

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO EMPRESARIAL

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

FABIO FERNANDES NEVES BENFATTI

MARIA RAFAELA JUNQUEIRA BRUNO RODRIGUES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fabio Fernandes Neves Benfatti; João Marcelo de Lima Assafim; Maria Rafaela Junqueira Bruno Rodrigues – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-735-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Empresarial. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Empresarial I teve seus trabalhos apresentados no dia 24 de Junho, após as 13h30min, durante o VI Encontro Virtual do CONPEDI, realizado entre os dias 20 a 24 de Junho de 2023.

Segue abaixo os principais elementos dos artigos apresentados.

A ALIENAÇÃO DOS BENS DO DEVEDOR NA FALÊNCIA: DO CONTRATO DE UNIÃO À REALIZAÇÃO DO ATIVO NA LEI Nº 11.101/2005, de Alexandre Ferreira de Assumpção Alves , João Pedro Werneck de Britto Pereira, O artigo tem por finalidade estudar a fase da realização do ativo no processo falimentar, etapa da liquidação, sob uma perspectiva histórica, expondo a evolução do tratamento legislativo. a disciplina prevista no Código Comercial e as inovações legislativas que lhe seguiram até a promulgação do Decreto-lei nº 7.661/45; na sequência, serão analisadas as disposições da legislação vigente, ou seja, a Lei nº 11.101/2005, em comparação com a legislação anterior, considerando-se, ainda, a reforma de 2020 com a Lei nº 14.112. Como constatado ao final da pesquisa, a realização do ativo constitui uma fase importantíssima do processo falimentar, cujo tratamento legislativo adquiriu maior complexidade e maturidade com o decorrer do tempo, a partir da edição de cada diploma legal. Em contraste à tímida disciplina do vetusto Código Comercial de 1850, atualmente a realização do ativo dispõe de regime detalhado, destacado em seção própria e consubstanciado em quase uma dezena de artigos.

A ATUAÇÃO EXPANSIVA DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE AO DIREITO FALIMENTAR, de Pedro Durão , Nadson Costa Cerqueira. Tem a intenção de abordar a atuação do Poder Judiciário e de forma mais específica, como esta é operacionalizada no Direito Empresarial diante dos institutos da Recuperação Judicial e Falência. Apresentaremos uma visão panorâmica desta atuação do Poder Judiciário, chamada de Ativismo Judicial e a forma com a qual este fenômeno reverbera diante da atualidade do Direito da Insolvência. O estudo em referência se propõe a promover uma análise acerca da dualidade existente entre a expressa disposição normativa e forma com a qual o Poder Judiciário vem implementando elementos advindos da interpretação constitucional, tudo no sentido de dar à lei uma maior efetividade. A partir de dados teóricos advindos de uma pesquisa bibliográfica, doutrinária e

jurisprudencial, o estudo irá demonstrar como esta participação mais ativa das decisões judiciais se conecta com os interesses dos particulares envolvidos no processo falimentar, e ainda, como estas decisões visam promover a garantia de direitos fundamentais.

A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE ECONÔMICA: UMA LIMITAÇÃO AO PODER INTERVENTOR DO ESTADO, de Estevao Grill Pontone , Keren da Silva Alcântara , Adriano da Silva Ribeiro, busca analisar o seguinte tema-problema: Qual foi a origem e evolução do princípio da liberdade econômica ? O presente artigo pretende trazer análise histórica do princípio da liberdade econômica, lembrando os diversos conceitos, nas perspectivas liberais e socialistas, tal como seu desenvolvimento até o capitalismo neoliberal. Diversas foram as tentativas de restringir a liberdade econômica, seja através da restrição daqueles que poderiam usar desta faculdade (período do direito comercial objetivo), ou na criação de barreiras para limitação do compartilhamento de mercadorias e tecnologias durante os impérios. O fato é que todos os impérios ruíram tecnologicamente e socialmente ao tentarem contra o livre mercado, o resultado foi a fome, miséria e estagnação. Desta forma, a Liberdade Econômica, mais do que um mero princípio do direito, se tornou a gênese do desenvolvimento e atuação do Estado Moderno, que coloca em choque duas grandes ideologias, que influenciaram o Séc XX e continuaram a influenciar o presente Século.

A LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: POLÍTICA PÚBLICA DE FORTALECIMENTO DA CIDADANIA OU IMPLEMENTAÇÃO DA SUBCIDADANIA? De Alexandre Eli Alves , Marcos Roberto Costa , Ricardo Augusto Bonotto Barboza. Diante do atual contexto, decorrente da crise econômica após a decretação do estado de calamidade pela pandemia que assolou a nação, foi criada a Lei do Superendividamento, que busca permitir ao consumidor, pessoa natural, exigíveis e vincendas, sem comprometer o seu mínimo existencial, que garanta as suas condições de subsistência básica. Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo principal analisar a referida legislação, sob o prisma dos direitos fundamentais e realizar uma ponderação com o direito empresarial, refletindo em relação a dignidade da pessoa humana e os seus impactos na cidadania e do cidadão. Entender os dois primas desta questão: deveres e direitos do cidadão, bem como o impacto sobre os demandantes financeiros, torna-se uma diretriz mister para garantir a estabilidade da economia. Por fim, o artigo conclui que há avanços na cidadania pela coletividade e, ao mesmo tempo, para o devedor, isso equivale à implementação da subcidadania.

A LIBERDADE PARA DISPOR CONTRA A LEI: UMA PERSPECTIVA DA LEI Nº 13.874/2019, de Estevao Grill Pontone , Keren da Silva Alcântara , Adriano da Silva Ribeiro, busca analisar o seguinte tema-problema: É possível que o pactuado em negócios

empresariais tenham validade acima da lei ? O presente artigo pretende trazer provocações e questionamentos acerca da liberdade econômica, trazendo exemplos práticos e teóricos acerca da sua aplicação, como direito que constitui a Liberdade Econômica. Observa-se que sem Liberdade Econômica não há recolhimento de impostos e trabalho, sem estes dois pressupostos não há recursos para financiamento dos poderes constitucionais, das instituições estatais e desenvolvimento social dos indivíduos. A Liberdade Econômica é mais que um mero princípio, é a garantia dos cidadãos de que os indivíduos poderão alcançar a justiça social sem a necessidade de dependerem do Estado. Conclui-se no sentido de que é possível, nos termos do Art. 3, VIII da Lei nº 13.874/2019 que se pactue contra a lei, desde que esta não seja de ordem pública.

A RELAÇÃO ENTRE O EQUILÍBRIO DA PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELLECTUAL E O BEM-ESTAR SOCIAL, de Flávio Maria Leite Pinheiro. apresenta uma discussão sobre a proteção da propriedade intelectual e sua relação com o bem-estar social. Inicialmente, definiu-se o conceito de propriedade intelectual e sua importância para a inovação e desenvolvimento econômico. Em seguida, discutiu-se os diferentes tipos de proteção de propriedade intelectual, bem como as críticas à proteção excessiva e seus impactos negativos na sociedade. Foi destacado a importância de encontrar um equilíbrio entre a proteção da propriedade intelectual e o bem-estar social, com exemplos de políticas públicas que buscam promover essa equidade. Foi enfatizado o papel do Estado na promoção desse equilíbrio, destacando a necessidade de reformas na legislação de propriedade intelectual para garantir a acessibilidade e disponibilidade de informações e tecnologias. Por fim, foram apresentadas perspectivas para o futuro da proteção da propriedade intelectual e sua relação com o bem-estar social, apontando para a importância de medidas que promovam a inovação e ao mesmo tempo protejam os direitos de acesso à informação e tecnologia. Diante do exposto, conclui-se que é necessário buscar um equilíbrio entre a proteção da propriedade intelectual e o bem-estar social, a fim de promover o desenvolvimento econômico e social sustentável. A proteção excessiva da propriedade intelectual pode levar a efeitos negativos na sociedade, mas medidas que promovam o acesso à informação e tecnologia podem contribuir para a inclusão social e o progresso.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXCEÇÃO PREVISTA NO §4º DO ART. 202 DA LEI Nº 6.404/76, de Fabio Garcia Leal Ferraz , Álvaro Lima Garcia , Kelly Cristina Canela, Investigar o dispositivo legal contido no §4.º do artigo 202 da Lei n.º 6.404 de 15 de dezembro de 1976, devido à ausência de conceituação quanto ao termo situação financeira incompatível e a divergência doutrinária a respeito de sua competência. O problema resumiu-se em saber: o que seria uma situação financeira incompatível e a quem compete reconhecê-la. propõe-se a examinar o texto legal juntamente com os institutos que circundam sua

aplicação, a fim de demonstrar qual a correta aplicação da norma no universo da Lei n.º 6.404/1976. Faz-se uma análise sobre os principais aspectos de uma sociedade anônima, juntamente com seus elementos essenciais e sobre o instituto do dividendo e sua obrigatoriedade, até que seja alcançado o dispositivo a ser analisado. Através da pesquisa exploratória, por meio da bibliografia e documentação pertinentes, trata-se os dados qualitativamente pelo método dedutivo, que se mostrou o mais adequado à pesquisa. Em suma, a situação financeira incompatível não possui conceituação justamente pelo incontável número de situações que poderão ensejar sua alegação, e ainda, restará sempre à assembleia geral decidir se acata ou não sua alegação.

DIREITO DIGITAL E A FORMAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS ELETRÔNICOS APLICADOS AO AGRONEGÓCIO, de João Luis Severo Da Cunha Lopes , Débora Bervig , Cleide Calgaro, Visa analisar as novas tecnologias e os aspectos relacionados ao mundo digital na economia que surgiram para colaborar com as negociações e apresentar instrumentos que facilitam o dia a dia empresarial. A eliminação dos arquivos em papel, o ganho de tempo e segurança, bem como a diminuição de burocracias para a formalização dos negócios jurídicos são algumas das vantagens da digitalização do processo. Os negócios jurídicos eletrônicos aplicados à seara do agronegócio, com a análise da validade e estrutura desses negócios jurídicos eletrônicos, além do uso das assinaturas eletrônicas em interações inerentes a atividade agrária com o ente público.

HÁ RESPALDO TEÓRICO PARA A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR ATOS LEGISLATIVOS DANOSOS À ATIVIDADE EMPRESARIAL?, de Daniel Stefani Ribas , Danúbia Patrícia De Paiva , Anna Carolina Calzavara de Carvalho Machado, analisar se leis passíveis de interferir na atividade empresarial, caso causem dano considerável, podem, em tese, dar azo à responsabilização pelo Estado. Referido questionamento é relevante diante do aumento da complexidade das relações sociais contemporâneas, o que faz com que muitos estudiosos do Direito reavaliem o instituto da Responsabilidade Civil. Ademais, a evolução das relações jurídicas privadas, sobretudo nas empresas de tecnologia, traz discussões importantes sobre a autonomia privada e a necessidade da interferência estatal na sua regulamentação, pois são empresas de alta complexidade, exigindo do Estado maior aprofundamento e estudos a fim de trazer legislação coerente com os princípios constitucionais do Direito Empresarial. A análise considerou o conceito autônomo do Direito empresarial em relação aos demais ramos do Direito.

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: É POSSÍVEL MANIPULAR DADOS PESSOAIS SEM ENQUADRÁ-LOS EM UMA DAS BASES LEGAIS DA LEGISLAÇÃO?, de Renata Capriolli Zocatelli Queiroz , Mariane Menezes Benicio ,

Anivaldo Rodrigues da Silva Filho, As bases legais de tratamento, mais especificamente na possibilidade ou não da realização de tratamento de dados sem prévio enquadramento desses à luz das diretrizes traçadas pela Lei nº 13.709 de 2018, conhecida popularmente como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais ou LGPD. O trabalho aborda o contexto global da popularização das tecnologias e a sua influência no surgimento da atual sociedade da informação. Utilizou-se o método dedutivo através de pesquisas bibliográficas e documentais. Analisaram-se os objetivos e fundamentos da lei. Após o estudo dos preceitos fundamentais da LGPD e das suas exigências legais para realização de tratamento de dados, conclui-se que é necessário que os agentes de tratamento analisem previamente as hipóteses legais denominadas como bases legais antes de realizarem o tratamento de dados pessoais, a fim de se adequarem às normas da LGPD e legitimarem as atividades que envolvem dados pessoais.

O DIREITO (E DEVER) À INFORMAÇÃO NAS COMPANHIAS ABERTAS, CONFIDENCIALIDADE E A RESOLUÇÃO CVM 80/2022. Luccas Farias Santos , Eduardo Oliveira Agostinho. Apresentar a relação entre o direito à informação dos agentes econômicos que atuam no mercado de capitais e o dever de informar das companhias, relacionando-os com a própria natureza principiológica do mercado de capitais e do sistema capitalista, ao mesmo tempo que rebate o aparente conflito com a confidencialidade, especialmente aquela surgida de demandas arbitrais. Para tanto busca-se assentar os direitos e deveres atinentes às sociedades anônimas, especialmente àquelas de capital aberto, e, ao mesmo tempo que se identifica o conceito de confidencialidade, especialmente como ele se relaciona com a arbitragem, busca-se identificar os principais pontos da resolução CVM 80 /2022, para, ao fim, exercitar a hermenêutica jurídica para buscar responder se de fato existe algum conflito entre os bens jurídicos tutelados.

O DIVIDENDO E SUA OBRIGATORIEDADE NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS, de Fabio Garcia Leal Ferraz , Álvaro Lima Garcia , Kelly Cristina Canela. Investigar o instituto do dividendo obrigatório nas sociedades anônimas, elencando e definindo os sujeitos da relação (a companhia e os acionistas), o direito que os acionistas têm de participação nos lucros da empresa, a conceituação do dividendo, a origem de sua obrigatoriedade no Decreto-Lei n.º 2.627 de 1940 e por fim, esmiuçar suas regras à luz da Lei n.º 6.404 de 1976, catalogando como e quando deve ser pago e em quais hipóteses estará desobrigado o seu pagamento, constata-se que o legislador preocupou-se em não deixar os acionistas, principalmente os que não possuem interesse em dirigir o negócio, à mercê dos administradores, garantindo que seu direito seja satisfeito respeitando os desígnios da própria companhia, de forma a ponderar ambos interesses.

O ECOSSISTEMA DE VIGILÂNCIA E O IMPACTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS EMPRESAS. de Pedro Durão , Marluany Sales Guimarães Poderoso. O uso da Inteligência Artificial nas empresas e como a adoção desse método tecnológico pode causar impactos na ordem econômica e jurídica do País. Examinar os perigos da intitulada “algocracia” e sua influência direta na mudança cultural da vida humana, principalmente no que tange ao comportamento, privacidade e democracia. Além disso, verificar como a coleta de dados e o seu uso pelas grandes empresas impactam na autonomia do ser humano de realizarem livremente escolhas “não vigiadas”. A metodologia utilizada, de abordagem hipotético-dedutivo, com base em dados teóricos obtidos através de pesquisa bibliográfica e doutrinária, propõe-se a analisar as principais características da Inteligência Artificial e do uso de algoritmos pelas empresas; examinar a proteção dos direitos e garantias fundamentais sob a perspectiva do constitucionalismo digital, e, por fim, verificar o ecossistema de vigilância e o impacto da utilização da inteligência artificial nas empresas, inclusive como um ferramenta para proteger não apenas os dados em si, mas também os valores centrais, como privacidade pessoal, autonomia e democracia.

O INIMIGO OCULTO NAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E QUANDO A CONCORRÊNCIA DESLEAL É PRATICADA DE QUEM MENOS SE ESPERA, de Iago santana de Jesus , Leonardo Da Silva Sant Anna. Discorre sobre a concorrência desleal de sócio e/ou funcionário que, de forma oculta, em proveito próprio ou alheio, desvia clientela ou conhecimento de sociedade empresária com a qual já manteve ou possui algum tipo de vínculo. Justifica-se esta pesquisa pela importância do tema de concorrência desleal para as sociedades empresárias, principalmente pelo fato do crime ora investigado ter como agente pessoa sem qualquer tipo de suspeita. Investigar como ocorre o crime de concorrência desleal a partir das linguagens comercial, societária e trabalhista e as repercussões para a sociedade. O estudo revela-se importante para o Direito e, em especial, para o Direito da Empresa, haja vista que este tipo de concorrência desleal advém de pessoa de confiança da sociedade empresária que, por vezes, tem acesso à informação privilegiada e, até mesmo, ao segredo industrial. a pesquisa permitiu a unificação em um único trabalho das diferentes abordagens sobre o crime nas legislações societária, comercial e trabalhista, demonstrando a importância do estudo do Direito de forma abrangente. pesquisa permitiu a unificação em um único trabalho das diferentes abordagens sobre o crime nas legislações societária, comercial e trabalhista, demonstrando a importância do estudo do Direito de forma abrangente.

POR TRÁS DOS STORIES: LIMBO JURÍDICO DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS EM SUA CLASSIFICAÇÃO PROFISSIONAL. De Pâmela Boschetti , Alessandra Lignani de Miranda Starling e Albuquerque. Os influenciadores digitais são profissionais que se tornaram uma forma eficaz de publicidade e marketing para as empresas. No entanto, a

atividade desses profissionais também apresenta desafios legais que precisam ser enfrentados para garantir a proteção dos consumidores e dos próprios influenciadores digitais. O desenvolvimento das redes sociais e seu desenvolvimento em plataformas de vendas impulsionou o crescimento dos influenciadores digitais. As redes sociais oferecem um ambiente em que as pessoas podem compartilhar informações e se conectar com outras pessoas, os influenciadores se aproveitam dessas conexões para promover produtos e serviços, com o objetivo de influenciar a opinião dos consumidores os incentivando a realizar compras e adquirir bens. O direito do consumidor é uma área importante a ser considerada, uma vez que os influenciadores digitais têm o poder de influenciar a opinião dos consumidores sobre produtos e serviços. É fundamental que esses profissionais divulguem claramente a natureza publicitária de sua atividade e evitem qualquer prática que possa ser considerada enganosa ou fraudulenta. Caracteriza-se como uma nova atividade profissional, ainda carecem de regulamentação, para tanto, as áreas do direito, civil, direito consumidor e direito empresarial, foram analisadas, para definir melhor a classificação profissional dessas pessoas. Muitos influenciadores digitais são empreendedores que trabalham por conta própria e geram renda a partir de seus próprios esforços e habilidades. No entanto, é importante que esses profissionais estejam cientes dos desafios legais envolvidos na atividade e busquem orientação legal para garantir a legalidade de sua profissão.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ALTERAÇÕES NO TRATAMENTO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS E EFEITOS NA ATUAÇÃO DO JUÍZO UNIVERSAL, de Helena Beatriz de Moura Belle , Amanda Moreira Silva, discorrer sobre um recorte temático para envolver a pertinência da aplicação do procedimento viabilizador do soerguimento da situação de crise econômico-financeira de devedor empresário, tendo como foco o crédito tributário e a atuação do juízo competente. Em situação de insolvência, recuperável ou não, vários institutos podem ser aplicáveis; há possibilidades de alcance do sucesso a depender da ação dos stakeholders, dentre eles, o próprio devedor, os credores e outros agentes importantes que interveem nas fases de estruturação e concretização do plano de recuperação. O estudo permitiu concluir que as alterações promovidas na lei de recuperação e falência, em 2020, no que diz respeito a aplicabilidade em determinados procedimentos, já estavam em utilização, embora por ativismo do judiciário, pois, no direito empresarial, os usos e os costumes norteiam o surgimento de novas normativas legais, bem como, as manifestações de doutrinadores e julgados recentes envolvendo as Fazendas Públicas, culminando com parcelamentos de créditos tributários e reconhecimento da competência do juízo universal, confirmando a pertinência na adoção do instituto de recuperação judicial.

SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL: DA LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL ÀS PERSPECTIVAS DE DESENVOLVIMENTO

SOCIAL E ECONÔMICO NO ESTADO DO PARÁ, de Luciana Neves Gluck Paul , Gladson Pereira Américo Filho, Analisar de que maneira de que maneira a Sociedade Limitada Unipessoal pode contribuir para o desenvolvimento social e econômico no Estado do Pará. Para alcançar esse objetivo, contempla, na primeira seção, contextualização da discussão jurídico/doutrinária da limitação de responsabilidade da figura empresarial concretizada sem multiplicidade de sócios. Em um segundo momento, investiga-se a forma de aplicação dessa discussão no Ordenamento Jurídico Brasileiro, em especial com a Lei nº 12.441/2011, que instituiu a EIRELI e a Lei nº 13.874/2019, que viabilizou o surgimento das Sociedades Limitadas Unipessoais. Em seguida será apresentado o diálogo entre o debate estritamente jurídico e as razões que conduziram à sua aceitação, para, por fim, indicar a relevância do recente permissivo legal para o estado do Pará, representativo dentro da realidade amazônica, com potencial repercussão na estruturação de negócios e produtividade no setor privado local, a ser apurado nos próximos anos, também enquanto fomento da Responsabilidade Social Empresarial e dos fatores Ambientais, Sociais e de Governança.

TÍTULOS DE CRÉDITO ELETRÔNICOS: UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA E EVOLUTIVA DA DUPLICATA VIRTUAL. De Alexandre Ferreira de Assumpção Alves , Raul Gonçalves Baptista, Apresentar ao leitor um resgate evolutivo da duplicata, como meio de constituição de obrigações cambiais e importante mecanismo de circulação de crédito no país, e a influência dos meios digitais sobre o instituto. Constatou-se que, inicialmente e antes da criação da duplicata, as segundas vias da fatura eram suficientes para a cobrança do crédito por meio de execução, passando para possibilidade de emissão da duplicata até o estágio atual de desmaterialização do título, de modo a confirmar a relevância do instrumento na circulação de crédito no Brasil. Nesse contexto, evidenciou-se que a consolidação da duplicata enquanto título de crédito foi tormentosa. Alvo de críticas e de interesses fiscais, a duplicata experimentou diversos tratamentos legislativos. Todavia, a partir do avanço dos meios eletrônicos de constituição de obrigações, a prática bancária passou a operar com boletos bancários, instruídos do respectivo instrumento de protesto e da comprovação da entrega das mercadorias e/ou prestação de serviços, como se duplicata fossem, o que se convencionou denominar de duplicata virtual.

Convidamos a todos e todas para a leitura dos textos que seguem como forma de contribuição para o repensar de um Direito imerso em realidade que se transforma a olhos vistos em sociedade, agora, altamente influenciada pelas novas tecnologias.

Junho de 2023.

João Marcelo de Lima Assafim. Universidade Federado do Rio de Janeiro.

Fabio Fernandes Neves Benfatti. Universidade do Estado de Minas Gerais.

Maria Rafaela Junqueira Bruno Rodrigues. Faculdade de Direito de Franca.

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXCEÇÃO PREVISTA NO §4º DO ART. 202 DA LEI
Nº 6.404/76**

**CONSIDERATIONS ON THE EXCEPTION PROVIDED FOR IN §4 OF ART. 202
OF LAW NO. 6,404/76**

Fabio Garcia Leal Ferraz ¹
Álvaro Lima Garcia ²
Kelly Cristina Canela ³

Resumo

O objetivo geral do presente trabalho é investigar o dispositivo legal contido no §4.º do artigo 202 da Lei n.º 6.404 de 15 de dezembro de 1976, devido à ausência de conceituação quanto ao termo situação financeira incompatível e a divergência doutrinária a respeito de sua competência. O problema resumiu-se em saber: o que seria uma situação financeira incompatível e a quem compete reconhecê-la. O atual trabalho propõe-se a examinar o texto legal juntamente com os institutos que circundam sua aplicação, a fim de demonstrar qual a correta aplicação da norma no universo da Lei n.º 6.404/1976. Faz-se uma análise sobre os principais aspectos de uma sociedade anônima, juntamente com seus elementos essenciais e sobre o instituto do dividendo e sua obrigatoriedade, até que seja alcançado o dispositivo a ser analisado. Através da pesquisa exploratória, por meio da bibliografia e documentação pertinentes, trata-se os dados qualitativamente pelo método dedutivo, que se mostrou o mais adequado à pesquisa. Em suma, a situação financeira incompatível não possui conceituação justamente pelo incontável número de situações que poderão ensejar sua alegação, e ainda, restará sempre à assembleia geral decidir se acata ou não sua alegação. Por isso, a aplicação concreta da norma objeto do presente trabalho deverá sempre ser bem fundamentada e exposta com clareza à assembleia, para que, em cada caso, seja tomada a melhor decisão visando garantir os interesses dos acionistas e a saúde financeira da companhia.

Palavras-chave: Sociedades anônimas, Acionistas, Dividendos obrigatórios, Situação financeira incompatível, Retenção dos lucros

Abstract/Resumen/Résumé

The general objective of the present work is to investigate the legal provision contained in §4

¹ Doutor em Direito Empresarial pela USP-SP. É pesquisador da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP) e sócio desde 2008 do escritório Bernardini, Martins & Ferraz – Advogados.

² Servidor público do Município de Ibiraci e Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF).

³ Doutora em Direito pela USP-SP. Mestra em Direito pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Docente dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da UNESP.

of article 202 of Law n. of its competence. The problem boiled down to knowing: what would be an incompatible financial situation and who should recognize it. The current work proposes to examine the legal text together with the institutes that surround its application, in order to demonstrate the correct application of the norm in the universe of Law n.º 6.404 /1976. An analysis is made on the main aspects of a corporation, along with its essential elements and on the dividend institute and its obligation, until the device to be analyzed is reached. Through exploratory research, through the bibliography and relevant documentation, the data are treated qualitatively by the deductive method, which proved to be the most suitable for the research. In short, the incompatible financial situation has no conceptualization precisely because of the countless number of situations that may give rise to its allegation, and yet, it will always remain for the general meeting to decide whether or not to accept its allegation. For this reason, the concrete application of the norm object of this work must always be well founded and clearly exposed to the meeting, so that, in each case, the best decision is taken in order to guarantee the interests of the shareholders and the financial health of the company.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Business corporations, Shareholders, Mandatory dividends, Incompatible financial situation, Profit retention

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é explorar a norma que se extrai do §4.º do artigo 202 da LSA. Para isso, são analisados os institutos que permeiam o estudo das sociedades anônimas, tais quais, as ações, os acionistas e seu direito em participar dos lucros sociais, o dividendo, sua obrigatoriedade e por fim, a exceção por razão da situação financeira incompatível.

Para isso, por meio da pesquisa bibliográfica, onde são estudados autores como Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (2017), Modesto Carvalhosa (2002, 2003 e 2022), Rubens Requião (2014) e outros; e da pesquisa documental da Lei n.º 6.404/1976 (LSA), da Lei n.º 10.406/2002 (Código Civil) e de deliberações e orientações das autoridades competentes, procura-se responder os seguintes questionamentos: o que seria uma situação financeira incompatível? A quem compete reconhecê-la?

Tratando-se os dados qualitativamente, por meio dos conceitos e valores que permeiam o instituto, bem como utilizando-se do método dedutivo, nesse recorte que parte dos preceitos gerais que regem as sociedades anônimas para alcançar as conclusões específicas sobre o tema tenta-se solucionar a questão posta.

Contudo, não pretende-se com este artigo exaurir a análise do tema, objetivando apenas enriquecer o estudo do mesmo, contribuindo para o amadurecimento e desenvolvimento do objeto da investigação e conseqüentemente das sociedades anônimas sujeitas a ele.

2 AS SOCIEDADES ANÔNIMAS E INSTITUTOS CONEXOS

Companhia ou sociedade anônima é a pessoa jurídica de direito privado cujo capital social é dividido em ações na qual a responsabilidade dos sócios ou acionistas é limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas (LAMY FILHO, PEDREIRA, 2017, p. 21).

Assim, o que distingue a companhia dos demais tipos de sociedades empresárias é, em resumo: a) a natureza de sociedade de capitais; b) a divisão do capital social em ações; c) a responsabilidade limitada e d) a natureza sempre empresarial., conforme artigo 1.088 do Código Civil e art. 1.º da LSA.

Dessa forma, serão analisados os institutos das ações, dos acionistas e o direito que estes têm em participar dos lucros sociais, pois, sendo o §4.º do art. 202 uma exceção ao

direito de participar dos lucros, deve o direito sujeito à exceção ser examinado para que se possa extrair a máxima efetividade da norma investigada.

2.1 As Ações

Por herança do Corpus Juris Civilis, o ocidente herdou o conceito de propriedade abrangendo o *jus utendi, fruendi ac abutendi*, pelo qual o proprietário detém o poder de usar, gozar, e abusar de seu domínio, dispondo da propriedade e da totalidade de seus frutos (REQUIÃO, 2014, p. 103).

Porém, com a chegada do acionariado, há uma verdadeira revolução no instituto da propriedade privada, dissociando a gestão e a fruição do bem, garantindo ao proprietário o gozo dos frutos, mas retirando deste a gestão e administração do bem (REQUIÃO, 2014, p. 103).

Na empresa clássica, o empresário aplica o capital e corre o risco de perdê-lo, juntamente com a legitimação de sua direção, propriedade e responsabilidade, utilizando, para que isso não ocorra, suas habilidades de empresário (REQUIÃO, 2014, p. 103-104).

Nas sociedades anônimas, pelo menos em sua essência, o poder de direção, a responsabilidade e a propriedade se atenuam, um grupo de acionistas dirige a sociedade, não sendo necessariamente majoritários, pois as companhias possuem a tendência cada vez maior de dispersarem suas ações no mercado, tornando difícil o acúmulo da maioria das ações em seu conceito clássico. (REQUIÃO, 2014, p. 104).

Os bens físicos, reais, pelos quais o proprietário exercia domínio e era responsável, são substituídos por “folhas de papel” que representam um conjunto de direitos e obrigações para com uma empresa, mas que não abarcam nenhuma responsabilidade em relação aos seus bens físicos (REQUIÃO, 2014, p. 104).

Classificam-se as ações em três espécies: ações ordinárias, ações preferenciais e ações de fruição (TOMAZETTE, 2021, p. 495).

As ações ordinárias são aquelas em que normalmente se divide o capital social, não possuem preferências ou condições, conferem aos seus titulares os direitos ordinários de sócio e a criação destas é obrigatória em toda companhia (TOMAZETTE, 2021, p. 495).

Nas companhias fechadas o artigo 16 da LSA permite que as ações ordinárias possuam classes diferentes em função da conversibilidade em ações preferenciais, da exigência de nacionalidade brasileira do acionista, ou do direito de voto separado para o

preenchimento de determinados cargos de órgãos administrativos, o que não é admitido nas abertas, devendo nesta serem todas iguais, sem diversificação de classes.

As ações preferenciais, como a própria expressão as define, conferem aos titulares vantagens e preferências especiais, que escapam à natureza das ações ordinárias (REQUIÃO, 2014, p. 121).

Seu traço característico aparece nos privilégios de ordem patrimonial, o que, em contrapeso, pode significar a ausência do direito a voto, que deverá decorrer de cláusula expressa contida no estatuto da companhia. Sendo o estatuto omissivo, terá a ação preferencial direito de voto pleno (TOMAZETTE, 2021, p. 496-497).

A ideia de se ter uma ação preferencial sem direito a voto remonta ao direito europeu, onde é largamente conhecida, e trata de importante mecanismo capaz de angariar recursos do mercado sem que haja risco de atingir a estabilidade do poder sobre a companhia, separando, portanto, os detentores do poder (titulares das ordinárias) e os detentores do capital (titulares das preferenciais).

As ações de fruição, chamadas de ações de gozo pela lei anterior, são as resultantes das amortizações das ações ordinárias ou preferenciais, se o estatuto dispuser delas ou a assembleia geral extraordinária às determinar (REQUIÃO, 2014, p. 126).

São as que recebem durante sua vida social o valor que lhes caberia em caso de liquidação da companhia, de forma antecipada, podendo ser a amortização de forma parcial ou total, e ainda, em caso de ocorrer a liquidação da sociedade, concorrem apenas ao acervo líquido depois de assegurado aos demais acionistas um valor igual ao valor corrigido da amortização, por força do §5.º do art. 44 da LSA.

2.2 Os Acionistas

Sócio é a designação utilizada para descrever a pessoa que se associa com uma outra, ou outras, para constituir a sociedade mercantil, já o acionista é o membro da sociedade anônima, que possui o capital dividido em ações.

Muitos são os motivos que fazem o interessado aderir à companhia, tornando-se acionista, e todos eles são importantes para que a companhia cresça e se desenvolva de forma saudável e sustentável.

Marlon Tomazette divide os acionistas em três grandes grupos: a) o acionista-rendeiro, que pretende adquirir renda com as ações em razão da distribuição dos lucros aos acionistas, b) o acionista-especulador, que não enxerga nas ações da companhia

uma real participação empresarial, mas apenas a qualidade de papel comercializável negociado com alta liquidez nos mercados de bolsa e balcão, e passível de sofrer variações em seu valor capazes de gerar ganhos no momento certo e c) o acionista-empresário, que possui o *animus* de administrador (2021, p. 526-527).

Os três grupos são importantes para a companhia, devendo a lei disciplinar o equilíbrio entre elas, a fim de garantir os benefícios que o interesse deles trarão e eliminar seus malefícios.

Ser detentor de ações traz consigo uma variedade de direitos e obrigações, dentro os quais, direitos tidos como essenciais, que não são atingíveis pelo estatuto ou pela assembleia geral, sem os quais o estado de sócio estaria descaracterizado, possuindo o acionista, nestes casos, uma relação com a sociedade anônima que não a de sócio (PIMENTA, 2017, p. 160).

Dentre esses direitos essenciais, o direito de participar dos lucros sociais, disciplinado no art. 109, inc. I da LSA, é o que mais se relaciona com o objetivo das sociedades comerciais, pois o que caracteriza a companhia é a finalidade lucrativa (art. 2º LSA), e sendo esta criada pelos acionistas para auferir lucros a serem por eles percebidos, nada mais justo que a lei reconhecer tal benefício, protegendo-o dos interesses do órgão da administração.

Porém, este direito à participação nos lucros é genérico, e se materializa em direitos específicos dele decorrentes, sendo o principal o direito de recebimento do dividendo em cada exercício social (LAMY FILHO, PEDREIRA, 2017, p. 227).

3 O DIVIDENDO E SUA OBRIGATORIEDADE

3.1 O Dividendo

O dividendo é a parcela de lucro líquido de exercício que a companhia distribui a seus acionistas, em conformidade com a deliberação da assembleia geral de acionistas, proveniente do lucro líquido do exercício, depois de deduzidos custos e a participação de terceiros (LAMY FILHO, PEDREIRA, 2017, p. 1.237).

Além de direito essencial do acionista, é tido como uma maneira de atrair interessados no negócio, principalmente em se tratando de companhias que possuem capital aberto em bolsa de valores mobiliários.

O artigo 201 da LSA dispõe que o pagamento dos dividendos somente ocorrerá à conta do lucro líquido do exercício e da reserva de lucros. Excepcionalmente poderá ser à

conta de reserva de capital (art. 182, §1.º), mas de forma exclusiva nos casos das preferenciais com prioridade na distribuição de dividendo cumulativo (art.17, §6.º).

3.2 Obrigatoriedade do Dividendo

Observa-se no artigo 202, *caput*, da LSA, que o legislador constrangeu a companhia a fixar um dividendo mínimo, porém optou por dar certa discricionariedade às companhias na fixação do *quantum* a ser pago, atuando supletivamente em caso de omissão do estatuto, de forma a garantir o direito de recesso em razão da fixação inferior à 25% e a distribuição de metade do lucro líquido ajustado (por deduções e acréscimos) na falta de disciplina estatutária (art. 202, inc. I, LSA).

Pode o dividendo ser porcentagem do lucro ou do capital social, ou ainda, convencionado de forma diversa, desde que tenha aspecto preciso e minucioso (art. 202, §1). Não pode, porém, ser fixado de modo a ficar os acionistas à mercê dos órgãos da administração, hipótese que equipara-se à omissão, e por consequência, sujeita à regra supletiva de fixação.

Porém, em que pese a LSA tenha avançado ao garantir o dividendo mínimo obrigatório, não o faz com absolutismo, uma vez que o próprio §3.º do art. 202 permite à assembleia geral, desde que não haja oposição de qualquer acionista presente, deliberar o pagamento inferior ao obrigatório ou até mesmo realizar a retenção total do lucro líquido do exercício. Porém, apenas nas sociedades anônimas abertas para captação exclusiva de recursos por meio de emissão de debêntures não conversíveis em ações e companhias fechadas, com exceção das controladas por companhias abertas que não se enquadrem na hipótese anterior (art. 202, §3.º, incs. I e II).

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXCEÇÃO PREVISTA NO §4.º DO ARTIGO 202 DA LEI N.º 6.404/1976

Pode ser remota a possibilidade de a totalidade dos acionistas presentes na assembleia geral ordinária votarem pela deliberação em valor inferior ou retenção total dos lucros obtidos pela empresa (hipótese do artigo 202, §3.º), bem como pode não ser dada tal oportunidade, se tratando de companhias abertas que não estão abarcadas pelo §3.º.

Assim, optou o legislador em elencar uma opção onde a maleabilidade disponível às empresas é maior: a situação financeira incompatível disposta no §4.º do art. 202.

4.1 Facultatividade e Competência

Diz o §4.º que o dividendo obrigatório previsto no artigo 202 não será obrigatório no exercício social em que os órgãos da administração informarem à assembleia geral ordinária ser ele incompatível com a situação financeira da companhia, sendo assim, o legislador optou por facultar a distribuição do mesmo, a depender da situação financeira em que se encontrar a empresa.

O primeiro impasse encontrado no texto legal refere-se à competência dessa discricionariedade. Alguns doutrinadores acreditam ser a competência dos órgãos de administração, outros acreditam ser a decisão própria da assembleia geral ordinária de acionistas.

4.1.1 Competência dos Órgãos de Administração

No Processo Administrativo Sancionador CVM n.º 3/2002 – Comissão de Inquérito, da Relatora Norma Jonssen Parente, disse a CVM: “(...) A não declaração do dividendo obrigatório nos termos do §4º do art. 202 da Lei n.º 6.404/76 e a respectiva constituição da reserva especial de dividendo de que trata o parágrafo 5º do art. 202 da Lei n.º 6.404/76 decorrem de juízo da administração da companhia.”

Ainda, a deliberação da CVM de número 683 aprovou a Interpretação Técnica ICPC 08 (R1) do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, que trata da contabilização da proposta de pagamento de dividendos, que diz ser esta uma “discricionariedade conferida por lei aos administradores como vistas a evitar o comprometimento da gestão de caixa e equivalente de caixa da entidade, desde que observadas outras condicionantes legais”.

Alinhado a esse pensamento, Carvalhosa diz: “compete aos órgãos de administração decidir pela não distribuição de dividendo, desde que julguem ser o mesmo incompatível com a situação financeira da companhia” (2003, p. 787).

Não cabendo, portanto, à assembleia geral deliberar sobre a distribuição ou não dos dividendos obrigatórios, devendo cingir-se a homologar o que a respeito decidir o Conselho de Administração (CARVALHOSA, 2003, p. 787).

Tal entendimento baseia-se na ideia de que os administradores possuem responsabilidades que não alcançam os demais acionistas, respondendo civilmente quando ultrapassarem os atos regulares de gestão ou quando procederem, dentro de suas atribuições

com culpa e dolo ou penalmente quando recaírem em infrações penais (REQUIÃO, 2014, p. 283).

Além de possuírem deveres, tais quais de diligência e lealdade já vistos, sempre atuando com o fim de exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e o interesse da companhia, ficando vinculados às decisões tomadas, bem como às suas consequências, em virtude da lei.

4.1.2 Competência da Assembleia Geral

Porém, aos que entendem ser de competência da assembleia geral, a análise minuciosa da expressão utilizada pelo legislador, traz outra conclusão. Aqui, preceitua-se que a solução mais coerente com o sistema da LSA seria a que possibilita à assembleia geral, formando maioria, optar pela distribuição ou não do dividendo, não sendo vinculante a posição dos órgãos de administração.

Nas palavras de Campinho: “Não se pode ter dúvidas de que a assembleia geral é soberana para decidir se distribui ou não os dividendos obrigatórios. Será sua palavra final, a teor da competência que lhe resulta do inciso II do art. 132” (2018, p. 339).

4.1.3 A Opção Mais Coerente Com o Sistema da LSA

Sabe-se ser tal situação uma colisão entre os interesses da companhia de se manter saudável e livre de riscos, e os interesses dos acionistas de receberem a parcela do lucro do exercício que lhes cabe.

Contudo, não é prudente conceder aos administradores uma espécie de poder fiscal sobre as decisões da assembleia geral, dando livre arbítrio aos administradores nas situações em que entenderem ser a situação incompatível, restringindo os demais sócios do direito de recebimento dos dividendos.

Diz o artigo 132 da LSA:

Anualmente, nos 4 (quatro) primeiros meses seguintes ao término do exercício social, deverá haver 1 (uma) assembleia-geral para:

I - tomar as contas dos administradores, examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras;

II - deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos;

III - eleger os administradores e os membros do conselho fiscal, quando for o caso;

IV - aprovar a correção da expressão monetária do capital social (artigo 167).

Tem-se que a competência para deliberar sobre a destinação dos lucros das companhias é da assembleia geral, e não dos órgãos administrativos, estes devem fornecer os meios necessários para que a assembleia decida sobre a retenção.

Ademais, como visto, as sociedades anônimas sempre possuem fins empresariais, e sendo assim, sempre são constituídas visando o lucro, bem como é a participação nos lucros direito essencial dos sócios ou acionistas. Assim, a decisão que retira desses a participação deve ser tomada na assembleia geral, sendo contrário à própria legislação o arbítrio da administração.

Nesse sentido, o §1.º do artigo 202 diz em sua parte final que a fixação do dividendo não pode sujeitar os acionistas minoritários ao arbítrio dos órgãos de administração ou da maioria, e da mesma forma o §3.º diz ser de competência da assembleia geral a decisão de distribuição de dividendo inferior ao obrigatório.

Ainda no mesmo viés, a própria adoção de um capítulo ao dividendo obrigatório presente na LSA demonstra a preocupação do poder público em instituir a obrigatoriedade da distribuição como forma de proteção aos acionistas (REQUIÃO, 2014, p. 320).

Caberá, portanto, aos administradores, apenas informarem à assembleia geral a incompatibilidade decorrente da má situação financeira da companhia, ficando a cargo da própria assembleia deliberar sobre a distribuição ou não dos dividendos.

4.2 A Situação Financeira Incompatível

O dividendo, em regra, será pago se houver a empresa auferido lucro no exercício. Sendo assim, pode parecer estranho o cerceamento deste por motivo de situação financeira incompatível. Se uma empresa experimentou lucro, como pode ela alegar estar em situação financeira que impeça a distribuição dele?

Inicialmente, tem-se que nem sempre o pagamento do dividendo será com base no lucro líquido do exercício, poderá ser à conta dos lucros acumulados e da reserva de lucros, podendo, portanto, haver o pagamento dos dividendos mesmo que naquele exercício tenha a empresa experimentado algum prejuízo.

4.2.1 Lucro v/s Caixa

Porém, mesmo havendo lucros no exercício e reserva de lucros, nem sempre haverá o perfeito casamento dos lucros com o caixa da empresa. Uma empresa poderá ter lucros extraordinários no exercício, mas não havendo caixa disponível, não há como realizar o pagamento dos dividendos.

O lucro é o sobre valor que a sociedade pode produzir, como resultado da aplicação do capital e outros recursos na atividade produtiva, pode ser, em sua perspectiva legal, dividido em lucro final e lucro de exercício (REQUIÃO, 2014, p. 313).

O lucro final é o verificado no momento da liquidação da companhia, após o pagamento de todo o passivo e restituídos o capital e os resultados remanescentes aos sócios, sendo o produto líquido o formador do lucro final que a sociedade gerou no curso de sua existência (REQUIÃO, 2014, p. 313).

O lucro de exercício é o resultante do balanço contábil das contas no fim do exercício social, sendo o valor alcançado após a dedução das despesas e custos envolvidos na atividade, bem como dos prejuízos acumulados de exercício anteriores e a provisão de impostos e participação do artigo 190 da LSA (REQUIÃO, 2014, p. 313).

Já o caixa contabiliza os recursos financeiros realmente disponíveis para movimentação em um determinado período pela companhia, onde são registrados todas as saídas e entradas de recursos, estando neles os saldos em caixa, saldos em bancos, aplicações financeiras de liquidez imediatas e numerárias em trânsito.

Por isso, nem sempre uma empresa que tenha auferido lucro em determinado período será capaz de efetivamente pagar aos acionistas parte do montante experimentado, pois, em razão da situação financeira, pode não ter em caixa saldos ou ativos de liquidez imediata, capazes de se transformarem em dinheiro para o pagamento.

4.2.2 O Que Seria Uma Situação Financeira Incompatível?

Muitos doutrinadores, ao enfrentarem o tema da situação financeira incompatível, conectam-no à insolvência ou inexistência de disponibilidade de caixa, como podemos mencionar: Eizirik, Teixeira, Guerreiro, Pedreira e Lamy Filho.

Nesse sentido, Luiz Carlos Piva (PIVA, 2009, p. 1.719 apud BOCATER; BRAGA; MARTINS NETO, 2011, p. 18-19) assevera que:

“Esse diferimento traduz o reconhecimento da Lei de que a capacidade da companhia para pagar dividendos em moeda depende **do grau de liquidez do seu ativo** e do **montante e época de vencimento de suas obrigações**. Ainda, portanto,

que todo lucro do exercício tenha sido realizado em moeda, a situação financeira da companhia pode recomendar o diferimento do dividendo obrigatório”. [grifo nosso]

Portanto, de plano, pode-se abarcar à situação financeira incompatível: 1º) a iliquidez, sendo esta, como visto no subtítulo anterior, a falta de caixa e aplicações financeiras de liquidez imediata e 2º) a insolvência, quando a sociedade anônima não possui os recursos financeiros ou patrimoniais para saldar as obrigações contraídas a vencer, sendo, por isso, causas justificáveis para que a companhia se desobrigue ao pagamento do dividendo obrigatório.

Porém, Maria Thereza Werneck Mello (1978/1979, p. 54-55), ao analisar o tema em estudo da Superintendência Jurídica da CVM, conseguiu expor duas formas que se encaixariam na situação financeiro incompatível que não se moldam à insolvência e iliquidez, manifestando-se da seguinte forma:

“A definição do que caracterizaria “incompatibilidade com a situação financeira da companhia” é tarefa que cabe ao intérprete realizar, já que a lei não o faz. A título de exemplificação relacionamos a seguir algumas hipóteses para depois concluirmos pela validade de sua alegação para o não pagamento integral ou parcial do dividendo obrigatório, a saber:

I — iliquidez: a empresa, apesar de apresentar uma boa situação econômica, se encontra em situação momentânea de iliquidez;

II — insolvência: a empresa se encontra em estado de insolvência na data de apresentação do balanço ou passou a tal estado durante problemas ocorridos após o encerramento do balanço;

III — condições contratuais: contratos de financiamento obrigam a empresa a manter um nível de recursos próprios/recursos de terceiros que seria infringido pela distribuição de dividendos;

IV — fase de expansão: a empresa se encontra em fase de expansão, havendo necessidade de reinvestimento de todos os recursos gerados internamente.

Quanto às hipóteses arroladas, admitiríamos de início como enquadradas no § 4º do artigo 202 apenas aquelas descritas em I e II.

A matéria realmente não é de fácil definição, haja vista que a hipótese I pode ocorrer em decorrência do fato previsto em IV.E, note-se, poderia não prevalecer o argumento de que para investimento a sociedade poder-se-ia utilizar, adequadamente, da Reserva de Retenção de lucros para investimento, sob o amparo do artigo 196 e seus parágrafos.

De fato, a situação de iliquidez da companhia poderia ter sido resultante do atraso na liberação de recursos de terceiros, previsto no orçamento aprovado pela Assembleia Geral, o que teria obrigado a empresa a suprir aquela insuficiência com recursos próprios, para evitar atrasos no andamento do projeto.

Por outro lado, a hipótese prevista em III também pode conduzir a observações diferentes. Não há dúvida de que uma simples cláusula contratual não pode prevalecer sobre uma exigência legal de ordem pública, de caráter cogente, como é a norma relativa ao dividendo obrigatório. Ela só prevalecerá se a exigência tiver decorrido da inadequada situação financeira da empresa e, neste caso, este será argumento legal para a não distribuição, e não a obrigação assumida no contrato de financiamento.

A definição do que seria “incompatível com a situação financeira da companhia” reveste-se de especial importância para a CVM, tendo em vista que a ela compete receber e apreciar a “exposição justificativa” da não distribuição do dividendo obrigatório, conforme o disposto na parte final do § 4º do artigo 202.”

Das quatro hipóteses elencadas pela Maria Thereza Werneck Mello, as duas primeiras, iliquidez e insolvência, mais uma vez se voltam aos estudos dos demais doutrinadores sobre o tema, sendo certa sua justificação.

A terceira, condição contratual, não poderá, em regra, prevalecer sobre regramento legal, ainda mais pela ânsia do legislador em garantir aos acionistas uma remuneração obrigatória, protegendo-os das mãos dos administradores, como bem foi pontuado por ela.

Porém, tratando-se de hipótese onde a exigência decorre da inadequada situação financeira da empresa, será válida a argumentação pela não distribuição por razão da cláusula, demonstrando a complexidade do tema estudado.

Da mesma forma, a quarta, da fase de expansão, poderia ser rebatida pela existência da reserva de retenção de lucros para investimentos, amparada pelo artigo 196 da LSA, todavia, havendo atraso na liberação de recursos de terceiros previstos no orçamento, haveria a obrigação de suprir tal falta com recursos próprios, evitando atrasos nos projetos, justificando a não distribuição por força da fase de expansão.

Ainda, além das mencionadas anteriormente, pode-se, por exemplo, mencionar a hipótese onde há o contingenciamento por decorrência de empréstimos contraídos que não caracterizam uma situação de insolvência, mas impedem o financiamento adicional de indispensáveis projetos de expansão ou ampliação da capacidade da companhia (BOCATER; BRAGA; MARTINS NETO, 2011, p. 21).

Fato é que inúmeras são as hipóteses que podem levar os administradores a informar a incompatibilidade, pois, a iniciativa privada, podendo fazer tudo que não está defeso em lei, pode se colocar nas mais variadas situações, não sendo razoável ao legislador tentar limitar suas infinitas possibilidades.

Sendo assim, tem-se que o tema estudado não comporta limitações e taxatividades impostas por lei. Tal argumento respalda-se no fato de que o próprio legislador, não querendo arriscar elencar as hipóteses dessa situação, ou ainda, definir o instituto, resguardou para si mesmo apenas a incumbência de permitir a retenção por força da situação, deixando a cargo das companhias justificá-la.

Nesse sentido, ninguém melhor que os administradores, que conhecem seu core business, para enxergar a situação financeira incompatível e demonstrá-la à assembleia geral, para que essa decida sobre a necessidade de retenção dos valores a serem pagos, a fim de evitar problemas maiores para a companhia no futuro.

Dessa forma, a situação financeira incompatível deve ser examinada caso a caso, analisando a hipótese dentro das quatro linhas da Lei das Sociedades por Ações, de forma que não sejam lesados os institutos dos direitos dos acionistas, das responsabilidades e deveres dos administradores e da saúde e interesses da companhia.

Garantindo-se, assim, que o sistema previsto na LSA flua de forma harmônica, respeitando-se todos os institutos que cerceiam essas sociedades, bem como a máxima do direito privado, onde tudo que não é proibido é permitido, flexibilizando a atuação dos órgãos para o alcance da melhor opção para a companhia.

4.3 Demais Regramentos do Dispositivo e o §5.º

4.3.1 Existência de Conselho Fiscal

O conselho fiscal é um órgão da sociedade anônima que tem as funções de fiscalização dos atos dos administradores e de informação da assembleia geral. Cumpre-lhe, no desempenho de seu mister, exercer a fiscalização dos órgãos da administração social, notadamente no que se refere à regularidade de suas contas e dos atos de gestão, verificando, em especial, o cumprimento de seus deveres legais e estatutários (CAMPINHO, 2018, p. 314).

Dessa forma, em sua segunda parte, o §4.º da LSA diz que havendo conselho fiscal atuante na sociedade, este deverá dar parecer sobre as informações fornecidas pelos administradores, devendo os administradores, portanto, possuírem argumentos fortes, que justifiquem realmente a situação financeira capaz de prejudicar a empresa, se persistir o pagamento dos dividendos.

4.3.2 Regras Especiais das Companhias Abertas

Sendo as ações da sociedade anônima negociadas em bolsa ou no mercado de balcão (companhia aberta), deverá a companhia encaminhar à CVM a exposição justificativa da informação repassada à assembleia geral, no prazo de cinco dias da realização da assembleia geral.

Ainda, haverá a necessidade de divulgação de “fato relevante” informando a retenção, por força da Instrução CVM nº 358 que dispõe sobre a divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante, concomitante com a manifestação da CVM no

Processo Administrativo Sancionador CVM n. 03/02, cujo atribuiu ao rol de hipóteses de necessidade de fato relevante, o não pagamento de dividendos em data prevista.

Tais processamentos especiais têm razão de ser pelo fato de serem as companhias abertas, como já visto anteriormente, captadoras da poupança popular, fazendo com que sejam tomadas precauções extras com a finalidade de proteger a economia popular e a credibilidade dos mercados de livre negociação desses valores mobiliários.

4.3.3 A Momentaneidade Reafirmada Pelo §5.º

Por fim, o parágrafo 5.º do artigo 202 pontua, ademais, que os lucros auferidos a serem retidos, deverão constituir reserva especial, e se não forem absorvidos por prejuízos futuros, precisarão ser distribuídos assim que a situação financeira permitir.

Por óbvio, a distribuição dos valores formalizados na reserva especial estará condicionada a sua não absorção em prejuízos subsequentes, pois a não distribuição da parcela do lucro ao acionista, constitui exceção disposta em lei que justamente pretende assegurar os interesses da companhia em detrimento dos acionistas, objetivando manter a saúde da sociedade anônima em momentos de instabilidade.

Porém, não havendo essa absorção, estando os valores disponíveis em exercícios futuros e passada a situação financeira incompatível, deverão os valores serem pagos aos acionistas, voltando à regra da obrigatoriedade dos dividendos.

Assim, o legislador tratou de asseverar a efemeridade da situação financeira, positivando que logo passe a situação financeira incompatível, deverão os valores serem pagos nos exercícios subsequentes, sendo ilícito a retenção de tais valores, garantindo, então, o direito dos acionistas à sua parcela do lucro logo a saúde da companhia permita, retornando, portanto, a harmonia entre os interesses da companhia, os interesses de seus sócios e a saúde do negócio.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da norma encontrada no §4.º do art. 202 se fez necessária pela genericidade disposta pelo legislador, onde a incumbência de definir as hipóteses de cabimento do dispositivo ficou a cargo dos intérpretes da lei, sendo de extrema importância ao instituto clarear as circunstâncias que levarão ao diferimento do pagamento por incompatibilidade financeira.

Diante disso, a pesquisa objetivou nortear os navegantes da Lei das Sociedades por Ações quanto aos objetivos do legislador ao normatizar o instituto das Sociedades Anônimas e, de forma harmônica, conduzir a utilização do importante instrumento de retenção disposto no §4.º do art. 202 em consonância com o mens legislatoris pretendido.

Foi possível identificar certa divergência doutrinária quanto à competência para utilização do instrumento analisado, e ainda, confirmar a atribuição concedida à assembleia de acionistas como órgão máximo decisório dentro da estrutura de uma companhia.

O estudo permitiu também analisar especificamente o tema da situação financeira incompatível, estudando hipóteses de cabimento e também alcance praticável dentro da sistematização e organização de uma sociedade anônima.

Dessa forma, ficou constatado, paradoxalmente, que a análise do termo situação financeira incompatível é simples e complexa ao mesmo tempo, isso porque a mera leitura da expressão nos remete à ideia de que a companhia não possui condições para pagar, de forma concisa e lógica. Porém, ao mesmo tempo se revela com um emaranhado de possibilidades de ser alegada que acabam por obstruir o papel dado ao intérprete de propor a delimitação do tema.

Assim, se mostrou mais apropriado deixar a cargo do administrador alegar à assembleia geral que a empresa se encontra em tal situação e a partir de toda a estrutura proposta na LSA, analisar a proporcionalidade existente entre a obrigatoriedade do dividendo e o interesse da companhia em reter os valores, de forma que seja tomada a melhor decisão no caso concreto.

Tal conclusão se mostrou a mais acertada a partir da coleta dos estudos de doutrinadores do direito empresarial, artigos de atuantes na área e pronunciamentos do órgão fiscalizador competente, em especial pelo estudo de Maria Thereza Werneck Mello, em que ficou claro a nítida possibilidade de aplicação do instituto em uma hipótese até então não cabível no campo in abstracto do tema.

Por fim, foram encontradas algumas limitações à análise do tema em se tratando do estudo de cursos e manuais que se propõem a examinar toda a sistematização do direito empresarial e suas nuances.

Isso ocorre pela profundidade do tema, onde passa a ser necessária uma análise específica do ordenamento regulatório das companhias, pois essas possuem peculiaridades que perpassam a teoria geral do direito comercial.

Ainda, ao analisar o assunto passa a ser inevitável adentrar aspectos técnicos contábeis empresariais, como por exemplo, a constituição de reservas e o estudo do caixa,

pois, via de regra, a decisão que fundamenta o diferimento do pagamento se baseia nos fatores escriturais das companhias, não limitando-se aos aspectos legais.

Dessa forma, o estudo de hipóteses que rompem a noção de insolvência e iliquidez da companhia acaba por adentrar o campo prático das empresas, onde a alçada dos cursos e manuais de Direito não alcançam, justamente pela especificidade do tema.

Desse modo, recomenda-se aos futuros pesquisadores e estudiosos sobre o tema, que adentrem no mundo prático do instituto, por meio de decisões acerca do entendimento dos Tribunais sobre a matéria, instruções dos órgãos competentes, e experimentações, como as feitas pela Maria Thereza Werneck Mello.

Ademais, aconselha-se que sejam invocadas hipóteses práticas de utilização do instituto, onde por meio dos cenários trazidos ao estudo é que o dispositivo ganhará o escopo de norma e far-se-á eficaz no cumprimento de seu papel.

Assim, justamente pela abstratividade deixada pelo legislador, o estudo in concreto é indispensável, pois o diferimento do pagamento será aceito pela assembleia geral se restar comprovada a incompatibilidade com a situação financeira da companhia na situação particular de cada caso.

Apenas assim o tema proposto poderá ser desenvolvido próximo ao ponto do esgotamento, contribuindo para a evolução da matéria e dos empreendimentos sujeitos à sua aplicação.

REFERÊNCIAS

BOCATER, Maria Isabel; BRAGA, José Luiz; MARTINS NETO, Carlos. **Diferimento do pagamento de dividendos obrigatórios em razão de situação financeira incompatível: considerações sobre a inteligência do art. 202, §4º, da Lei das S.A.** Revista semestral de direito empresarial. Rio de Janeiro, n. 8, p. 3-23. 2011.

BRASIL. **Lei n.º 6.385, de 7 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 10.303, de 31 de outubro de 2001.** Altera e acrescenta dispositivos na Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a

Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10303.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial: sociedade anônima** / Sérgio Campinho. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book: ISBN 9788547230555.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com modificações das Leis n.º 9.457, de 5 de maio de 1997, e n.º 10.303, de 31 de outubro de 2001**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. **A nova Lei das sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Luiz. **Tratado de direito empresarial, v. 3: sociedades anônimas**. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1212786179/sociedades-anonimas>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Novo manual de direito comercial: direito de empresa** / Fábio Ulhoa Coelho. 32. ed. São Paulo, SP: Thomson Reuters Brasil, 2021.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Deliberação CVM 683**. 30 ago. 2012.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Instrução CVM nº 358**. 03 jan. 2002.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Processo Administrativo Sancionador CVM n. 03/2002** – Comissão de Inquérito. 12 fev. 2004.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. **Interpretação técnica ICPC 08 (R1)**. 1 jun. 2012.

DIAS, Rodrigo Andrade; RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Origens e características da sociedade anônima**. Âmbito Jurídico, 1 jun. 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-161/origens-e-caracteristicas-da-sociedade-anonima/>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

FREITAS, Bernardo. **Dividendos obrigatórios nas companhias e sua retenção em decorrência da covid-19**. Legislação & Mercados, p. 1, 24 abr. 2020. Disponível em: <https://legislacaoemercados.capitalaberto.com.br/dividendos-obrigatorios-nas-companhias-e-sua-retencao-em-decorrenca-da-covid-19/>. Acesso em: 29 jul. 2022.

LAMY FILHO, Alfredo. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das companhias / coordenação Alfredo Lamy Filho, José Luiz Bulhões Pedreira**. – 2. ed., atual. e ref. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. **Lei das sociedades por ações anotada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Maria Thereza Werneck. **Dividendo obrigatório**. Legis Bancos — Informativo CVM. Estudos da Superintendência Jurídica. Vol. II, Ano II, 1978/1979, pp. 54-55.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**, v. 1: teoria geral da empresa e direito societário / Ricardo Negrão. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito societário**. [recurso eletrônico] / Eduardo Goulart Pimenta – Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 2. / Rubens Requião. – 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROBERT, Bruno. **Apuração, declaração e pagamento do dividendo mínimo obrigatório nas companhias brasileiras**. Dissertação de mestrado (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário** – v. 1 / Marlon Tomazette. – 12. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.