais, a Lei 8.935/94 “Lei dos Notários e Registradores”, no artigo 42, exige que os papéis referentes aos serviços dos notários e dos oficiais de registro sejam “arquivados mediante utilização de processos que facilitem as buscas” e, lá no artigo 46, dispõe que “os livros, fichas, documentos, papéis, microfilmes e sistemas de computação deverão permanecer sempre sob a guarda e responsabilidade do titular de serviço notarial ou de registro, que zelará por sua ordem, segurança e conservação.”

Como se vê, bem antes da LGPD, a legislação setorial já continha direcionamentos quanto à necessidade de garantia da “tríade base da segurança da informação”, a “CID”: Confidencialidade, Integridade e Disponibilidade das informações.

A LGPD não se aplicará ao tratamento de dados pessoais:

- Realizado por pessoa natural (pessoa física) para fins exclusivamente particulares e não econômicos;
- Realizado para fins exclusivamente: jornalístico e artísticos; ou acadêmicos.
- Realizado para fins exclusivos de: segurança pública; defesa nacional; segurança do Estado; ou atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou
- Provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na LGPD.

Deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que:

sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal,

a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos;
seja indicado um encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 39 desta Lei.

E as exceções ao consentimento previstas na LAI? Subsistem diante da nova Lei? Subsiste a necessidade de cumprir a LAI (art. 23, §2º).

A Administração Pública não está sujeita às multas previstas nos incisos II e III. O regime sancionatório da LGPD não afasta o previsto na LAI.

A LGPD e a LAI possuem concepção semelhante sobre o que é dado pessoal. E as duas leis põem a salvo as informações pessoais dos titulares de dados pessoais no tocante à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem - sendo elas restritas aos titulares e aos agentes de tratamento dos dados pessoais.

As tutelas dizem respeito à pretensão do indivíduo de não ser foco de observação de terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características expostas a terceiros ou ao público em geral.

Observa-se que ambas as legislações visam resguardar a informação pessoal, os que as diferem é quanto ao processo de tratamento no ciclo de vida dos dados ante as políticas de privacidade e proteção, assim como suas bases legais e princípios autorizadores.

As entidades e os órgãos públicos que fizerem tratamento de dados em desconformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) poderão ser penalizados com:

- Advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;
- Publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;
- Bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização; e
- Eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração.

Além disso, os responsáveis poderão ser sancionados com as penas do Estatuto do Servidor Público, da Lei de Acesso à Informação (LAI) e da Lei de Improbidade Administrativa.

Lei de Acesso à Informação – Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011.

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

...

III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar:

I – recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta Lei, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa;

II – utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública;

III – agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação;

IV – divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal;

V – impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem;

VI – ocultar da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros; e

VII – destruir ou subtrair, por qualquer meio, documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado.

§ 1º Atendido o princípio do contraditório, da ampla

defesa e do devido processo legal, as condutas descritas no caput serão consideradas:

I – para fins dos regulamentos disciplinares das Forças Armadas, transgressões militares médias ou graves, segundo os critérios neles estabelecidos, desde que não tipificadas em lei como crime ou contravenção penal; ou
II – para fins do disposto na Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e suas alterações, infrações administrativas, que deverão ser apenadas, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos.
§ 2º Pelas condutas descritas no caput, poderá o militar ou agente público responder, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas Leis nos 1.079, de 10 de abril de 1950, e 8.429, de 2 de junho de 1992.

...

Art. 34. Os órgãos e entidades públicas respondem diretamente pelos danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou informações pessoais, cabendo a apuração de responsabilidade funcional nos casos de dolo ou culpa, assegurado o respectivo direito de regresso.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se à pessoa física ou entidade privada que, em virtude de vínculo de qualquer natureza com órgãos ou entidades, tenha acesso a informação sigilosa ou pessoal e a submeta a tratamento indevido.

Observa-se que não existe uma superioridade de uma lei sobre a outra, mas particularidade em ambas: uma em garantir o acesso à informação; em regra; e a outra em assegurar a privacidade dos dados pessoais.

É notório que ambas (LGPD e LAI) buscam resguardar a informação pessoal de terceiros não autorizados, porém apenas a LGPD transfunde na preocupação em ter análise de impacto de privacidade documentada, políticas de privacidade e proteção documentada, políticas de respostas a incidentes.

Desta forma, nota-se que as leis, apesar de suas peculiaridades, mais contribuem para a proteção de dados pessoais comuns e especiais do que as repelem.

A LAI não tem no seu bojo previsão de pena pecuniária diante dos entes públicos da administração pública direta e indireta, porém os servidores podem responder perante a Lei de Improbidade Administrativa¹⁹, assim como responder a um possível PAD (Processo Administrativo); o caso concreto determinará tais ocorrências.

Entende-se quando da aplicação da LGPD, ante às instituições públicas, também será passível de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa com instauração de PAD aos servidores públicos. Destarte, tanto a LAI quanto a LGPD estão tendo como pano de fundo no ordenamento jurídico, a qual todos os agentes, servidores e empregados públicos devem ter como elemento norteador.

2.2 Do compartilhamento de dados pelo Poder Público

Sobre o compartilhamento de dados, a LGPD determina no art. 23 que os dados deverão ser mantidos em formato interoperável e estruturado para o uso compartilhado, com vistas à execução de políticas públicas, à prestação de serviços públicos, à descentralização da atividade pública e à disseminação e ao acesso das informações pelo público em geral.

Art. 25. Os dados deverão ser mantidos em formato interoperável e estruturado para o uso compartilhado, com vistas à execução de políticas públicas, à prestação de serviços públicos, à descentralização da atividade pública e à disseminação e ao acesso das informações pelo público em geral.

O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, como previsto no art. 26 da LGPD:

Art. 26. **O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta Lei.** § 1º É vedado ao Poder Público transferir a entidades privadas dados pessoais constantes de bases de dados a que tenha acesso, exceto:
I - em casos de execução descentralizada de atividade pública que exija a transferência, exclusivamente para esse fim especí-

¹⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em 10 ago. 2020.

fico e determinado, observado o disposto na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação);

II- (...)

III - nos casos em que os dados forem **acessíveis publicamente**, observadas as disposições desta Lei.

IV - quando houver previsão legal ou a transferência for respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; ou (Incluído pela Lei n. 13.853, de 2019)

V - na hipótese de a transferência dos dados objetivar exclusivamente a prevenção de fraudes e irregularidades, ou proteger e resguardar a segurança e a integridade do titular dos dados, desde que vedado o tratamento para outras finalidades. (Incluído pela Lei n. 13.853, de 2019)

§ 2º Os contratos e convênios de que trata o § 1º deste artigo deverão ser comunicados à autoridade nacional. (grifado)

Já o art. 27 da LGPD trata sobre o procedimento formal da disponibilização de dados a terceiros:

Art. 27. A comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais de pessoa jurídica de direito público a pessoa de direito privado será informado à autoridade nacional e dependerá de consentimento do titular, exceto:

I - nas hipóteses de dispensa de consentimento previstas nesta Lei;

II - nos casos de uso compartilhado de dados, em que será dada publicidade nos termos do inciso I do caput do art. 23 desta Lei [titular dos dados deve ser informado sobre a finalidade e procedimentos para tratamento dos dados]; ou

III - nas exceções constantes do § 1º do art. 26 desta Lei.

Como já decidido pelo próprio Supremo Tribunal Federal e indubitável leitura do *caput* do art. 26 da LGPD, é permitido o uso compartilhado de dados pelo Poder Público, desde que tenha por objetivo atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º da lei:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possi-

bilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Originalmente, o Poder Público apenas poderia compartilhar dados com entidades privadas em caso de execução descentralizada de atividade pública que exija a transferência, exclusivamente para esse fim específico e determinado; e nos casos em que os dados forem acessíveis publicamente.

Com a edição da Medida Provisória 869/18, o Poder Público também poderá compartilhar dados com entidades privadas se for indicado um encarregado; quando houver previsão legal ou a transferência for respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; ou na hipótese de a transferência dos dados objetivar a prevenção de fraudes e irregularidades, ou proteger e resguardar a segurança e a integridade do titular dos dados.

No mais, é importante destacar que a LGPD tornou obrigatória a observância dos princípios *Privacy By Design* e *Privacy By Default*, pelos quais as entidades devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas, aptas a proteger os dados pessoais desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução.

Embora um dado pessoal tornado público (pelo próprio titular ou terceiros, inclusive pelo Estado) siga sendo um dado pessoal protegido pela LGPD, a nova redação do artigo 7º, §7º, deixa claro que tal informação poderá ser utilizada para novas finalidades (diferentes daquelas pelas quais o dado se fez público), desde que observados os propósitos legítimos e específicos para o novo tratamento e a preservação dos direitos do titular, assim como os fundamentos e os princípios previstos na LGPD. Isso significa que, embora claramente seja possível utilizar um dado de acesso público para novas finalidades, será necessário que a empresa realize um teste de proporcionalidade e balanceamento de suas intenções, para que se avalie se estão de acordo com os requisitos trazidos por esse dispositivo legal, quais sejam: (i) propósito legítimo e específico, (ii) preservação dos direitos dos titulares e (ii) fundamentos e princípios da LGPD.

Vale lembrar que, enquanto a LGPD “original” apresentava vedação genérica em relação ao compartilhamento de dados de saúde para finalidades econômicas (com exceção apenas para hipóteses de portabilidade de dados solicitada pelo titular ou de consentimento - sendo que essa última, em nosso entendimento, ainda pode ser apoiada na própria base legal do consentimento específico e destacado para tratamento de dados sensíveis), a MP pretendia ampliar a autorização legal para compartilhamentos dessa natureza sempre e quando fossem necessários para “adequada prestação de serviços de saúde suplementar”, expressão genérica e ampla que acabou não vingando na versão final da Lei, como visto acima.

Caso venha a haver alguma alteração na motivação do uso dos dados ou na finalidade do repasse para outras organizações, deverá ser realizado um novo pedido de autorização para o usuário.

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) poderá solicitar a elaboração de relatório de impacto à proteção de dados pessoais aos órgãos do Poder Público.

A ANPD poderá solicitar a agentes do Poder Público a publicação de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais e sugerir a adoção de padrões e de boas práticas para os tratamentos de dados pessoais pelo Poder Público.

As regras de boas práticas e de governança deverão ser publicadas e atualizadas periodicamente e poderão ser reconhecidas e divulgadas pela autoridade nacional.

A ANPD estimulará a adoção de padrões técnicos que facilitem o controle pelos titulares dos seus dados pessoais.

O encarregado, também conhecido por DPO (*Data Protection Officer*) é a pessoa indicada pelo controlador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Com a nova redação dada pela Lei n. 13.853, de 2019, o encarregado poderá ser pessoa natural (pessoa física) ou pessoa jurídica. (art. Art. 5º, inciso VIII).

Se o órgão do Poder Público compartilha dados pessoais constantes de sua base de dados com entidades privadas deverá obrigatoriamente indicar um encarregado (*Data Protection Officer*, ou DPO).

Pesquisadores concluíram que o poder público não vem adotando boas práticas de segurança e proteção de dados pessoais no desenvolvimento desses aplicativos, uma vez que adotam um tipo de permissão abrangente e não esclarecem para qual finalidade específica deve ser concedida determinada permissão ou ainda qual a política pública que está vinculada à coleta daquele dado ou ainda a base legal que permite tal procedimento. Esse modo de operação contraria as melhores práticas de segurança da informação que orientam que seja utilizado o modelo de obtenção de permissão específica, além disso, contrariando também os princípios expressos no artigo 6º da LGPD especialmente no que diz respeito à finalidade, inciso I e minimização da coleta, inciso III.

3. Da aplicação da LGPD no Registro Empresarial

A LGPD impactará nas Juntas Comerciais? Sim. Vale lembrar que a Junta Comercial é encarregada de executar os registros das empresas e

logo possui ampla reserva de dados explicitados nos regulamentos do DREI. Cabe a Junta Comercial, na condição de entidade da Administração Pública, o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito público. Poderá ser demandada no dever de proteção de dados (Capítulo IV, art. 23 da Lei n. 13.709/2008 – LGPD) e o art. 1º da Lei n. 12.527/2011 – LAI.

O Código Civil de 2002, em substituição ao antigo Código Comercial, regulamenta o Direito de Empresa em seus artigos 966 a 1.195 e refere-se aos registros de atos societários nos artigos 1.150 a 1.154.

Especificadamente em relação às Sociedades por Ações, o artigo 1.089 do Código Civil prevê que esse tipo societário será regido por lei especial (a Lei n. 6.404/76²⁰ - Lei de Sociedade por Ações e alterações posteriores), aplicando-lhes aos casos omissos, as disposições do Código Civil.

Além dos dispositivos da Constituição Federal e do Novo Código Civil, é de suma importância a observância dos dispositivos da Lei n. 8.934/94 (Lei de Registros Públicos de Empresas Mercantis)²¹ que regulamenta os aspectos formais e legais que devem ser observados quando da apresentação de atos societários de empresas mercantis (atuais sociedades empresariais) a registro. Essa Lei, que já sofreu algumas alterações, permanece em vigor mesmo após o advento do Novo Código Civil de 2002.

A própria Lei n. 8.934/94, em seu primeiro artigo traz expressamente as finalidades específicas do registro das empresas. São elas: dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis (art. 1º, I); cadastrar as empresas nacionais e estrangeiras em funcionamento no Brasil e manter atualizadas as informações pertinentes (art. 1º, II); proceder à matrícula dos agentes auxiliares do comércio, bem como a seu cancelamento (art. 1º, III).

Especificamente a publicidade no Registro Empresarial é demonstrada por diversas situações, com destaque para duas: na expedição de certidão a quem lhes pedir (art. 29, Lei 8.934), e nos compartilhamentos com outros órgãos públicos.

O artigo 29, da lei do registro de empresa, dispõe sobre a publicidade do registro, uma vez que “qualquer pessoa, sem necessidade de provar interesse, poderá consultar os assentamentos existentes nas Juntas Comerciais e obter certidões, mediante o pagamento do preço devido”.

20 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em 10 ago. 2020.

21 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8934.htm>. Acesso em 10 ago. 2020.

A partir dessas acepções podemos concluir que o registro se destina a conferir segurança aos atos e negócios jurídicos, e por meio dele qualquer membro da sociedade pode ter o conhecimento da realização e de detalhes relevantes desses atos e negócios jurídicos públicos ou privados.

Quanto à legislação pertinente sobre o tema, podemos destacar que a principal delas é a Lei n. 8.934/94 que disciplina o registro público dos atos dos empresários individuais e sociedades empresárias, bem como dos auxiliares do comércio. Além dessa lei, o atual Código Civil também tem papel importantíssimo ao dispor sobre vários aspectos, como, por exemplo, o registro não é elemento essencial à caracterização do empresário, que se qualifica como tal com o exercício da atividade empresarial, independentemente do seu registro (art. 966 do CC). No entanto, é obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade, conforme dispõe próprio artigo 967 do CC.

A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento contendo a sua qualificação: nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado o regime de bens, o capital, o objeto e a sede da empresa (artigo 968 do CC). Ademais, se o empresário individual venha a admitir sócios poderá solicitar ao Registro Público de Empresas Mercantis a transformação de seu registro de empresário, observando-se, as normas sobre transformação da sociedade, nos termos do parágrafo §3º do mesmo diploma acima mencionado.

Sobre as informações prestadas por certidão, a ampla publicidade do Registro Empresarial ocorre da seguinte forma: a “Certidão Específica” com “teor solicitado”, cuja emissão exige o pagamento de uma taxa, é constituída de elementos que o usuário não consegue formatar ou selecionar a partir dos dados constantes nas Juntas Comerciais. Podem ser, por exemplo, de cláusulas específicas de atos arquivados na Junta Comercial, a relação dos imóveis integralizados ao capital, dados referentes a arquivamentos antigos, o tempo em que o sócio permaneceu na empresa, ou outras informações não atreladas diretamente à Ficha Cadastral.

O Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (SINREM) é composto por dois órgãos: o Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI) e as Juntas Comerciais. O antigo DNRC (Departamento Nacional de Registro do Comércio) foi extinto pelo Decreto 8.001/2013 em decorrência da criação da Secretaria da Micro e Pequena Empresa pela Lei n.12.792/13.

De qualquer modo, o atual Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI) é um órgão federal que normatiza e fiscaliza os atos de registro. Dentre suas funções específicas, destacam-se quatro:

- a) função normativa de estabelecer com exclusividade as normas gerais do registro.
- b) função de fiscalização jurídica das Juntas Comerciais em observância a normas legais e regulamentadoras do Registro Público.

As regras gerais do Registro Público de Empresas foram consolidadas em um só documento público. Foi publicada no Diário Oficial da União a *Instrução Normativa nº 81*, que revisa as diretrizes expedidas pelo Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI), desde o ano de 2013, acerca da regulamentação do registro empresarial, bem como de toda a legislação pertinente. Ao todo, foram revogadas 56 normas, sendo 44 instruções normativas e 12 ofícios circulares.

A LGPD protegerá os dados das pessoas jurídicas? Não. A lei somente protegerá os dados pessoais das pessoas naturais (pessoas físicas). Dados de pessoas jurídicas, como os números de CNPJs não serão protegidos pela legislação.

Dessa forma, lembramos novamente, como nos atos da vida civil, o registro de empresa garante a publicidade dos atos ali inseridos, dando a qualquer pessoa o direito de consultar os assentamentos e obter as certidões que desejar, independentemente de prova de interesse. Todos os atos são públicos.

A LGPD prevê dois tipos de dados: os dados pessoais e os dados sensíveis (art. 5º, LGPD). Dados pessoais são aqueles referentes à pessoa natural cujo teor deve ser público, por exemplo, o seu estado civil, a sua filiação, a sua idade, o seu nome. Esses dados pessoais podem ser livremente divulgados pelo registrador civil, como sempre o fez por meio das certidões e remessa de relatórios a diversos órgãos públicos, conforme previsto em lei.

Contudo, nem todos os dados guardados no Registro Empresarial podem ser objeto de publicidade. Dados sobre a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político; referente à saúde ou vida sexual, dado genético ou biométrico são denominados pela LGPD como dados sensíveis (art. 5º, inc. II, LGPD). Esses devem ter publicidade controlada (art. 11, LGPD) e não podem ser livremente divulgados.

Também há previsão na lei do tratamento dos dados pessoais para acesso ao público (art. 7º, parágrafo 3º, LGPD). Para que seja disponibilizado, deve haver interesse público, somado à comprovação de finalidade e boa-fé na disponibilização.

De tudo, parece que o compartilhamento de dados pessoais pelo Poder Público tem sua previsão específica na LGPD e deve servir apenas para atender a finalidades vinculadas e execução de políticas públicas, devendo respeitar os princípios da proteção de dados pessoais, que estão previstos no artigo 6º, dos quais se destaca o da necessidade. Com isso, há limite ao mínimo imprescindível para a realização de sua finalidade, abrangendo apenas os dados pertinentes, proporcionais e não excessivos.

4. Conclusão

A “finalidade” é o principal princípio que embasa a LGPD nesse ponto, pois todo e qualquer compartilhamento de dados pessoais deve ser feito com fulcro na realização do fim que justificou a coleta do dado e ainda que foi informado à parte. Naturalmente, a finalidade deve preceder a coleta de dados e a ela fica vinculada para quaisquer atividades. A partir dela é que se compreende a racionalidade que presidiu o envio de dados. Logo, é ela o critério norteador de qualquer aplicação.

É preciso compreender que o compartilhamento de dados deve ser verificado à luz das Políticas Públicas e finalidades institucionais dos receptores do envio de dados pessoais, com vistas ao cumprimento da LGPD.

Assim, ainda pairam muitas dúvidas sobre os dados hoje enviados pelas Juntas Comerciais aos contratantes privados e/ou requisitantes de dados massivos que não seja o próprio Poder Público.

Portanto, a autorização legal do art. 29 da Lei 8.934/1994, que dispõe sobre a publicidade do registro empresarial, não excepciona o comando do art. 26, §1º, IV da lei 13.709/2018, que trata da permissão ao Poder Público transferir a entidades privadas dados pessoais constantes de base de dados.

A LGPD é bastante criteriosa ao se referir aos órgãos notariais e de registro, determinando de forma restritiva a necessidade de “*fornecer acesso a dados por meio eletrônico*” (art. 23, parágrafo 5º, LGPD). O dispositivo restringe as possibilidades quanto ao compartilhamento ou envio de dados e ratifica dispositivo anterior, que já mencionava que os serviços de registros públicos deveriam apenas disponibilizar ao Poder

Judiciário e ao Poder Executivo federal, por meio eletrônico e sem ônus, o acesso às informações (art. 41, Lei 11.977/09).

Resta claro que além da privacidade, a LGPD busca resguardar o compartilhamento ou acesso de dados e vinculá-lo às suas finalidades (art. 6º, incs. I, II e III, LGPD), evitando desvios e oportunismos no trato de dados pessoais, preservando as atribuições registrais e engrandecendo tal atribuição.

A responsabilização administrativa para os órgãos públicos e entidades de Registro Empresarial (Juntas Comerciais) não implica em multa (art. 52, parágrafo 3º LGPD), mas as sanções como bloqueio dos dados pessoais podem causar grande impacto na atuação pública:

Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II; IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;

VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração.

De acordo com o Centro de Tratamento e Resposta a Incidentes Cibernéticos de Governo (CTIR Gov)²², até o final de 2019, já haviam ocorrido mais de 9 mil incidentes de vazamentos de informações provenientes de órgãos ou entidades públicas. O que demonstra que o setor público assim como o privado precisam estar preparados para lidarem com o vazamento de informações.

22 O Centro de Tratamento e Resposta a Incidentes Cibernéticos de Governo (CTIR Gov) faz parte do Departamento de Segurança de Informação (DSI) do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República (GSI/PR). Disponível em: <<https://www.ctir.gov.br/alertas/>>. Acesso em: 10 ago. 2020..

Fatos que envolvam órgãos públicos, pela LGPD, não estarão sujeitos às sanções de multas, apenas a advertências e a eliminação de dados. Entretanto, isso não significa que servidores públicos envolvidos nos casos não sejam punidos ou penalizados.

Concluindo, faz-se necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre os direitos existentes no que toca à coleta de dados massivos dos usuários dos serviços público, realizando um juízo de ponderação entre a autonomia da vontade e a liberdade de contratar, traduzida pelo princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV da CF. c/c art. 2º, VI da LGPD) e o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais, cumprindo a Lei Geral de Proteção de Dados um relevantíssimo papel neste sentido.

Referências bibliográficas

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prodente do. **Desafios da LGPD em Relação à Implementação pelo Poder Público**. In:

BLUM, Renato Opice (Coord.). *Proteção de Dados. Desafios e Soluções na Adequação à Lei*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 84.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 3. **Sistema brasileiro de proteção e acesso a dados pessoais: análise de dispositivos da Lei de Acesso à Informação, da Lei de Identificação Civil, da Lei do Marco Civil da Internet e da Lei Nacional de Proteção de Dados**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/documentos-e-publicacoes/roteiros-de-atuacao/sistema-brasileiro-de-protecao-e-acesso-a-dados-pessoais-volume-3>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BIONI, Bruno R. **Autodeterminação informacional: paradigmas inconclusos entre a tutela dos direitos da personalidade, a regulação dos bancos de dados eletrônicos e a arquitetura da internet**. 2016. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civilconstitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11-12.

MEINBERG, Fred. **Consentimento versus Legítimo Interesse**. Disponível em: <<https://fredmeinberg.com.br/2019/04/17/consentimento-versus-legitimo-interesse/>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

MEINBERG, Fred. **Fred-Meinberg-E-Book-LGPD-no-poder-publico-e-cartorios**. Disponível em: <<https://fredmeinberg.com.br/e-book-l-g-p-d-governo/>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

MULHOLLAND, Caitlin et MATERA, Vinicius. **O Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público**. In: MULHOLLAND, Caitlin (Coord). A LGPD e o Novo Marco Normativo no Brasil, Porto Alegre: Arquipélogo, 2020, p. 224.

PIERI, José Eduardo de V.; BASTOS, Rodrigo Alberio Caldeira; SCHVARTZMAN, Felipe. **Dados pessoais 'públicos' são, de fato, públicos?** Site JOTA. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/dados-pessoais-publicos-sao-de-fato-publicos-30062019>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

SILVA, Érica Barbosa; RIBEIRO, Izolda Andréa de Sylos; ASSUMPÇÃO, Leticia Franco Maculan. **A lei geral de proteção de dados e o registro civil das pessoas naturais**. Site Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/315759/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-e-o-registro-civil-das-pessoas-naturais>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. **Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/tratamento-de-dados-pessoais-na-lgpd/>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

ZOMPERO, Rogério. **O registro público de empresas mercantis e atividades afins**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862. Teresina, ano 23, n.5367, 12 mar. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64025>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

PARECER JURÍDICO

9 O CONFLITO APARENTE DE NORMAS E O RECONHECIMENTO DE FIRMA NO REGISTRO EMPRESARIAL

CEZAR ROBERTO PERASSOLI CARDOSO

Especialista em Direito Administrativo Aplicado e em Direito Público. Graduado pela UFRGS. Advogado e Diretor de Registro Empresarial na Junta Comercial, Industrial e Serviços do Rio Grande do Sul (JucisRS).



O CONFLITO APARENTE DE NORMAS E O RECONHECIMENTO DE FIRMA NO REGISTRO EMPRESARIAL

Cezar Roberto Perassoli Cardoso

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo esclarecer aos usuários dos serviços as normas a serem seguidas quanto ao reconhecimento de firma das assinaturas no Registro de Empresas. Diversas normas tratam do assunto de forma diferente, a exemplo da Lei 13.726/2018, da Lei 8.934 e da Lei 9.784/1999, o que causa confusão aos usuários do serviço e ocasiona insegurança jurídica. A solução é construída com a utilização de técnicas de hermenêutica jurídica, sendo aplicado o princípio da especialidade normativa.

Palavras-chave: Conflito de normas. Reconhecimento de firma. Segurança jurídica

Abstract

The present work aims to clarify to the users of the services the rules to be followed regarding the signature recognition in the Companies Register. Several rules deal with the matter differently, such as Law 13.726/2018, Law 8934/1994, and Law 9.784/1999, which causes confusion for service users and causes legal uncertainty. The solution is built using legal hermeneutics techniques, applying the principle of normative specialty.

Keywords: Conflict of rules. Signature recognition. Legal certainty

O presente parecer tem como objetivo elucidar questionamento recorrente sobre a aplicação ou não das disposições da Lei Federal n. 13.726/2018 que “racionaliza atos e procedimentos administrativos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” aos atos levados a registro nas Juntas Comerciais.

A edição da lei federal representou na órbita administrativa um novo marco na relação cidadão e poder público, uma vez que possui fortes traços de desburocratização e simplificação, os quais foram internalizados por diversas esferas de governo, a exemplo do Decreto n. 55.439 de 2020 do Estado do Rio Grande do Sul.

A problemática no que tange à Lei Federal n. 13.726/2018 reside no fato de que alguns de seus dispositivos são contrários a orientações previstas na Lei Federal n. 8.934/1994, norma esta que regulamenta o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.

Questões atinentes a conflitos entre normas, conhecidos no mundo jurídico pelo nome de antinomias, são de extrema complexidade, uma vez que sempre vem acompanhados de uma carga muito forte de subjetividade e, infelizmente, de insegurança jurídica.

Neste ambiente confuso de normas jurídicas contraditórias, tem-se como imperativo aos corpos técnicos jurídicos nortear os usuários dos serviços das Juntas Comerciais (empresários, contadores e advogados), bem como os servidores responsáveis pela análise das formalidades legais de registro sobre a legislação que deverá ser aplicada no exercício de suas atividades.

Feitas as notas introdutórias, passa-se à elucidação dos problemas.

A Lei Federal n. 13.726/2018 encontra relevância na seara do Direito de Registro de Empresas Mercantis nas disposições de seu art. 3º, incisos I a III, os quais transcrevo para melhor elucidar o tema:

Art. 3º Na relação dos órgãos e entidades dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios com o cidadão, é dispensada a exigência de:

I - reconhecimento de firma, devendo o agente administrativo, confrontando a assinatura com aquela constante do documento de identidade do signatário, ou estando este presente e assinando o documento diante do agente, lavrar sua autenticidade no próprio documento;

II - autenticação de cópia de documento, cabendo ao agente administrativo, mediante a comparação entre o original e a cópia, atestar a autenticidade;

III - juntada de documento pessoal do usuário, que poderá ser substituído por cópia autenticada pelo próprio agente administrativo; (Brasil, 2018)

De todas as disposições acima previstas, a que encontra maior relevo prático, pois objeto de maior volume de consulta por parte dos usuários dos serviços das Juntas Comerciais, é a atinente à dispensa de reconhecimento de firma das assinaturas.

Diante do regramento acima previsto, podemos formular o seguinte questionamento: com o advento da Lei n. 13.726/2018 é necessário realizar o reconhecimento de firma das assinaturas nos documentos apresentados a registro nas Juntas Comerciais?

A resposta a essa pergunta não é intuitiva, pois necessária a análise dos fundamentos jurídicos que lastreiam o tema no âmbito de Registro Empresarial.

De acordo com as normas especiais, duas são as situações em que as Juntas Comerciais exigem o reconhecimento de firma das assinaturas dos signatários nos documentos.

A primeira hipótese encontra amparo na legislação especial do Registro Empresarial, qual seja a Lei n. 8.934/1994.

Referido diploma legal no tocante às orientações, dispensa, como regra, o reconhecimento de firma nos atos apresentados a arquivamento nas Juntas Comerciais, conforme *caput* do artigo 63 da Lei n. 8.934/1994, que diz que “os atos levados a arquivamento nas juntas comerciais são dispensados de reconhecimento de firma, exceto quando se tratar de procuração.”

Contudo, apesar da confiança dada pelo legislador aos usuários dos serviços de registro empresarial, este excepcionalizou a regra geral em apenas um caso, determinando o reconhecimento de firma das assinaturas dos signatários quando o documento apresentado for uma procuração.

Nestes casos, entendeu o legislador que o instrumento do negócio jurídico de mandato¹ necessita uma cautela especial, a qual é

1 O negócio jurídico de mandato consiste quando uma pessoa recebe de outra poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses, conforme inteligência do art. 653 do CC/2002.

compreensível pela característica de representação a ele inerente e dos problemas práticos (em especial litígios) que envolvem referida representação.

Já a segunda hipótese, consiste na solicitação de reconhecimento de firma das assinaturas pelos analistas e vogais, que compõe o corpo técnico das Juntas Comerciais, quando da existência de dúvida quanto à autenticidade da assinatura aposta no documento levado a registro.

A solicitação de reconhecimento de firma nos casos de dúvidas encontra amparo legal no §2º do art. 22 da Lei n. 9.784/1999, a qual versa sobre o processo administrativo, e tem como finalidade principal assegurar a segurança jurídica dos atos apresentados a registro na Junta Comercial (art. 1º da Lei n. 8.934/1994²).

A legislação administrativa assim trata sobre a matéria:

Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.
§ [...]

§ 2o Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.

Logo, diante da existência do regramento do art. 3º, I a III da Lei n. 13.726/2018 e das disposições do art. 63 da Lei n. 8.934 e art. 22 da Lei n. 9.784/1999, verificar-se-ia a existência de uma antinomia (conflito de normas), surgindo o questionamento de qual norma deve ser observada pelos usuários, pelos analistas e pelos vogais das Juntas Comerciais.

Ocorre que, como mencionado outrora, o conflito é apenas aparente, porquanto a solução deve ser dada com a aplicação de institutos hermenêuticos jurídicos. Com o escopo de esclarecer a questão, trago à baila os ensinamentos de Maria Helena Diniz quanto aos conflitos aparentes de normas:

A ordem jurídica prevê uma série de critérios para a solução de antinomias aparentes no direito interno, que são:

1) O hierárquico (*Lex superior derogat legi inferiori*), baseado na superioridade de uma fonte de produção jurídica sobre a outra; a ordem hierárquica entre as fontes servirá para

² Art. 1º O Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, subordinado às normas gerais prescritas nesta lei, será exercido em todo o território nacional, de forma sistêmica, por órgãos federais e estaduais, com as seguintes finalidades:

I - dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, submetidos a registro na forma desta lei;

solucionar conflitos de normas em diferentes níveis, embora, às vezes, possa haver incerteza para decidir qual das duas normas antinômicas é a superior.

2) O cronológico (*Lex posteriori derogat legi priori*), que remonta ao tempo em que as normas começaram a ter vigência, restringindo-se somente ao conflito de normas pertencentes ao mesmo escalão.

3) O de especialidade (*Lex specialis derogat legi generali*), que visa a consideração da matéria norma da com o recurso aos meios interpretativos. Para Bobbio, a superioridade da norma especial sobre a geral constitui expressão da exigência de um caminho de justiça, da legalidade à igualdade, por refletir, de modo claro, a regra da justiça *suum cuique tribuere*. (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, Volume 1: Teoria Geral do Direito Civil. 25 ed. São Paulo: Saraiva 2008).

Primeiramente, necessário identificar em quais critérios se enquadram as normas objeto de análise.

Em síntese, no presente caso verificamos a seguinte situação jurídica:

- a. Dispensa reconhecimento de firma – art. 3º, I a III da Lei 13.726/2018 (lei posterior e geral);
- b. Necessidade de reconhecimento de firma - art. 63 da Lei 8.934 e art. 22 da Lei 9.784/1999 (leis anteriores e especiais)

Constata-se, portanto, a existência de conflito entre normas posteriores e gerais versus normas anteriores e especiais.

Sobre a temática interpretativa, o Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados entendeu pela aplicação do princípio da especialidade das normas para fins de afastar o conflito aparente quando da edição de normas posteriores gerais. In verbis:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA. CARÁTER PROTETÓRIO. SEGUNDOS EMBARGOS. MERA REITERAÇÃO DOS PRIMEIROS. SÚMULA 98/STJ. (...) REVOGAÇÃO DO ART. 15-A DO DECRETO-LEI N. 3.365/1941 PELOS ARTS. 406 DO CÓDIGO CIVIL E 161, § 1º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. **INEXISTÊNCIA. ESPECIALIDADE.** [...]

5. Não há que se falar em revogação do art. 15-A do Decreto-Lei n. 3.365/1941 pelos arts. 406 do Código Civil e 161, § 1º, do Código

Tributário Nacional. **O conflito aparente resolve-se pelo princípio da especialidade das normas.** (grifo nosso) [...]

(STJ, REsp 1148453/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. NÃO OCORRÊNCIA. PRAZO PRESCRICIONAL. PREVALÊNCIA DE NORMA ESPECIAL. LEI ESTADUAL N. 10.177/98. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SÚMULA N. 280/STF. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO. [...]

II - Em razão do princípio da especialidade no conflito aparente de normas, as leis especiais sem sobrepõem às leis gerais. Assim, afasta-se a aplicação do Código Civil quando houver lei específica sobre a matéria, no caso dos autos, a Lei Federal n. 9.784/99 e Lei Estadual n. 10.177/98. (grifo nosso) [...]

(STJ, AgInt no AREsp 905.023/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 22/11/2017)

Depreende-se, portanto, que a aplicação do princípio da especialidade é o que melhor se amolda para resolução da controvérsia sobre qual norma deve ser aplicada, prevalecendo, portanto, as disposições da Lei n. 8.934/1994 e da Lei n. 9.784/1999.

Adito que não haverá qualquer prejuízo ao usuário dos serviços da JucisRS, tendo em vista que no Registro de Empresas a teor da inteligência do art. 63, caput, da Lei n. 8.934/1994 os atos apresentados, como regra, não necessitam de reconhecimento de firma das assinaturas, amoldando-se à finalidade desburocratizante do art. 3º, I, da Lei n. 13.726/2018.

Destaco que a legislação do Registro de Empresas tem perfil bastante evoluído para a sua época, porquanto apresenta critérios que se balizavam na boa fé e na confiança do usuário do serviço público de registro há mais de 20 (vinte) anos.

Conclui-se, portanto, que a previsão da Lei n. 13.726/2018 em nada altera a prestação de serviço das Juntas Comerciais, devendo ser respeitada a seguinte orientação:

- a. Os atos apresentados a registro, em regra, dispensam reconhecimento de firma das assinaturas;
- b. As procurações obrigatoriamente deverão ter a firma das assinaturas reconhecidas, conforme art. 63, caput, da Lei n. 8.934/1994;

- c. Nos documentos em que houver dúvida sobre a autenticidade das assinaturas, poderá ser solicitado o reconhecimento de firma das mesmas e OBRIGATORIAMENTE, conforme art. 22, §2º da Lei n. 9.784/1999.

Referências bibliográficas

BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. **Lei n. 8.934/1994**, de 18 de novembro de 1994. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências.

BRASIL. **Lei n. 9.784/1999**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

BRASIL. **Lei n. 13.726/2018**, de 8 de outubro de 2018. Racionaliza atos e procedimentos administrativos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e institui o Selo de Desburocratização e Simplificação.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 1: Teoria Geral do Direito Civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva 2008.

STJ. **AgInt no AREsp 905.023/SP**, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 22/11/2017

STJ. **REsp 1148453/SP**, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018

10

PARECER JURÍDICO

PUBLICAÇÕES SOCIETÁRIAS OBRIGATÓRIAS

ARMANDO LUIZ ROVAI

Doutor em Direito pela PUC/SP, Professor de Direito Comercial da Puc/SP e Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito MACKENZIE; Professor Convidado da GvLaw e do Insper (D. Societário). Ex-Presidente da JUCESP. Ex-Presidente do Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo. Membro da Comissão Mercado de Capitais do Conselho Federal da OAB. Integra o Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos CONJUR, da FIESP/IRS. Árbitro em arbitragens na Amcham - Câmara de Comércio Americana, na CCBC - Câmara de Comércio Brasil-Canadá e FIESP. Ex-Secretário Nacional do Consumidor – Senacon/MJ. Advogado em São Paulo.

PARECER JURÍDICO

Armando Luiz Rovai

Trata-se de consulta referente a questões de direito empresarial, conforme a seguir se verificará. Em apertada síntese, a aludida consulta visa analisar “a possibilidade de o jornal Data Mercantil ser enquadrado como um jornal de grande circulação, a fim de realizar as publicações oficiais das empresas”.

Em suma, os fatos trazidos pelo consulente são os seguintes:

- i. Trata-se da análise do Jornal Data Mercantil, a fim de verificar se o mesmo cumpre os requisitos para ser considerado um jornal de grande circulação.
- ii. Estudo sobre a possibilidade da Junta Comercial do Estado de São Paulo deferir processos que visem o arquivamento de publicações oficiais realizada no jornal Data Mercantil.
- iii. Por fim, analisar todas as questões intrínsecas aos jornais de grande circulação, sua área de abrangência e também a sua divulgação pelas vias digitais.

Diante desta breve síntese preambular, o consulente, enfim, submete-me os seguintes quesitos:

1 – Qual o conceito de Jornal de Grande Circulação?

2 - O Jornal Data Mercantil pode ser considerado um Jornal de Grande Circulação?

3 – O Jornal Data Mercantil cumpre os requisitos para publicar as publicações legais, em conformidade com o artigo 289 da Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 6.404/76)?

4 - O Jornal Mercantil detém a mesma estrutura dos grandes veículos de comunicação impressos?

5 – A Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP) deve aceitá-lo como Jornal de Grande Circulação?

6 – O fato de a empresa Jornalística responsável pela edição do Jornal não contar com Cnaes/objeto social para edição de Jornais pode prejudicar o reconhecimento como meio de Grande Circulação?

Este Parecer Jurídico está dividido em cinco seções, além da presente introdução. Na primeira, tratarei sobre a origem histórica dos jornais de grande circulação, a fim de verificar o processo evolutivo da mídia impressa e até mesmo online. Na segunda trataremos sobre a

conceituação de jornal de grande circulação e a obrigatoriedade das publicações oficiais, em conformidade com o artigo 289 da Lei 6.404/76; Na terceira, por analogia, tratar-se-á do caso aqui em baila, com a efetiva realização de comparações do Jornal Data Mercantil com diversos jornais de grande circulação aceitos pela Junta Comercial do Estado de São Paulo, apontando suas similitudes e diferenças; Na quarta, analisarei, diante dos demais tópicos a possibilidade, em tese, do Jornal Data Mercantil ser considerado um meio apto às realizações das publicações obrigatórias; Na quinta apresentarei a conclusão deste Parecer, com base nas considerações aqui tecidas. E, por último, responderei, de forma objetiva, aos quesitos trazidos pelo consulente.

1ª Seção

Com o objetivo de trazer em tela uma tentativa de definição de Jornal de Grande Circulação, faz-se necessário uma análise aprofundada sobre o que seria um jornal, e qual o grau de sua importância na vida cotidiana.

A credibilidade e veracidade das informações fornecidas por jornais ao longo da história transmitiu para a comunicação humana uma valorização cultural ao ponto que para muitos pesquisadores e estudiosos, este veículo midiático tem sido definido como uma fonte de narração histórica viva para as sociedades.

Surge em Roma em 59 A.C, com Júlio César, que criou o primeiro jornal que se tem notícia. Este tinha o desejo de informar ao público sobre os acontecimentos sociais e políticos, além de divulgar eventos programados para cidades próximas, tendo sido nomeado de Acta Diurna.

Escrito em grandes placas brancas e expostas em locais públicos onde transitavam muitas pessoas. As Acta informavam os cidadãos sobre escândalos no governo, campanhas militares, julgamentos e execuções.

Como podemos observar o mundo sempre trouxe a necessidade de existir um meio íntegro e oficial de divulgação de notícias com cunho político, econômico e sociocultural, que fora se aprimorando com a evolução da tecnologia.

Em 1447, podemos dizer que chegamos ao marco da era do jornal moderno, saindo das placas brancas para os jornais impressos, feitos por meio da prensa, a famosa invenção de Johann Gutemberg, a prensa de tipos móveis, que foi usada para iniciar a impressão em massa, com o objetivo de disseminar o conhecimento para a classe média em ascensão, que correspondiam aos comerciantes, que necessitavam de informações sobre o mercado por boletins informativos. Sendo somente

na primeira metade do século XVII que os jornais começaram a surgir como publicações periódicas.

Os primeiros jornais modernos nasceram em países da Europa Ocidental como Alemanha, França, Bélgica e Inglaterra. A grande maioria das publicações continha notícia da Europa, e raramente apresentavam informações da América ou Ásia.

Na segunda metade do século XVII, os assuntos locais começaram a ser priorizados, porém sua pauta era controlada, de forma que esta não abordasse nada que incitasse o povo a uma atitude de oposição ao governo dominante da época.

Em 1844, conhece-se um novo marco para a imprensa escrita, a invenção do telégrafo, sistema que transmitia mensagens de longas distâncias, permitindo que a informação fosse passada com agilidade, possibilitando relatos novos e relevantes para serem inseridos nas pautas. A partir desta fase, os jornais emergiram no mundo todo.

A construção de verdadeiros impérios editoriais se deu no período entre 1890 a 1920, conhecido como “anos dourados” da mídia, no qual além de informarem, os jornais também ajudaram na divulgação de propaganda revolucionária como o texto “O Iskra” (“a centelha”) publicado por Lênin em 1900.

Nos idos da década de 1920, uma nova invenção chegou trazendo grande alvoroço para os editores de jornais: O rádio. Um meio de comunicação instantâneo, porém objetivo demais para derrubar a reformulação dos formatos dos conteúdos dos jornais da época. Que modernizaram de forma a se tornarem mais atraentes e com maior volume de textos e coberturas mais amplas e aprofundadas para os seus leitores/espectadores.

Entre 1940 e 1990, a televisão gerou um declínio na venda de correios impressos, porém, mesmo assim, esta tecnologia, não tornou a mídia impressa um meio de divulgação de informações obsoleta.

O jornalismo impresso na Era da Internet

Conjuntamente a evolução da humanidade, os avanços tecnológicos ocorridos nas últimas décadas foram profundos, provocando grandes transformações em diversos setores ao redor do mundo, e um dos mais impactados foi o setor de informações, pois com a internet conquistando cada vez mais o território midiático, meios de comunicação tiveram que ser adaptados, como por exemplo, o caso exposto, os jornais impressos.

A desconfiança quanto à continuidade da produção do jornal impresso afeta grande parte da população. Para entendermos até onde

isso é realmente motivo de preocupação, precisamos entender como o jornal tem se comportado e, da mesma forma, se a internet representa um perigo real de extinção.

Desde o século passado, o atestado de óbito dos jornais diários foi assinado e lavrado em cartório por diversas vezes, começando com a invenção do rádio, depois a televisão e agora com a internet que tem conquistado território com agilidade, por ser o novo sistema tecnológico da revolução industrial no mundo.

Mas será que a vida de um jornal impresso local se dará por vencida?

Grande parte dos entendedores da área não crê no fim. As previsões sempre existirão, mas a chave da sobrevivência deste mercado se dá por suas modificações.

O jornal que sobreviverá será aquele capaz de investir nas mudanças tecnológicas e aquele que não evoluir sucumbirá, porque a concorrência é alta e direta. Não existem motivos para afirmar que a expansão das plataformas digitais culminará no fim da plataforma impressa. Vale ressaltar que falamos de fim e não de redução de consumo.

Ao longo da história vemos o surgimento de novos produtos que não, necessariamente, decretam o fim dos seus produtos antecessores. Na maioria das vezes o fim é decretado quando o produto novo for mais eficiente, como por exemplo, as antigas TVs em preto e branco, substituídas pelos obsoletos aparelhos com um imenso tubo de imagem, que hoje dão espaço aos televisores de LED e LCD, com opções em 3D. Como podemos observar o mercado não teve seu fim, ele apenas passou por transformações.

No caso do impresso em relação ao novo formato de digital, pode-se dizer que na verdade, trata-se de dois produtos diferentes, distintos, e que podem atrair diferentes públicos. Pois vejamos, de acordo com o levantamento feito pela consultoria Price Water house Coopers¹, em países onde há amplo acesso à internet como, por exemplo, Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, França, Alemanha, Holanda e Suíça, os veículos físicos têm a preferência do público sobre outros meios de acesso à informação.

Em resumo desse estudo, a análise indicou que cerca de 60% dos que têm entre 16 e 29 anos (o público-alvo para o futuro do negócio) optariam por ler o noticiário no papel, e não na tela, caso tivessem de

¹ Pesquisa realizada pela Price Water House Coopers, conjuntamente, com a Associação Mundial dos Jornais no ano de 2009, demonstrando que as pessoas preferem o meio impresso de comunicação.

escolher. E de fato, esta projeção de futuro para chegarmos aos dias atuais tem se concretizado.

Atualmente podemos dizer que mesmo vivendo no Brasil, um país no qual a ampla minoria tem condições tanto de pagar por um jornal impresso quanto de usar a internet, seja no trabalho, ou mesmo em *Wi-fi* público, ainda prefere consumir o jornal no papel.

Com a era digital, vivemos praticamente em dois planos, o mundo real do qual acordamos, tomamos banho e nos alimentamos; e vivemos também no mundo virtual, que diariamente se não em horas, minutos ou segundos, somos escravos dos smartphones, que incansavelmente nos bombardeia de informações, que em sua maioria por ser fácil e de livre acesso para manipulação de dados são falsas, enganosas e por muitas vezes até criminosas.

A facilidade que a internet proporciona na vida do ser humano, ela também pode prejudicar. As famosas *fake news* em um jornal impresso, não podem existir, pois ainda existe a integridade, a ética do jornalismo, inclusive a lei de acesso à informação verídica dos fatos e não de manipulação de opiniões em massa, o impresso traz essa segurança na entrega da mensagem para seus leitores, pois uma vez escrito no papel, não poderá ser manipulado no meio do caminho como infelizmente em muitas plataformas digitais tem ocorrido com frequência.

A próxima pergunta seria qual o valor que se dá ao veículo impresso?

A mesma consultoria avaliou as opiniões de 4.900 pessoas (leitores, editores, anunciantes e profissionais de comunicação) em sete nações economicamente desenvolvidas e cujo público consumidor de informação, de alto nível educacional, tem muitas opções a escolher ao procurar por notícias.

Mas e o Brasil? A crise econômica vive de ano em ano, na internet os jornais digitais em alguns casos tem um custo de assinatura mensal digital e em outros, são gratuitos de livre acesso sendo sustentados pela propaganda dos anunciantes. Já o impresso não é muito diferente, em tempos de crise as tiragens ficam em queda, o que faz com que a publicidade tenha que sustentar o mercado, do que dos resultados nas bancas ou com assinaturas, a queda existe nos dois meios, mas não significa que um meio tem maior busca que o outro.

De acordo com o diretor-executivo da Associação Nacional de Jornais (ANJ), Ricardo Pedreira, ao comentar os resultados do estudo ao jornal O Estado de São Paulo:

“Não há fórmula sugerida no trabalho encomendado pela WAN [sigla em inglês para Associação Mundial de Jornais], mas há uma luz ao indicar o valor que se dá ao meio jornal e, depois, como já percebem algumas empresas, prevê-se que o modelo de negócio rentável vai combinar jornais impressos, que não desaparecerão, com versões online.”

Como o jornal impresso irá se manter?

Antes das mídias digitais o jornal impresso já dividia espaço com o rádio e a televisão. Naquele momento era necessário mudar o foco do trabalho e buscar conteúdo diferenciado. Com a globalização e consequente consolidação do uso de plataformas digitais, essas mudanças podem significar a manutenção do jornalismo impresso, pois o simples fato de reproduzir notícias que julgarem importantes não será o suficiente para atrair seu objetivo, o leitor, pois a internet, rádio e televisão, conseguem circular esse tipo de notícia antes, são mecanismos de informação instantânea. Agora, o jornal impresso, deve enxergar o amanhã, analisar o desconhecido, trazer um conteúdo relevante, produzir um material impresso mais aprofundado capaz de antecipar consequências que determinado fato acarretará. Não de modo a tentar adivinhar o futuro, mas sim analisar as circunstâncias de maneira a fundamentar as implicações do objeto da notícia.

Em consonância com essas alterações, as redações precisam aprender a conciliar os meios digitais e impressos, pois a única coisa que um jornal não pode fazer é deixar-se ficar para trás quanto seus leitores avançam, porque de outra forma, inevitavelmente, eles irão migrar para plataformas que satisfaçam suas expectativas.

Baseado nisso, apresentam-se pelo menos duas condições que servem de alicerce para uma teoria onde o jornal impresso existirá por muitos anos: o caráter específico de seu formato, que ainda encanta muitos leitores, e o conteúdo dele, que deve ser diferenciado frente aos outros meios. Surge então mais uma questão que fortalece a mídia impressa: o fator local.

Como a maioria das pequenas e médias cidades brasileiras não tem condições de ter/manter um canal de TV ou mesmo uma rádio, talvez até portais na internet, existe um grande nicho de mercado, jornal impresso local.

Periódicos de coberturas nacionais e até internacionais, hoje disputam com a internet, pois em um simples clique a informação de um portal de notícias de um jornal de grande porte é capaz de competir com

a televisão, rádio e até mesmo com canais de vídeo e sites. Mas os que não são capazes de competir com os jornais locais, que cada vez mais tem ganhado destaque e vem ampliando sua margem de distribuição.

Os jornais locais investem na comunicação local e um custo mais acessível, pois acabam se direcionando a tratar de assuntos que abrangem outros centros. O público de centros menores geralmente não se interessam por um jornal impresso para procurar notícias estaduais, nacionais ou mundiais, já que ele consegue ver pela internet. Por outro lado, encontrar informações acerca da comunidade, bairro e região onde vive muitas vezes exige muita persistência para atrelar essas duas modalidades de notícias.

Por isso, é muito importante analisar o contexto do leitor, estar presente no que ele consome ou poderia potencialmente consumir. O conteúdo deve estar de acordo com o público, de maneira que este se identifique, obtendo sucesso em sua recepção, sendo provavelmente o grande trunfo da produção de jornais locais. Tratar de temas que acontecem dentro da própria comunidade e região potencializa o interesse pelo texto. Antes de tudo, o material deve ter significado para quem o recebe. Não é a toa que a totalidade do público de jornais impressos não lê um jornal por inteiro. Lê apenas o que lhe interessa.

No livro de Noblat (2002, p. 15) ele cita um estudo realizado pelo The New York Times em 2001, do qual foi descoberto que seus leitores liam apenas 10% do jornal. Isso significa dizer que 90% do conteúdo não são relevantes para quem o consome. Trata-se de uma taxa muito alta e que reafirma a necessidade de uma revisão dos assuntos abordados pela mídia impressa.

Se os leitores mais fiéis consomem 10%, a quem se destina o resto do jornal?

É válido deixar claro que os 10% não leem as mesmas matérias. Mas de um modo geral a maior parte dos textos não lhe chama atenção. Ou seja, é necessário conhecimento profundo sobre quem é o leitor daquele jornal impresso. Seja ele grande ou pequeno, a produção de conteúdo relevante é a chave para aumentar o interesse, o tempo que o leitor irá permanecer fiel a este meio de comunicação.

O sentimento de pertencimento aquele meio de comunicação é a forma que o jornal impresso tem como atrativo. As pessoas se identificam com os fatos narrados e quando isso acontece dão valor ao texto, pois elas querem saber os detalhes, algo próprio do ser humano.

Por mais que a globalização tenha ampliado os horizontes de comunicação, está não conseguiu modificar as noções de tempo e espaço que ampliariam a concepção local dos leitores que se consideram inserida.

O Jornal impresso registra acontecimentos de grupo específico, seja de um bairro ou até mesmo de uma cidade inteira, pois como foi dito o interesse da notícia é o que mantém o jornal ativo. Além desta dimensão de informação, temos o outro lado da absorção do conteúdo midiático, pois dependendo da forma como se transmite a mensagem, a informação detalhada pode ajudar na compreensão do contexto da sociedade, podendo auxiliar na construção de uma mudança.

Mas afinal, o que esta viagem no tempo histórico dos jornais nos traz de conclusão?

Os jornais venceram as fases da evolução tecnológica, superando todos os obstáculos apresentados por cada novidade, inclusive com esta evolução do universo digital, pois mesmo sendo disponibilizados em plataforma online, os grandes jornais de circulação continuam crescendo, pois o jornal, ainda é um veículo popular e poderoso no relato de notícias e fatos da realidade, e é por isso que este meio de comunicação é tão importante para a população e até mesmo para as empresas, o qual nos leva a perguntar, o motivo:

Por se tratar de um material rico de informação e credibilidade, tendo sua circulação com números de alcance expressivos, a legislação que rege as sociedades anônimas, cooperativas, além de outros tipos de empresas, tornam obrigatória a publicação de balanço em Diários Oficiais e em jornais de grande circulação.

O Diário Oficial é um jornal de gerenciamento de órgãos públicos do Governo Federal. Normalmente, os governos tornam público leis, decisões, resoluções ou outro assunto que seja relevante para a sociedade.

Agora, jornais de grande circulação, são aqueles que tem capacidade de prestar um serviço de venda de assinaturas e venda em bancas de jornal, da qual o número total de público impactado pela informação seja de magnitude expressiva dentro de determinado território em que seja editado ou distribuído.

A caracterização de um jornal de grande circulação não se dá por critério quantitativo, mas sim distributivo, além de que seu conteúdo deve carregar a confiabilidade do veículo e a democratização da informação.

Os principais pontos para levar em conta são: o jornal precisa ser acessível de diferentes formas, off-line e on-line; a lei não estabelece

uma periodicidade exata da publicação; deve ter credibilidade junto ao público e falar com variados perfis de leitor.

O presente estudo pretende analisar que onde as verdades não são eternas estas são muito menos exatas. Usamos as palavras do escritor italiano Giuseppe Tomasi di Lampedusa para responder a pergunta inicial: “Algo deve mudar para que tudo continue como está”.

Os últimos anos certamente não foram os mais tranquilos para os produtores de jornais impressos. Passaram por períodos de incerteza e receio, e se viram obrigados a trabalhar sob olhares desconfiados de incrédulos. O advento da internet e das mídias digitais e instantâneas foi um golpe duro para essa classe. Pelo menos durante o período em que temeram as mudanças que se desenhavam.

Porém, não se deve olhar sempre para frente. Entender o passado é muito importante para poder se construir um presente e um futuro. Não foi a primeira vez na história que o jornal impresso foi condenado à morte. Primeiro surgiu o rádio, depois a televisão e agora as plataformas digitais. Contudo, a morte anunciada nunca aconteceu. A instantaneidade e carisma do rádio e da TV não acabaram com o meio impresso. Hoje, especula-se que a união de muitas mídias nos meios digitais, fortalecida pela geração dos “nascidos digitais”, conseguirá cumprir o previsto.

A grande ironia é o fato de os impressos terem resistido durante décadas aos meios que os sucederam e atualmente ninguém considerar isso. De fato, existe uma crise nesse setor, adversidade que parece estar perto do fim, visto que os jornais se adaptaram a evolução tecnológica, convivendo em harmonia.

Dentro desse contexto de crise, devemos considerar todos os fatos relacionados a ela. Seria temeroso dizer que as plataformas digitais não representaram uma queda no consumo dos produtos impressos. Mas as quedas de vendas, quando houve, estão relacionadas a outros fatores. Um deles foram os problemas econômicos enfrentados pelos países europeus e pelos EUA, que refletiram no Brasil. Outro fator foi a mudança de atitude do leitor em relação à qualidade do material disponibilizado.

As dificuldades econômicas levam as pessoas a cortar os gastos menos necessários. O jornal impresso ainda é um produto muito caro e por isso acaba sofrendo diminuição no consumo nesses momentos. Mas talvez o que se constitui no ponto principal foi a mudança de comportamento dos leitores. Devido à fartura de conteúdo, eles passaram a ser

mais exigentes e consomem apenas aquilo que de fato lhes interessa e demonstra qualidade.

Logicamente o público “boicota” os veículos que não dispõem desse tipo de material e muitas vezes migram para outros ou para plataformas digitais, que apresentam um custo menor. Contudo, o cenário atual reflete otimismo. Parece consenso dizer que o único que pode “matar” um jornal é quem o produz. A receita do sucesso não é universal, mas tem como pressuposto a vontade de mudar e se adaptar. O receio frente a mudanças se constitui em um problema para os veículos de comunicação. O momento é de transformação profunda e que se faz necessária para oferecer conteúdo diferenciado em relação a outras plataformas.

O formato dos meios impressos é muito diferenciado e peculiar por si só. Porém, apenas isso nem sempre basta para atrair os leitores que não se situam entre os apaixonados por essa plataforma. Por isso disponibilizar um conteúdo diferenciado se torna primordial para despertar o interesse pela leitura dela. Do contrário as pessoas vão primar pela instantaneidade e pelo custo, e inevitavelmente migrarão para outras mídias.

Durante o estudo percebemos que existem fatores que fortalecem e outros que afetam o jornal impresso. Isso é comum dentro de qualquer meio. A grande diferença está na maneira como se os encara. Considerando isso, podemos destacar o que a plataforma impressa tem de melhor. Nesse segmento se encaixa o chamado jornalismo local ou regional, que hoje representa um dos maiores nichos do mercado jornalístico.

A análise efetuada no trabalho proporcionou a compreensão de como o jornal dedicado ao local pode se fortalecer. Existem pelo menos duas condições propícias para o crescimento dele: a falta de exploração, com qualidade, desse setor e a identificação que faz o leitor se interessar pelos fatos noticiados. Aliada a isso, a disponibilização de conteúdo em mídias digitais, instigando o público a complementar as informações na plataforma impressa.

Como as coisas mudam dependendo do ponto de vista, começamos acreditando que a internet e os avanços tecnológicos representariam a derrocada dos impressos, e o que se configura são os dois trabalhando juntos na busca por audiência. Poderíamos facilmente listar aqui muitos prós e contras do jornal impresso. Mas de nada serviria qualquer análise baseada nas coisas que o enfraquecem. Em qualquer trabalho que se faça, precisamos direcionar as ações para aquilo que vem dando certo ou

tem tudo para que assim seja. Pensando dessa maneira e considerando que os diretores, editores, produtores de jornais aceitem mudanças, não existe nenhum fato real que indique a extinção da mídia impressa.

Ressaltamos que extinção não se refere à eventual retração – sempre é importante deixar claro isso. Dado o contexto em que se constroem as empresas de comunicação atualmente, e o vasto número de vezes que os meios impressos foram dados como “mortos”, torna-se difícil crer nesse fim. Uma observação fria traz evidências que indicam muitas coisas. Mas pensando em jornal impresso, especialmente aquele produzido no interior, e considerando as afirmações de diversos autores importantes, podemos concluir que não é dessa vez que aposentaram uma das mais antigas fontes de informação.

Podemos afirmar então que o jornal impresso não morrerá. Não em um curto prazo ao menos. Mas isso não será por acaso. As mudanças serão responsáveis por sustentar tudo como está. O produto impresso bem trabalhado, com matérias profundas e de qualidade, que respeita e muda com seu público, está fadado ao sucesso. Da mesma forma que a evolução afeta o jornal, afeta o rádio, a televisão e inevitavelmente as mídias digitais.

Arriscamos dizer aqui que as mudanças decorrem das transformações sociais e não da plataforma em que se disponibiliza a informação. Talvez os impressos não sejam os “queridinhos” dos jovens ou a “sensação” do momento, mas deve-se respeitar a história dele.

Existe um belo horizonte a frente dos jornais impressos, principalmente para aqueles que seguirem pelo caminho da produção local e não tiverem medo de arriscar.

2ª Seção

2.1 Jornal de Grande Circulação

Diante desta percepção histórica observa-se que não há uma definição legal para Jornal de Grande Circulação, porém pode-se caracterizá-lo como um veículo que tenha permeabilidade local, seja distribuído e vendido nas bancas de jornais, e/ou conte com serviços de assinatura e tenha uma habitualidade nas suas edições.

Apesar da legislação competente não regradar, precisamente, este conceito, a rigor, é o que se encontra na posição dos juristas brasileiros, como Modesto Carvalhosa, que ao examiná-la, expressa que “Jornal de Grande Circulação é o que tem serviço de assinaturas e é vendido nas bancas do município em que é editado ou distribuído. Não prevalece,

portanto, para caracterizar a grande circulação, qualquer critério quantitativo, mas sim distributivo”².

Mariângela Monezi, por seu turno, define que “por ‘grande circulação’ entende-se o jornal cuja distribuição é feita na localidade em que é editado de forma regular e de fácil acesso aos acionistas”³.

A fim de nos auxiliarmos na definição do que seria um periódico de ampla circulação, colaciona-se a posição dos Professores Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro:

“De acordo com o texto legal, portanto, esse órgão de imprensa é que deverá estampar as publicações ordenadas pela lei, não havendo jornal local. Por jornal, aqui se deve entender o diário, e não o periódico publicado semanalmente, quinzenalmente, etc. Realmente, não seria possível, nem prático admitir-se, por exemplo, a hipótese de convocação de assembleias gerais, que exigiria mais do que os oito dias previstos em lei, dada a obrigatoriedade de publicação do respectivo edital por três vezes. Inclino-nos, portanto, pela validade das publicações efetuadas em órgão de grande circulação local (ainda que não editado no local da sede), quando, no lugar onde está sediada a companhia, não se edite órgão de imprensa diário.”⁴

Na tentativa de delinear o conceito lacunoso contido no artigo 289 da Lei de Sociedade por Ações, transcreve-se pareceres da Comissão de Valores Mobiliários e citações compulsadas da obra do Jurista Alfredo Sérgio Lazzareschi Neto:

“Artigo. 289: nota 1g. Parecer CVM/SJU n. 134/79: “Jornal de grande circulação, para a Lei de sociedade por Ações, aquele que permite ao maior número possível de acionistas acesso, pleno e sem maiores esforços, conhecimento dos atos da vida societária, como também venha a atender às necessidades de informação acerca da companhia de terceiros que com ela se relacionam.”
Vide também Parecer CVM/SJU n. 121/78: “Os órgãos da imprensa hebdomadária não atendem ao dispositivo no caput do art. 289 da Lei n.6.404. Aplica-se, no caso de não ser editado, na

2 Carvalho, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, vol. 4, tomo II, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 521.

3 Obtido no site: in: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2004/mariangelamonezi/publicalegais.htm>>. Acesso em: 29 de Março de 2020, às 15:03.

4 Teixeira, Egberto Lacerda e Tavares Guerreiro, José Alexandre. **Das sociedades anônimas no direito brasileiro**. São Paulo: Bushatsky. 1979. p. 815.

localidade da sede da companhia, jornal de circulação diária, o disposto no § 2º do citado artigo”.

Artigo. 289: nota 1h. Parecer CVM/SJU n. 016/94: “Jornal de ‘grande circulação’ para os fins de lei societária. Possibilidade legal da utilização de imprensa especializada. Requisitos e condições”.

Vide também “Conceito de publicações na nova lei de sociedade anônimas”, Benedito Garcia Hilário (RDM27/153).

Artigo 289: nota li. “A publicidade legal é a forma, concebida em lei, de comunicação presuntiva de fatos, de caráter não receptício, isto é, as incertam personam, ao público em geral. Uma vez efetuada essa publicidade, os fatos comunicados produzem efeitos em geral. Uma vez efetuada essa publicidade, os fatos comunicados produzem efeitos em relação a todos os terceiros, ou seja, à universalidade dos que não sejam partes na relação obrigacional” (Luiz Gastão Paes de Barros Leães, Pareceres, ed. Singular, v. I, p.126).⁵”

Na busca pela conceituação temos de nos pautar, também, em algumas posições adotadas pelos tribunais pátrios, como no caso o tribunal de contas de Santa Catarina, no processo n. 239/37MAR/1997:

“diário de grande circulação, empregada no texto da lei ora em comento, como aquele periódico que tem ampla circulação no território do estado, ou seja, um periódico bastante aceito e consumido pela população, em se tratando do estado, que atinja quase todos os municípios, senão todos. O mesmo sentido deve ser dado com relação ao município, o jornal local deverá atingir a quase todas as classes e faixas da população. A Administração não poderá aceitar contratar com jornais que atinjam apenas uma categoria de profissionais, ou apenas uma facção da sociedade (...)

Para identificar o ‘jornal de grande circulação’, a Administração poderá, também, recorrer ao Instituto Aferidor da Circulação”.

Ratificando a ideia de que não há uma elucidação específica o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 41.969, o então Ministro, Menezes Direito, em seu voto expôs o que segue:

“A questão da grande circulação é uma matéria muito controvertida. Já a enfrentei e o Senhor Ministro Waldemar Zveiter há de ter tido os mesmos problemas no Tribunal de Justiça

5 LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. **Lei das sociedades por ações anotada**. 5. ed. rev., anual. e ampl. São Paulo: Societatis Edições (Bok2) 2017. p. 1242 e 1243.

do Rio de Janeiro. É muito difícil fazer essa consideração de jornal de grande ou de pequena circulação, porque são vários os fatores que devem ser considerados. Não é a frequência da circulação, não é a quantidade da circulação. Há jornais que têm uma destinação específica de publicação de editais, que têm uma pequena circulação, mas, uma circulação dirigida, e essa circulação dirigida, muitas vezes, e, freqüentemente isso ocorre, a meu juízo, substitui o conceito de grande circulação para aquele caso concreto”.

Fechando o entendimento de que não há uma delimitação de quais veículos podem ser considerados jornais de grande circulação, pontua-se, neste aspecto a brilhante manifestação do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, que se manifestou da seguinte maneira:

“Cumprе ressaltar que jornal de grande circulação não pode ser entendido como sinônimo de “maior circulação” no caso de existir mais de um jornal de grande circulação em uma mesma localidade. Ou seja, não pode haver a monopolização e concentração de todas as publicações em somente um jornal por ser o de maior circulação.”⁶

Neste aspecto, a melhor definição de Jornal de Grande Circulação se dá por um periódico que seja publicado com habitualidade, regularidade, tenha permeabilidade local, seja acessível a todos, bem como nos dias de hoje, esteja disponível em meio físico ou digital. Esclarece-se, salvo melhor juízo, que, a rigor, não se pode definir Jornal de Grande Circulação pela sua tiragem, uma vez que isto poderia levar a um monopólio de um só veículo de comunicação. Ademais, quando a divulgação deste periódico ocorre nas bancas de jornais, assinaturas e também nos portais na internet não é possível mensurar sua tiragem, podendo-se dizer que se trata de um conceito defasado correlacionar a grande circulação ao seu número de tiragens.

2.2 Das exigências legais quanto às publicações obrigatórias contidas na Lei 6.404/76. Esta seção visa contextualizar, em termos regulatórios, apontando as questões mais relevantes e controversas.

O art. 289 da Lei das Sociedades por Ações funciona como parâmetro orientador para definir o modus operandi para as publicações de atos societários:

⁶ Disponível em: <<https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/94c65a7a-2a59-4d2b-b52c-e90893d89233.pdf>>. Acesso em: 26 de Março de 2020, às 17:40.

“ Art. 289. As publicações ordenadas pela presente Lei serão feitas no órgão oficial da União ou do Estado ou do Distrito Federal, conforme o lugar em que esteja situada a sede da companhia, e em outro jornal de grande circulação editado na localidade em que está situada a sede da companhia. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997) (Vide Lei nº 13.818, de 2019) (Vigência)

§ 1º A Comissão de Valores Mobiliários poderá determinar que as publicações ordenadas por esta Lei sejam feitas, também, em jornal de grande circulação nas localidades em que os valores mobiliários da companhia sejam negociados em bolsa ou em mercado de balcão, ou disseminadas por algum outro meio que assegure sua ampla divulgação e imediato acesso às informações. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 2º Se no lugar em que estiver situada a sede da companhia não for editado jornal, a publicação se fará em órgão de grande circulação local.

§ 3º A companhia deve fazer as publicações previstas nesta Lei sempre no mesmo jornal, e qualquer mudança deverá ser precedida de aviso aos acionistas no extrato da ata da assembleia-geral ordinária.

§ 4º O disposto no final do § 3º não se aplica à eventual publicação de atas ou balanços em outros jornais.

§ 5º Todas as publicações ordenadas nesta Lei deverão ser arquivadas no registro do comércio.

§ 6º As publicações do balanço e da demonstração de lucros e perdas poderão ser feitas adotando-se como expressão monetária o milhar de reais. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 7º Sem prejuízo do disposto no caput deste artigo, as companhias abertas poderão, ainda, disponibilizar as referidas publicações pela rede mundial de computadores. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)”

Assim sendo, da análise dos artigos 289 e seguintes da Lei das Sociedades Anônimas temos a seguinte situação: a publicação deve ocorrer, de acordo com o local da sede da Sociedade, no Diário Oficial da União ou do Estado-membro onde se localiza a sede da sociedade e também em jornal de grande circulação.

Registre-se, nesta toada à posição contida na obra do Jurista Modesto Carvalhosa, transcrita abaixo:

“O diploma de 1976 – mercê das emendas ocorridas no Congresso ao projeto governamental – reafirmou o regime de publicidade legal e, ainda, produziu uma inovação importante, qual seja, a publicação em jornal de grande circulação da localidade onde se encontra a sede da companhia, se houver. Adotou o regime *ratione loci*. Assim, diferentemente do diploma de 1940, que estadualizou o regime de publicação, o diploma de 1976 municipalizou-o, fazendo com que, além da publicação no órgão oficial do Estado, fossem os atos sociais publicados em jornal de grande circulação, editado na localidade onde se encontra a sede da companhia.”⁷

Reforçando a importância da localidade na divulgação dos atos societários, menciona-se a posição de José Edwaldo Tavares Borba:

“A publicação em jornal de grande circulação permanece sujeita às mesmas regras, exigindo-se especialmente que se trate de jornal editado na localidade onde tem sede a sociedade. Quanto às demais publicações a serem ordenadas pela CVM, estas também, de acordo com o que determinar a CVM, poderão ser promovidas por outros meios, que não o jornal, que sejam capazes de disseminar a informação.”⁸

A lógica aplicada às publicações oficiais se aplica às realizadas nos jornais de grande circulação, ou seja, esta tem de ocorrer de forma periódica e com abrangência geográfica nacional ou no município em que se localizar a sociedade. Ainda, em análise do supramencionado dispositivo legal, verifica-se que a forma como as publicações são realizadas passam por diversas mudanças ao longo do tempo, como pode ser sedimentado pela posição do Jurista Nelson Eizirik:

“Nos termos do §7º, as companhias abertas, além de publicar, no Diário Oficial e em jornal de grande circulação, as informações exigidas nas Lei das S.A., poderão disponibilizar tais publicações pela rede mundial de computadores. A grande maioria

7 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei n. 6.404*, de 15 de dezembro de 1976. São Paulo: Saraiva 1998. p. 456.

8 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 558.

das companhias abertas mantém um site onde são divulgadas tais informações. A conjugação dos §§ 1º e 6º permite que se chegue a uma conclusão bastante evidente: a forma como é feita a divulgação de informações constitui matéria meramente conjuntural, a depender dos meios de comunicação disponíveis; possivelmente, em futuro próximo, a publicidade das informações será feita apenas por meios eletrônicos, mais velozes, eficazes e com menores custos para as empresas.”⁹

Neste sentido, não poderia deixar de ser mencionado que a própria Lei n. 6.404/76 traz um impasse quanto às publicações serem realizadas no Diário Oficial e em veículos regionais, em conformidade com a posição do autor Romano Cristiano:

“Pode parecer, à primeira vista, que o art. 289 se aplique apenas àqueles casos em que a lei ordena publicações sem mencionar qualquer jornal, contrariamente ao que ocorre no caso ora em exame, em que é mencionado expressamente o órgão oficial. Tal interpretação, no entanto, não teria sentido no plano prático. Afinal, como justificar a necessidade de dois jornais para as publicações menos importantes (por exemplo, avisos pondo à disposição as contas do exercício anterior), bastando apenas um jornal para as publicações mais importantes, como a dos próprios atos constitutivos da companhia?

Somos assim de opinião que todas as publicações a serem feitas pela companhia – inclusive e principalmente a dos atos constitutivos – devam sê-lo ao menos em dois jornais (imprensa oficial e comum), em virtude da aplicação constante do art. 289, cujo contraste com o art. 98 pode ter sido muito bem o resultado de falta de harmonização final dos dispositivos que pertencer agora à Lei nº.6.404.

Aliás, a própria redação do art. 98 deixa a desejar, no plano prático, quando alude genericamente à publicação “em órgão oficial do local de sua sede!”. Digamos que a companhia tenha sede numa capital de Estado, em que sejam editados dois órgãos oficiais, o do Estado e o do Município: o dispositivo legal, no caso estaria aludindo a qual dos dois? Interpretação estritamente gramatical do texto leva à conclusão que os adminis-

9 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 623.

tradores da companhia teriam direito de escolher um dos dois; no entanto, nunca se cogitou dos diários oficiais municipais, com relação às publicações ordenadas pela lei das sociedades anônimas.

Feita a publicação, um exemplar de cada jornal (naturalmente, não o jornal inteiro, mas apenas a página inteira onde se encontra a publicação) deve também ser arquivada no registro do comércio.”¹⁰

Ou seja, nesta vertente doutrinária, as publicações e convocações elencadas no ordenamento jurídico devem ocorrer no Diário Oficial e em Jornal Local, nitidamente, a fim de dar publicidade aos atos sociais, devendo ser levado ao registro competente após a divulgação na imprensa da localidade. Ainda, em tese, faz-se necessário ressaltar que o meio que dará a publicidade oficial é o Diário Oficial, sendo que o periódico de circulação regional serve como um mecanismo mais rápido e ágil de disponibilizar as informações legais aos interessados, uma vez que na posição do Professor Fran Martins o Diário Oficial pode ser levado ao registro como forma de publicidade aos atos publicados:

“Para que possam funcionar legalmente, as sociedades anônimas necessitam de ter arquivados e publicados os seus atos constitutivos. Nasce, legalmente, a pessoa jurídica com esse arquivamento e publicação de referidos atos, só a partir desse momento podendo a sociedade obrigar-se perante terceiros. Constituindo-se a sociedade por deliberação da assembleia geral, seja por subscrição pública ou particular do capital, necessário será que sejam arquivados no Registro de Comércio de sua sede:

- a. Um exemplar do estatuto assinado por todos os subscritores do capital social, ou se a subscrição do capital tiver sido pública, os originais do estatuto e do prospecto, assinados pelos fundadores bem como um exemplar do jornal oficial em que o estatuto e os prospectos tiverem sido publicados; (...).¹¹

10 CRISTIANO, Romano. **Surgimento, Funcionamento e Término da Sociedade Anônima**. São Paulo. IOB Informações Objetivas. 1990 p. 42 e 43.

11 MARTINS, Fran. Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, sociedades comerciais, fundo de comércio. 8.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 1981.

Em síntese, salvo melhor juízo, na posição contida na obra de Fran Martins basta que seja levado ao registro competente à publicação no Diário Oficial local, não necessitando da prova da publicação em outro meio.

Sedimentando o conceito e as regras das publicações oficiais, evidentemente, deve ser trazida à baila a posição do Doutrinador Waldemar Ferreira:

“Primacialmente, toda publicação se fará por três vezes, no mínimo, no órgão da União, ou do Estado, conforme o local em que esteja situada a sede da sociedade.

Tendo a sociedade sede no Distrito Federal, a publicação tem que ser feita no Órgão da União, e é este o Diário Oficial. Nos Estados, os respectivos órgãos oficiais não conservam a mesma denominação. Tem o Estado de São Paulo o seu Diário Oficial; mas o órgão oficial do Estado de Minas Gerais se intitula simplesmente de Minas Gerais. O título pouco importa: o essencial é que o jornal seja o órgão oficial do Estado, ou do Território, ainda que seja periódico de propriedade privada, mas seja o incumbido da publicação oficial dos atos do Governo.

Concomitantemente, publicação idêntica se fará em outro jornal de grande circulação, este, evidentemente, na localidade em que tiver a sociedade sua sede.

O mesmo preceito publicacional se aplica às sociedades anônimas estrangeiras autorizadas a funcionar no país, com a variante de que a publicação primacial será no Diário Oficial da União e a subsidiária no local de sua sucursal, filial ou agência¹².”

Inclusive, na mesma esteira, cita-se a obra de Trajano De Miranda Valverde, evidenciando que as publicações oficiais devem seguir as regras legais, devendo a publicação ocorrer nos meios previstos no ordenamento jurídico ou no estatuto social.

“910. As sociedades anônimas devem viver sob o regime de publicidade dos seus principais atos, quer os relativos à sua constituição, quer os que, no curso da sua existência, exteriorizam o seu funcionamento regular.

Nem sempre a lei dispõe sobre o modo de fazer-se a publicação de certos atos, que interessam a acionistas e terceiros. Outras vezes, simplesmente declara que a publicação se fará pela

12 FERREIRA, Waldemar. Tratado de sociedades mercantis. Volume quinto, revista e aumentada. 1958, Rio de Janeiro. Página 1936 3 1936.

imprensa. Assim, nos arts. 107, 114, 137, I, 144, 154, 156, 157, 159 e 160. A monotonia da repetição do modo de fazer-se a publicação acabaria por fatigar. Dai a necessidade do preceito geral, que vige para esses casos. Porque, quando, a lei, v.g., ordena ou declara, em dispositivo especial, que a publicação só se fará no órgão ou jornal oficial (arts. 54 e 103), não há necessidades de publicação em outro jornal de grande circulação.

A primeira parte do artigo se refere às sociedades por ações nacionais, que farão as suas publicações no órgão ou jornal oficial da União, ou do Estado, conforme o local em que esteja situada a sede, e em outro jornal de grande circulação.

A segunda parte do artigo dispõe sobre as publicações que as sociedades estrangeiras autorizadas a funcionar no país deverão fazer: no órgão oficial da União e no do Estado, onde tiveram sucursais, filiais ou agências.

Quando os estatutos determinam o jornal de grande circulação, as publicações ordenadas por estes ou pela lei terão de ser feitas, obrigatoriamente, nele. A infração poderá acarretar a anulação da deliberação da assembleia geral, irregularmente convocada ou instalada (art. 156¹³)”.

Reitera-se, o termo “jornal de grande circulação” não é sinônimo de permeabilidade nacional. A “grande circulação” deve ocorrer junto ao local da sede da sociedade. Assim sendo, o que é vedado é a publicação em jornal cuja tiragem seja extremamente limitada, a ponto de não ser capaz de disseminar a informação.

Aqui, vale colacionar, novamente, que o referido diploma legal não traz uma definição concreta, trazendo apenas elementos a serem cumpridos, como um correio que atinja as pessoas interessadas e a habitualidade das publicações neste meio, entendimento que pode ser sedimentado na leitura da obra dos Juristas Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pereira, abaixo citada:

“Diário Oficial e Jornal de Grande Circulação – o artigo 98 da lei requer a publicação dos atos constitutivos apenas no órgão oficial do local de sua sede, mas o artigo 289 dispõe que “as

13 VALVERDE, Trajano De Miranda. **Sociedades por ações**. Vol III. 2ª ed. Revista atualizada. Rio de Janeiro, 1953. p. 183 e 184.

publicações ordenadas pela presente lei serão feitas no órgão oficial da União ou do Estado ou do Distrito Federal, conforme o lugar que esteja situada a sede da companhia, e em outro jornal de grande circulação editado na, localidade em que esta situada a sede da companhia”.

Se no lugar em que estiver situada a sede da companhia não for editado jornal, a publicação se fará em órgão de grande circulação local (art.289, §2º).

A lei admite que a CVM possa determinar que as publicações sejam feitas, também em jornal de grande circulação nas localidade em que os valores mobiliários da companhia sejam negociados em bolsa u mercado de balcão, ou disseminadas por algum outro meio que assegure sua ampla revogação e imediato acesso a informações (art. 289,§1º)

Publicação no Mesmo Jornal – A companhia deve fazer as publicações previstas na lei sempre no mesmo jornal, e qualquer mudança deverá ser precedida de aviso aos acionistas no extrato da ata de Assembleia Geral Ordinária (art. 289, §3º.)

Essa norma visa a evitar manobras para dificultar o conhecimento por parte de acionistas e terceiros de um ato sujeito a publicação. A publicação no mesmo jornal permite que os interessados tomem ciência dos atos da companhia através da leitura constante de um único jornal, e a publicação em jornal diferente, sem aviso prévio, aumenta o numero de acionistas que não tomam conhecimento das publicações.”¹⁴

Ainda, nesta mesma esteira, colacionamos a posição do doutrinador Osmar Brina Corrêa-Lima, de acordo com a qual “tais publicações devem ser efetuadas no órgão oficial da União ou do Estado, conforme o lugar em que esteja situada a sede da companhia, e em outro jornal de grande circulação, editado na localidade em que está situada a sede da companhia (art. 289).”¹⁵

Registre-se que algumas publicações podem ocorrer, inclusive, por meio diverso do jornal, desde que seja capaz de disseminar a informação; e caso não haja jornal local, a publicação poderá ocorrer em qualquer

14 **Direito das companhias.** Coordenação Alfredo Lamy Filho, José Luiz Bulhões Pedreira. 2. ed., atual. e ref. Rio de Janeiro. Forense, 2017. P. 548 e 549.5

15 CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade anônima.** 3. Ed. Ver. E atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 325.

outro município vizinho, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça transcrito abaixo:

“A Turma decidiu que a publicação exigida pela lei pode ser feita em jornal de grande circulação editado em município vizinho ao da empresa. A decisão ocorreu no julgamento de um recurso especial interposto pelo estado do Rio Grande do Sul contra acórdão do tribunal de justiça local, que havia determinado a publicação dos atos sujeitos à publicidade obrigatória em jornal editado no mesmo município da companhia.

Na ação inicial, a Gráfica Editora Vale do Gravataí Ltda., editora do jornal diário Correio de Gravataí, pediu que a junta comercial do estado fosse impedida de arquivar alterações estatutárias, atas de reuniões e demais documentos das companhias com sede em Gravataí, Cachoeirinha e Glorinha que não tivessem sido publicados em seu periódico, sob pena de multa diária.

Também foi pedida a declaração do direito de publicação dos atos empresariais citados e da obrigação de a junta comercial não efetuar o registro desses atos não publicados no Correio de Gravataí ou em outro jornal de grande circulação que venha a surgir em qualquer dos três municípios.¹⁶”

Corroborando com as conclusões acima aduzidas, cabe transcrever a doutrina de José Edwaldo Tavares Borba:

“(…) no que tange à publicação em jornal oficial, que esta se faça, alternativamente, no Diário Oficial da União, ou em diário oficial do Distrito Federal ou do Estado, conforme a localização da sede da sociedade. Em outras palavras, pode-se afirmar que a publicação poderá, em qualquer caso, ser feita no Diário Oficial da União. A alternativa seria a publicação no diário oficial correspondente à sede da empresa. A publicação em jornal de grande circulação permanece sujeita às mesmas regras, exigindo-se especialmente que se trate de jornal editado na localidade onde tem sede a sociedade. Quanto às demais publicações a serem ordenadas pela CVM, estas também, de acordo com o que determinar a CVM, poderão ser promovidas por outros meios, que não o jornal, que sejam capazes de disseminar a informa-

16 Publicado pelo Superior Tribunal de Justiça no sítio eletrônico: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2868820/atos-societarios-podem-ser-publicados-em-jornal-editado-no-municipio-vizinho-ao-da-empresa>>. Acesso em: 30 de março de 2020, às 11:23.

ção. Não havendo jornal local, a publicação poderá ser feita em qualquer outro que, embora de diverso município, circule amplamente no local. (...)”¹⁷”

Neste diapasão, vale mencionar a posição adotada pelos Professores Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro sobre a autonomia dos administradores para escolherem o diário a ser utilizado:

“Cabe à administração da sociedade escolher o jornal, sempre tendo em vista o espírito da lei e as circunstâncias concretas de cada caso.

Como é natural, especial preocupação deve haver quanto à publicação pela imprensa dos atos das companhias abertas. Nesse sentido, diz o § 1.º do art. 289, a CVM poderá determinar que as publicações ordenadas pela lei sejam feitas também em jornal de grande circulação, editado nas localidades em que os valores mobiliários da companhia sejam negociados em bolsa ou em mercado de balcão. Cuida-se, aqui de publicação suplementar àquelas previstas no caput do artigo.

Se, no lugar em que estiver situada a sede da companhia, não for editado jornal, a publicação se fará em órgão de grande circulação local (art.289, § 2.º). É preciso não confundir a expressão que o legislador utilizou nesse §2.º (órgão de grande circulação local) com a que vem no caput do artigo (jornal de grande circulação editado na localidade em que está situada a sede da companhia). Evidentemente, determinado órgão de imprensa poderá ter grande circulação no lugar em que estiver situada a sede da companhia, sem necessariamente ser editado nessa localidade.”¹⁸

Registre-se que, em relação às sociedades anônimas, as publicações deverão ocorrer, em regra, no mesmo jornal. Qualquer alteração quanto ao jornal em que usualmente ocorrem as publicações deverá ser precedida de aviso constante da ata da Assembleia Geral. Nesse sentido:

“A fim de propiciar ao acionista um acompanhamento mais fácil das publicações da sociedade, impediu o legislador a mudança de jornal, a não ser mediante prévio aviso constante de ata de

17 TAVARES BORBA, José Edwaldo. **Direito societário**. 12. ed. Renovar. p. 536

18 Teixeira, Egberto Lacerda e Tavares Guerreiro, José Alexandre. **Das sociedades anônimas no direito brasileiro**. São Paulo: Bushatsky, 1979. p. 814 e 815.

AGO. Esse aviso, que será divulgado pelo mesmo periódico em que vinham sendo veiculadas as matérias da sociedade, indicará o novo veículo adotado.(...)19”.

Ademais, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), ao dispor sobre a área de abrangência geográfica da circulação dos jornais em que são efetivadas as publicações dos atos societários, refere-se ao MUNICÍPIO em que se localiza a sede da empresa:

“A CVM, através de Instrução nº 207, de 19.02.94, ampliou, com base no art. 289, §1º, no que tange às companhias abertas, as exigências de publicidade, determinando que esta também se fizesse: a) se houver negociação de valores mobiliários em bolsa de valores, em jornal do município, se diferente do da sede, em que tenha havido, nos dois últimos exercícios sociais, maior volume de negociação; b) se as ações estiverem apenas no mercado de balcão, em jornal do município da capital do estado onde se situar a sede da companhia, se o município da capital for diferente do da sede.20”

Tratando-se de companhias fechadas com menos de vinte acionistas, várias publicações poderão ser dispensada, conforme se depreende das palavras de José Edwaldo Tavares Borba:

“A companhia fechada, com menos de vinte acionistas, e cujo patrimônio líquido seja inferior a R\$ 1.000.000,00, encontra-se dispensada de algumas publicações (art. 294). (...) A convocação da Assembléia Geral, em vez de publicada no Diário Oficial e em jornal de circulação local, poderá, nesse mesmo caso, ser substituída por anúncio entregue, contra recibo, a todos os acionistas, com antecedência de oito dias.21”

Por fim, a título de referência, cabe transcrever o art. 89 do Decreto n. 60459/67, o qual estipula as regras de publicação dos atos concernentes ao processo de liquidação das sociedades seguradoras, que vincula a publicação em jornal de grande circulação à sede da sociedade:

19 TAVARES BORBA, José Edwaldo **Direito Societário**. 12. Ed. Renovar. p. 536.

20 Ibidem. p. 537.

21 Ibid. p. 538/539.

“Art 89. As publicações obrigatórias por força do disposto neste Capítulo serão feitas em jornal oficial e em outro de grande circulação na sede da Sociedade.

Parágrafo único. No Distrito Federal, o jornal oficial será o da União e nos Estados e territórios o que publicar o expediente dos respectivos Governos.”

Verifica-se que a correta publicação dos atos societários é necessária para que os respectivos acionistas tenham efetiva ciência de todos os atos societários praticados pela Sociedade Anônima. Evita-se, dessa forma, que ocorra qualquer tentativa de afastar da direção da empresa determinados acionistas mormente os minoritários, garantindo-se, assim, a plena participação de todos os seus sócios.

Ainda, deve ser observado que as referidas publicações abrangem, também, as sociedades do tipo limitada, conforme análise da Lei n. 11.638, de 28 dezembro de 2007, que estende às sociedades grande porte disposições relativas à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras.

A dúvida recai sobre o artigo 3º da aludida Lei, que aplica às sociedades de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, as disposições da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários.

Em outras palavras, trata-se da obrigatoriedade ou não das sociedades do tipo limitada, que tiverem no exercício social anterior, ativo total superior a R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) ou receita bruta anual superior a R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais), efetuarem as publicações legais.

Via de regra, o tipo societário das limitadas, segundo as regras do Código Civil, estaria isento desta obrigatoriedade; contudo, diante da publicação da nova legislação, meu ponto de vista passa a ser o seguinte:

Em primeiro lugar, vejamos a função social das publicações legais e os princípios jurídicos que as instituem, conforme os preceitos impostos pela Constituição Federal e pelo Código Civil de 2002.

As publicações se prestam para dar garantia a terceiros e para impedir fraudes nos negócios empresariais – motivo pelo qual a lei estabeleceu o regime da publicidade.

Os princípios constitucionais que guarnecem este regime se pautam no fato de estarem dirigidos a todos os cidadãos, independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de “fornecimento de subsídios para a formação de convicções” relativas aos assuntos tratados.

A legislação e a doutrina, há muito, indicam que o meio de tornar acessível os “subsídios para a formação de convicções” ocorre pela divulgação daquilo que deve ser conhecido por órgão que circule no local.

Quer dizer, é a condição de exposição ao público da coisa ou do fato, que se pretende realizar, para que se faça sem qualquer ocultação aos olhares do público, isto é, das pessoas pertencentes à coletividade – a publicação busca tornar o assunto conhecido para que todos possam saber a que se refere.

Em termos de negócios empresariais, as publicações buscam dar garantia e impedir fraudes a terceiros, objetivando a total transparência na entabulação de contratos e demais operações necessárias para vida econômico-financeira.

A aludida transparência se evidencia no sistema jurídico pátrio nas hipóteses elencadas tanto no Código Civil de 2002, quanto na Lei das Sociedades Anônimas. Tais preceitos legais se fundamentam em função de que é direito essencial dos sócios (entenda-se quotistas ou acionistas), tomar parte nas deliberações sociais quando se fizer necessário.

É importante que se diga, neste diapasão, que os casos de pura administração competem aos administradores, mas as deliberações que envolvem interesse da sociedade requerem o pronunciamento dos sócios. Nesses casos, por exemplo, serão convocados pelos meios oficiais de publicidade.

Não é de hoje que a lei estabeleceu o regime da publicidade nos negócios empresariais, J. X. Carvalho de Mendonça, em sua clássica obra *Tratado do Direito Commercial Brasileiro*, já dispunha sobre o tema, assim vejamos:

“A publicação pela imprensa é determinada por quasi todos os códigos que estabelecem o registro do commercio. Na allemanha, as inscripção somente pode ser opposta a terceiros, depois da publicação da Feuille officielle suisse du commerce (art. 862 do Cód. Federal), donde constam todas as incrispções dos regis-

tros do commercio da federação suissa, gozando um dos papeis mais importantes na vida commercial do paiz”²²

Nesta vertente, transcreve-se a posição do Catedrático Waldemar Martins Ferreira, de acordo com a qual “as actas das assembléais podem, mesmo, ser lavradas em folha soltas, comtanto que, assignadas por todos os accionistas presentes, sejam devidamente archivadas no registro do commercio e devidamente publicadas no jornal oficial. O registro e a publicidade as authenticam”.²³

Tal exigência da publicidade tem guarida em épocas mais antigas, como pode ser observado na clássica obra de Waldemar Ferreira citando TROPLONG, *Le Droit Civil Expliqué. Du Contrat de Société Civile et Commerciale* (Paris, 1843), Vol. I, pág. 215, n. 215:

“Tinha-se, quando constituída por escrito, o costume de registrar-lo, disse-o TROPOLONG a fim de dar-lhe data certa. Assim era em Marselha. O uso mais não exigia, salvo quando contivesse o contrato cláusula extraordinária, que interessasse a terceiros. Sobreparava. Nesse caso, o cuidado de imprimir-lhes suficiente publicidade, sem a qual o pacto não valia contra eles. Ligaram os jurisconsultos esse uso a fontes romanas; e não, em verdade, sem alguma procedência.”²⁴

No mesmo livro de Waldemar Ferreira temos a passagem onde se demonstra que na Idade Média o registro das sociedades era dado por meio de cartazes afixados nas vias.

“Texto de ULPIANO – O do § 3, do fr.11, do tit. III, De institória actione, do liv. XIV, do Digesto – cuidou, efetivamente, da publicidade mercantil. Proscribere palam sic accipimus, claris literis, unde de plano recte legi possit, ante tabernam scilicet vel ante eum, locum, in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti. Literis, utrum graecis, na latinis? Puto secundum loci conditionem: ne quis causari possit ignorantiam literarum: certe si quis dicat, ignorasse se literas vel

22 CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*. São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos. 1937. V. I. p. 349.

23 FERREIRA, Waldemar Martins. *Questões de Direito Comercial (Pareceres)*. Primeira série. 1929, São Paulo. Typographia Siqueira Salles Oliveira, Rocha & C. p. 269.

24 FERREIRA, Waldemar. *Tratado de sociedades mercantis*. Volume primeiro. 5. ed. revista e aumentada. Rio de Janeiro 1958. Editora Nacional de Direitos LTDA. p. 176 e 178.

non observasse, quod propositum erat, cum multi legerent, cumque palam esset propositum, non, audietur.

O texto documenta o uso da publicidade por via de cartazes afixados às portas das tabernas ou casas de negócio, em grego, ou em latim, segundo as condições locais. A leitura por muitos vedava a alegação da ignorância do anúncio.

Instituiu-se, porém, na Idade Média, o registro das sociedades mercantis perante as corporações. A necessidade, mais que o instinto de imitar, criou tal prática que se tornou potente no comércio moderno.²⁵

Outro exemplo que me ocorre é que nos dias de hoje, o Código Civil de 2002, em seus artigos 1052 e 1053, dá conta da regularidade das publicações determinadas em lei, como forma de preservar e manter a divulgação daquilo que deve ser conhecido.

Aliás, o artigo 1.152 do Código Civil de 2002 atende ao preceito contido no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, que trata do princípio da publicidade.²⁶

Ora, para que este princípio seja atendido, as publicações serão efetuadas no Diário Oficial do Estado, conforme o local da sede do empresário ou da sociedade empresária, e em jornal de grande circulação - as publicações visam evitar prejuízos aos sócios (quotistas ou acionistas) e a terceiros interessados.

Aqui, tenho de mencionar a posição contida em minha obra sobre direito comercial, onde, em tese, demonstro que as publicações devem ocorrer somente no Diário Oficial do Estado e em um jornal de grande circulação, de acordo com o mencionado a seguir: “esclarece-se que as publicações devem ser feitas, obrigatoriamente, no Diário Oficial do Estado e não no Diário Oficial da União, e também em um outro jornal de grande circulação, editado na localidade em que está situada a sede da companhia.”²⁷

Sobre isso, é importante que se verifique que os meios de divulgação devem pertencer à localidade que se opera empresarialmente a sede da sociedade, pois, do contrário, o intuito da publicação (“dar subsídios para a formação de convicções e tornar o assunto conhecido

25 Ibid. p. 176 e 178.

26 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva. 2003. volume 13. p. 683.

27 ROVAI, Armando Luiz. *Atualidades do Direito Empresarial Brasileiro*. Belo Horizonte. D'Plácido. 2019

para que todos possam saber a que se refere”) perder-se-ia na gigantesca quantidade de periódicos e meios de comunicações existentes; oficiais ou não.

Percebe-se, assim, que a publicação de um ato empresarial, seja uma convocação, um balanço ou qualquer outro ato necessário à vida societária, efetuada através de um meio de comunicação não apropriado, ou seja, sem a preocupação da leitura e conseqüente ciência dos interessados do teor das publicações, inviabiliza o próprio princípio da publicidade.

Quanto a redação dada ao artigo art. 3º da Lei n. 11.638, de 28 dezembro de 2007, é evidente que o legislador buscou obrigar que as sociedades limitadas, desde que enquadradas no montante contábil estipulado, tivessem o mesmo tratamento das sociedades anônimas, ou seja, efetuassem elaboração e divulgação das demonstrações financeiras.

Com o devido respeito às opiniões contrárias, porém, não vislumbrar a evidente obrigatoriedade de divulgar suas demonstrações financeiras, seria o mesmo que incentivar o sigilo das operações societárias que interessam demasiadamente aos sócios (quotistas ou acionistas) ou a terceiros interessados – credores ou não.

Ademais, entendo que além da mencionada obrigatoriedade que recai às sociedades do tipo limitada, que tiverem no exercício social anterior, ativo total superior a R\$240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) ou receita bruta anual superior a R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais), também, caberia ao Estado proceder a devida fiscalização da regularidade das publicações legais.

Neste sentido, o Código Civil de 2002, em seus artigos 1052 e 1053, estendeu às Juntas Comerciais a fiscalização da observância das prescrições legais concernentes ao ato ou aos documentos necessários à regularidade empresarial. Especificamente, se dá ênfase à fiscalização da regularidade das publicações determinadas em lei (art. 1.152), como forma de preservar e manter a divulgação daquilo que deve ser conhecido.

As Juntas Comerciais são reguladas pela Lei 8.934 de 18/11/1994, pelo Decreto 1.800/1996 e, mais recentemente pelas normas insertas no Código Civil de 2002. Seus serviços serão exercidos em todo território nacional pelo Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (SINREM) composto pelo Departamento Nacional de Registro de Comércio, como órgão central, com funções de supervisão, orientação, coordenação e normativa em um plano técnico e, em um plano administrativo; no

âmbito estadual, às Juntas Comerciais, como órgãos regionais com funções executivas e administrativas com a finalidade de:

- dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, sujeitos a registro;
- cadastrar as empresas nacionais e estrangeiras em funcionamento no País, e manter atualizadas as informações relacionadas.
- proceder às matrículas dos agentes auxiliares do comércio, bem como à sua anulação;
- dar proteção ao nome comercial;
- Fiscalizar a observância das prescrições legais concernentes ao ato ou aos documentos necessários à regularidade empresarial.

Segundo os preceitos jurídicos, o Registro de Empresa sempre teve como sua principal função a aquisição da personalidade jurídica.

Todavia é preciso evidenciar que o Registro de Empresa, na era da globalização, não se limita a arquivar documentos societários, anotar dados básicos e emitir certidões subsidiariamente (aqui compreendido a aquisição da personalidade jurídica).

O Registro de Empresa, materializado na execução de seus serviços pelas Juntas Comerciais, passou a ser um “termômetro” das variações econômicas do grupo social onde opera, detectando tendências, isolando novos problemas e sugerindo soluções jurídicas.

Me parece, destarte, bastante tranquilo responder que as sociedades do tipo limitada, que tiverem no exercício social anterior, ativo total superior a R\$240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) ou receita bruta anual superior a R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais), devem, sem sombra de dúvidas, efetuar as elaborações e divulgações de suas demonstrações financeiras, pois, em caso contrário:

- inviabilizaria a acessibilidade à “formação das convicções” daquilo que deve ser conhecido, afrontando o princípio constitucional da publicidade;
- seria antagônico ao intuito de dar garantia e impedir fraudes a terceiros nos negócios empresariais;

Por fim, não obstante a obrigatoriedade das aludidas publicações das demonstrações financeiras das sociedades do tipo limitada – que se enquadrarem contabilmente no disposto do artigo 3º da Lei n. 11.638, de

28 dezembro de 2007 – , entendo que os órgãos incumbidos da execução do Registro Público de Empresas (Juntas Comerciais) devem proceder a fiscalização dos respectivos arquivamentos legais (arquivamento dos jornais onde foram efetuadas as publicações), para todos os fins de Direito.

3ª Seção

Nesta seção irei realizar, em tese, uma comparação da estrutura do Jornal Data Mercantil com um Jornal de Grande Circulação muito tradicional em São Paulo.

Primeiramente realizei um comparativo dos seus cadernos, conteúdo e editoração, conforme veremos a seguir:

À luz do caso acima exposto, sedimenta-se que o Jornal Data Mercantil tem estrutura, publicidade e conteúdo semelhante ao dos grandes meios de comunicação.

No caso analisado, faz-se uma comparação do Data Mercantil com um jornal tradicional distribuído no Estado de São Paulo, sendo que podemos listar as semelhanças e correspondências na tabela abaixo:

Capa		
Manchete	●	●
Fotos	●	●
Reportagens	●	●
Data	●	●
Local	●	●
Número de edição	●	●
Editor Responsável	●	●
Cadernos		
Internacional	●	●
Economia	●	●
Notíciais Gerais	●	●
Política	●	●
Publicações Legais	●	●
Variedades	●	●
Entrevistas	●	●
Anúncios	●	●

Figura 1: Tabela comparativa do Jornal Data Mercantil com Jornal tradicional distribuído no Estado de São Paulo.

Em suma, o que foi trazido na tabela acima é que o Jornal Data Mercantil cumpre os requisitos para ser considerado um meio de comunicação válido, visto que contém cadernos de reportagens, variedades, saúde, política, variedades, anúncios, publicações legais e é vendido em bancas de jornais regularmente.

4ª Seção

Ante o exposto no presente parecer jurídico, nota-se que, em tese, o Jornal Data Mercantil cumpre os elementos básicos de um jornal, como apontado e verificado na 3ª seção do presente estudo.

Por este ângulo, quanto à caracterização de um jornal de grande circulação, traz-se novamente a posição já abordada e colacionada do Jurista Modesto Carvalhosa, onde se percebe que não há uma definição legal expressa, o que nos possibilita entendimentos diversos.

Nesta toada, cumpre novamente mencionar que não se pode deixar de considerar um meio como sendo de grande circulação por ter uma tiragem inferior a de outros correios locais, como apontamos na decisão do Superior Tribunal de Justiça e do Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

Desta forma, o Data Mercantil se enquadra nos padrões editoriais dos grandes noticiários, tendo Manchete, Reportagens, Data, Local, número de edição, Editor Responsável, cadernos diversos (Internacional, Saúde, Notícias Gerais, Economia, Variedades, Publicações Legais), contém serviço de assinaturas e divulgação tanto pelo meio impresso quanto pelo meio digital, através do seu portal eletrônico que está sendo construído e estará disponível a todos os usuários da rede mundial de computadores, por meio do site.

Seguindo esta posição, o Jornal em estudo tem sua permeabilidade no local onde é publicado, por meio de bancas de jornais e entregas domiciliares, sendo que cumpre um requisito importante do valor baixo, possibilitando que sua aquisição seja feita por todos os cidadãos interessados, custando somente R\$ 2,00 (dois reais).

Discorro, nesta seção, que o periódico, a rigor, salvo melhor juízo, se enquadra nas formalidades doutrinárias e jurisprudenciais como um meio apto para as sociedades realizarem as publicações legais, uma vez que tem amplo acesso, divulgação, periodicidade – publicado diariamente tendo tiragens maiores aos finais de semana - e permeabilidade local.

Ou seja, não há que se falar em não ser um jornal de grande circulação por não ter a mesma tiragem dos demais jornais locais,

observando que cumpre as demais formalidades para que as publicações legais satisfaçam as exigências de publicidade dos atos societários.

Apenas como ponto reflexivo, compulsa-se trecho da obra do Professor e Jurista José Xavier Carvalho de Mendonça têm-se a posição de que não adiantaria somente que as publicações fossem feitas pelos jornais, pois as pessoas não, necessariamente, o leriam, mas sim em um meio correto para ter a divulgação:

“Não bastaria anunciar pelos jornaes, pois ninguém é obrigados a ler as gazetas.

A secção da fazenda do Conselho de Estado, em consulta de 21 de Dezembro de 1869, falando de taes annuncios, dizia: “O facto do simples aviso e os annuncios por si sós parece que não bastam, por isso mesmo que dependem apenas da vontade de qualquer” (Na Collecção das Decisões de 1870, em anexo ao Aviso n.59, de 14 de Fevereiro desse anno).

Realmente ninguém é obrigado a ler jornaes e nem os annuncios trazem a certeza da autoria.

No direito americano esse princípio é incontestável. “Notices published in newspaper are held insufficient to impute knowledge, although the transfer of the instrument is a regular subscriber to the newspaper, it not appearing that he reads the notices”. (Ruling case Law, verb. Bills and notes, 39. Vol., n. 282). Esta consideração, entretanto, não teve acolhida no voto vencido do Sr. Ministro Pedro Lessa, no accórdam de 18 de Outubro de 1919, citado no n.514 supra²⁸.

Desta forma, vê-se que o Jornal Data Mercantil é um jornal válido, pois, tem amplo acesso, divulgação, serviço de assinatura, periodicidade e leitores, devendo, assim, ser considerado um Jornal de Grande Circulação.

Como último ponto a ser tratado, nesta seção, faço uma ressalva quanto a forma de constituição e objeto social do Data Mercantil, pois quando pesquisado o mesmo se enquadra no CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas) 73.11-4-00 - Agências de publicidade, enquanto que os demais jornais de grande circulação detêm maior abrangência, adotando diversos CNAES, como os que seguem: 58.22-1-01 - Edição

28 José Xavier Carvalho de Mendonça. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*. 3. ed. posta em dia. Volume V do livro III. Rio de Janeiro, 1938. Livraria Editora Freitas Bastos. p. 128 e 129 do vol. V parte II.

integrada à impressão de jornais diários; 63.19-4-00 - Portais, provedores de conteúdo e outros serviços de informação na internet; 58.12-3-01 - Edição de jornais diários; 73.19-0-99 - Outras atividades de publicidade não especificadas anteriormente.

Para evitar qualquer questionamento quanto ao Data Mercantil, ou seja à Empresa Jornalística Data Mercantil Ltda ser considerada uma sociedade habilitada para edição de jornais e periódicos de grande circulação, prescreve-se a necessidade da ampliação dos objetos sociais, com a inserção destes outros códigos de atividades.

5 Conclusões

Diante do presente estudo, verifica-se que o Jornal Data Mercantil deve ser considerado como um Jornal adequado e correto para realizar as publicações societárias, de acordo com o contido no artigo 289 da Lei das Sociedades por Ações (6.404/76).

Aclara-se que a Legislação analisada não conceitua o que seria um jornal de grande circulação, porém o senso comum, doutrinário e jurisprudência, indica que, para finalidades legais, jornais de categorias profissionais, aqueles que somente circulam em finais de semana, jornais esportivos, etc., ou aqueles com tiragem muito reduzida, não se enquadram na definição de “grande circulação”.

Ou seja, o Data Mercantil é um jornal de grande circulação, uma vez que atende a todos os requisitos formais e doutrinários sobre o tema, tendo vasta permeabilidade local, acesso universal, divulgação impressa e digital.

Não obstante isso cumpre ressaltar que jornal de grande circulação não pode ser entendido como sinônimo de “maior circulação” no caso de existir mais de um jornal de grande circulação em uma mesma localidade. Ou seja, não pode haver a monopolização e concentração de todas as publicações em somente um jornal por ser o de maior circulação.

Portanto, a rigor, em consonância com o princípio da publicidade dos atos societários, o meio de comunicação, Jornal Data Mercantil, pode ser utilizado para a publicação dos atos societários, conforme disciplina o artigo 289 da Lei n. 6.404/76.

Das respostas objetivas aos quesitos apresentados

1 – Qual o conceito de Jornal de Grande Circulação?

Destarte vale mencionar que o Ordenamento Jurídico Pátrio, especificamente a Lei das Sociedades Anônimas (6.404/76), não traz uma

definição de Jornal de Grande Circulação. Posto isto, o melhor conceito doutrinário é que seria um periódico que tenha publicações habituais, diárias, seja amplamente difundido, tenha permeabilidade local e acesso a todos os leitores, tanto no meio impresso como digital.

2 - O Jornal Data Mercantil pode ser considerado um Jornal de Grande Circulação?

De acordo com o estudo realizado o Jornal Data Mercantil, em tese, deve ser considerado como um Jornal de Grande Circulação, uma vez que tem permeabilidade local, edições diárias, fácil acesso, distribuição impressa e digital, e valor adequado ao mercado.

3 – O Jornal Data Mercantil cumpre os requisitos para publicar as publicações legais, em conformidade com o artigo 289 da Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 6.404/76)?

Tendo em vista a resposta da questão anterior, onde, salvo melhor juízo, na minha visão o Jornal Data Mercantil deve ser considerado um Jornal de Grande Circulação sim, cumprindo o disposto no artigo 289 da Lei n. 6.404/76.

4 - O Jornal Data Mercantil detém a mesma estrutura dos grandes veículos de comunicação impressos?

Em face do comparativo e tabela apresentada na 3ª seção do presente parecer, evidencia-se que o Jornal Data Mercantil tem a sua estrutura similar ao que é adotado pelos maiores Jornais do Estado de São Paulo.

5 – A Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP) deve aceitá-lo como Jornal de Grande Circulação.

Sim, a Junta Comercial do Estado de São Paulo deve aceitar as publicações legais realizadas no Jornal Data Mercantil, porque este cumpre os requisitos Doutrinários e Jurisprudenciais para ser considerado um Jornal de Grande Circulação, satisfazendo, assim, a exigência legal contida no artigo 289 da Lei das Sociedades por Ações.

6 – O fato da empresa Jornalística responsável pela edição do Jornal não contar com CNAES/objeto social para edição de Jornais pode prejudicar o reconhecimento como meio de Grande Circulação?

Neste aspecto, considera-se prudente que a Empresa xxxxxxxxxxxx amplie seu objeto social com a inserção dos CNAES: 58.22-1-01 - Edição integrada a impressão de jornais diários; 63.19-4-00 - Portais, provedores de conteúdo e outros serviços de informação na internet; 58.12-3-01

- Edição de jornais diários; 73.19-0-99 - Outras atividades de publicidade não especificadas anteriormente.

Este é o meu parecer!
São Paulo, 31 de Março de 2020.
Armando Luiz Rovai
OAB/SP 129.782

Referências bibliográficas

ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**/ Aristóteles – tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru. Edipro. 2009.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 3. Ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1986.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de Direito Commercial Brasileiro**. São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos. 1937, V. I.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1997. 2.v.

_____. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva. 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 2. 20. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade Anônima**. 3.ed. rev e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

COVER, Robert M. **Nomos and Narrative**. “The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative” (1983). Faculty Scholarship Series. Paper 2705.

CRISTIANO, Romano. **Surgimento, Funcionamento e Término da Sociedade Anônima**. São Paulo. IOB Informações Objetivas, 1990

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

EIZIRIK, Nelson. **A lei das S/A comentada**. Volume II. Arts. 121 a 188, São Paulo: Quarter Latin, 2011.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de sociedades mercantis**. Volume primeiro. 5. ed. revista e aumentada. Rio de Janeiro 1958. Editora Nacional de Direitos LTDA.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Questões de Direito Comercial (Pareceres)**. Primeira série. 1929, São Paulo. Typographia Siqueira Salles Oliveira, Rocha & C.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Conflito de Interesses nas Assembleias de S.A.** São Paulo: Malheiros, 1993.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação Jurisprudencial**. 8. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

LACERCA, J.C Sampaio de. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. São Paulo, Saraiva, 1978.

LAMY FILHO, Alfredo, BULHÕES PEDREIRA, José Luiz coordenação **Direito das Companhias**. 2. ed., atual. e ref. Rio de Janeiro. Forense, 2017

LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. **Leis das Sociedades por ações anotada**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. **Estudos e Pareceres sobre Sociedades Anônimas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. **Mercado de Capitais & “insider trading”**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**, atual. Carlos Henrique Abrão. 39. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, sociedades comerciais, fundo de comércio**. 8. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro, Forense. 1981.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial**. v. III.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. T. 1, 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, v.1.

PAIS, Paulo Roberto Tavares. **Manual das sociedades anônimas**. São Paulo, Editora: Revista dos Tribunais, 1981.

REQUIÃO, Rubens. **Aspectos Modernos de Direito Comercial**. São Paulo. Saraiva, 1977. P.255

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 20. ed. São Paulo, Saraiva, 1991, 2. v.

REQUIÃO, Rubens, **Curso de direito comercial**, volume 2. Rubens Requião. São Paulo: Saraiva, 2003.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 2, vol. 27. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010

ROVAI, Armando Luiz. **Atualidades do Direito Empresarial Brasileiro**. Belo Horizonte. D’Plácido. 2019

SAAD, Marta. **Crimes econômicos e processo penal**. Série GV law. São Paulo: Saraiva, 2008.

TAVARES BORBA, José Edwaldo. **Direito Societário**. 12. ed.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda, 1919. **Das sociedades anônimas no direito brasileiro**. Egberto Lacerda Teixeira, José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Bushatsky, 1979.

VALVERDE, Trajano De Miranda. **Sociedades por ações**. Vol III. 2ª ed. Revista atualizada. Rio de Janeiro, 1953.

ZAITZ, Daniela. **Reponsabilidade dos Administradores de Sociedades Anônimas e por Quotas de Responsabilidade Limitada**, Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 740. jun. 1997. p. 32.

Esta obra foi composta pela Editora IBRemp em Fira Sans/Lato Sans e impressa pela Gráfica J.Sholna em papel offset 75gr/m².

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)

Nº 1 Ano 1
Janeiro-junho 2020
Publicação Semestral

ISBN: 978-65-993611-0-4



Realização:



A2 | soluções inteligentes

Apoio:

RUYZ ALCÂNTARA FILHO
ADVOGADOS

PANTOJA ADVOGADOS

MAZZARDO & COELHO
ADVOGADOS ASSOCIADOS

desde 1986

HUMBERTO LOPES CAVALCANTE
ADVOCACIA

LCM
LEITE CARDOSO & MELO
ADVOGADOS