



Amazon's Research and Environmental Law

Vol. 1, n. 2 - Direito Público Contemporâneo

Set. 2013

ISSN 2317-8442

Arel Faar, Rondônia, v. 1, n. 2, p. 1-117, set. 2013.

Instituto de Ensino Superior de Rondônia - IESUR

Faculdades Associadas de Ariquemes

DIRETORIA

Diretor Presidente:

Ivanilde José Rosique

Coordenadora Pedagógica:

Marli Oliveira Silvestre

Coordenadora Acadêmica:

Elenice Cristina da Rocha Feza

Coordenador do Curso de Direito:

David Alves Moreira

Coordenadora de Pesquisa e Extensão:

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

EQUIPE EDITORIAL

Editora Chefe:

Prof.^a Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

Editora Adjunta:

Prof.^aMs. Rossana Marina De Seta Fisciletti

Conselho Nacional:

Prof. Dr. Cassio Cavalli - FGV Direito Rio (RJ)

Prof.^a Dra. Célia Barbosa Abreu - UFF (RJ)

Prof. Dr. David Alves Moreira - IESUR/FAAr (RO)

Prof.^a Dra. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva - UFF (RJ)

Prof. Dr. Guilherme Sandoval Góes - IESUR/FAAr (RO)

Prof.^a Dra. Martha Asunción Enriquez Prado - UEL (PR)

Prof. Dr. Pablo Jimenéz Serrano - UNISAL (SP)

Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira - UNB (DF)

Prof. Dr. Rafael Mario Iorio Filho - UNESA (RJ)

Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio - FGV Direito Rio (RJ)

Conselho Estrangeiro:

Prof. Dr. David Tood Ritchie - *Mercer University (Estados Unidos)*

Prof.^a Dra. Renata Vargas do Amaral - *Institute for Globalisation and International
Regulation (Holanda)*

Prof. Dr. Varsha Vijay Bhat - *Infosys, India*



Revisão:

Prof. Esp. André Luiz Costa

Prof.^aMs. Márcia Helena Ribeiro Pereira Nunes

Prof. Esp. Priscilla Menezes da Silva

Instituto de Ensino Superior de Rondônia

Faculdades Associadas de Ariquemes

Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito

Endereço: Av. Capitão Silvio, n°. 2738, Grandes Áreas, Ariquemes / RO.

CEP: 78932-000. Telefone: (69) 3535-5008 - Fax: (69) 3535-5005

Revista AREL FAAR - *Amazon's Research and Environmental Law*, v. 1, n. 2, set. 2013. Rondônia: IESUR, 2013. 117 p.

ISSN 2317-8442

Direito - Periódicos. Quadrimestral. Instituto de Ensino Superior de Rondônia/ Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR). Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito (NUPES/DIR).

CDD 341
CDU 342 (81)

OBJETIVOS DA REVISTA

O objetivo da Revista AREL - *Amazon's Research and Environmental Law*¹ aponta para a inter-relação entre a ciência e a prática jurídica, em face da formação integral de profissionais que valorizem a contribuição da pesquisa para uma consciência social, jurídica e moral. Projeta-se, ainda, o desenvolvimento de estudos históricos, comparados e contemporâneos, através de duas linhas de pesquisa:

Linha de Pesquisa I - Sociedade, Empresa e Sustentabilidade. Discutem-se as perspectivas de desenvolvimento ambiental e empresarial da Região, procurando novas formas de efetivação do desenvolvimento econômico-social; e Linha de Pesquisa II - Direitos Fundamentais e suas dimensões. Estuda-se a correlação e contribuição possíveis entre os Direitos Humanos e a realização da cidadania.

As linhas se caracterizam pelo estudo dos aspectos da exclusão social e jurídica em relação à dignidade da pessoa humana. São discutidos os efeitos da ineficácia social do Direito, procurando contribuir para uma melhor forma de exercício do poder e da administração da Justiça. Apresentam como eixo temático o “Desenvolvimento da microrregião rondoniense”, com estudos sobre as formas de exercício do Direito e das liberdades constitucionais em relação com a edificação da consciência social. Além disso, procuram investigar as possíveis formas em que o Direito, e sua ciência, podem contribuir para a edificação da consciência social e a formação de valores em face das novas relações estabelecidas entre a Sociedade e o Estado.

¹Disponível em: <<http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/index>>.

A revista AREL oferece acesso livre imediato ao seu conteúdo, seguindo o princípio de que disponibilizar gratuitamente o conhecimento científico ao público proporciona maior democratização mundial do conhecimento. Adota a licença *Creative Commons* (atribuição - uso não comercial - não a obras derivadas: by-nc-nd). Utiliza o *Open Journal Systems*, sistema de código livre gratuito para a administração e a publicação de revistas, desenvolvido com suporte e distribuição pelo *Public Knowledge Project* sob a licença *GNU General Public License*.

SUMÁRIO

EDITORIAL.....3

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes, Rossana Marina De Seta Fisciletti

ARTIGOS

Desapropriação na propriedade intelectual aplicado ao direito autoral.....6

Expropriation on intellectual property applying it to copyright

Nivaldo dos Santos, Ana Carolina Almeida Di Nápoli

Patentes farmacêuticas e o desenvolvimento sustentável no Brasil.....25

The pharmaceutical patents and sustainable development in Brazil

Alexandra Barbosa de Godoy Corrêa

Estudo de caso: abuso do direito de voto e exclusão do acionista nas sociedades de capital fechado.....47

Case study: Abuse of voting rights and exclusion of shareholder in closed capital corporation

Carla Dadalto Badiani

Direitos dos acionistas minoritários nas sociedades anônimas.....66

Rights of the minority stockholders in the corporations

Cristiano Cerutti Panosso

Microempreendedor individual como instrumento de desenvolvimento socioeconômico e empresarial brasileiro.....91

Individual microempreendedor as a brazilian socioeconomic and business instrument

Raiza Oliveira do Carmo Mizael

A caracterização do menor empresário no Brasil e a eficácia da situação de sua inimizabilidade na prática dos crimes falimentares.....101

The non capacitable entrepreneur featuring in brazil and the effectiveness situation in the practice of your inimizabilidade by the bankruptcy crimes

Anna Carolina Valente de Oliveira

Prezados Senhores,

Apresentamos o segundo número do primeiro volume da Revista **AREL FAAR** - *AMAZON'S RESEARCH AND ENVIRONMENTAL LAW On-line*, uma publicação quadrimestral do IESUR/FAAr - Instituto de Ensino Superior de Rondônia que tem por missão disseminar estudos e pesquisas inéditas realizadas na área das Direito, com enfoque voltado para “Sociedade, Empresa e Sustentabilidade” e “Direitos Humanos e suas Dimensões”, que são as duas linhas de pesquisa do Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito - **NUPES/IESUR/FAAr**- constituído formalmente, após ser aprovado no **CONSEP** do IESUR/FAAr em 2012.

No final década de oitenta foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que agora completa 25 anos. Neste documento legislativo foi dada uma nova roupagem aos direitos sociais, entendidos como fundamentais aos cidadãos e de observância rigorosa por parte do Estado.

Diante da formação destes novos paradigmas jurídicos, é de se ressaltar que dois dos artigos escolhidos para este volume referem-se aos direitos emergentes da Sociedade Global enquanto os outros dois referem-se às questões fundamentais como a preservação da empresa e a sustentabilidade empresarial como instrumentos do desenvolvimento econômico do país.

Além da publicação dos artigos científicos, como o objetivo dessa Revista é privilegiar a publicação de pesquisas realizadas por docentes e discentes pesquisadores de Instituições de Ensino, contribuindo com a investigação e a divulgação científicas em todas as Regiões do país.

A Revista **AREL FAAR** recebe artigos nacionais e internacionais. As diretrizes para os autores que desejarem contribuir com nossa publicação se encontram no ícone **SOBRE** da Revista.

A revista possui o *International Standart Serial Number* (ISSN nº 2317-8442) e está indexada no Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER) do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT).

Com a edição de lançamento, conquistamos a indexação no portal Diadorim (IBICT). Continuaremos nossos esforços para indexá-la em outras importantes plataformas acadêmicas.

Agradeço a todos que contribuíram para a realização desta edição.

Esperamos que apreciem a leitura!

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes
Editora Chefe

Rossana Marina Seta Fisciletti
Editora Adjunta

ARTIGOS

DESAPROPRIAÇÃO NA PROPRIEDADE INTELECTUAL APLICADA AO DIREITO AUTORAL

EXPROPRIATION ON INTELLECTUAL PROPERTY APPLYING IT TO COPYRIGHT

Nivaldo dos Santos^{1 2}

Doutor em Direito

Universidade Federal de Goiás - Goiania (GO) - Brasil

e

Ana Carolina Almeida Di Nápoli³

Estudante do Curso de Direito

Universidade Federal de Goiás - Goiania (GO) - Brasil

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo abordar aspectos controversos que tangem à propriedade autoral. Após breve retrospecto da evolução histórica do instituto da propriedade, discute-se uma de suas maiores inovações, a Função Social da Propriedade, trazida pela nova constituição, prevista no art. 5º, XXIII: “a propriedade atenderá sua função social”; aplicando-a ao direito autoral. Aproveita-se para discutir a questão da desapropriação no que diz respeito a este tipo de propriedade intelectual, caso sua função social não seja cumprida. Tendo em vista toda a evolução de dado princípio, bem como a “mens legis” da Constituição Cidadã de 1988, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana; cujos objetivos primordiais são a promoção do bem-estar de todos e o desenvolvimento nacional.

Palavras-chave: Propriedade intelectual. Função social. Desapropriação.

ABSTRACT: This article aims to address controversial issues that concern the copyrighted. After a brief review of the historical evolution of the institution of property, discusses one of his greatest innovations, the Social Function of Property, brought by the new Brazilian constitution provided for in art. 5, XXIII: “pro-

¹Professor da Universidade Federal de Goiás e da Pontifícia Universidade Católica - GO. Coordenador Rede Estadual de pesquisa em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia - REPPITTEC - FAPEG - GO. Pesquisa realizada na Pro-Reitoria de Pós-graduação, no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito. E-mail: nivaldo.santos@pesquisador.cnpq.br.

²Esta pesquisa recebeu fomento dos seguintes órgãos: CNPq, FAPEG, CAPES e FUNAPE.

³Aluna do 6º período da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás - UFG e pesquisadora voluntária. Estagiária do Ministério Público Estadual de Goiás. E-mail: ana_a_napoli@hotmail.com.

perty must fulfill its social function”, applying it to copyright. The opportunity to discuss the issue of expropriation with regard to this type of intellectual property, if its social function is not fulfilled. Considering the whole evolution of data principle and the “mens legis” citizen of the Constitution of 1988, based on the principle of human dignity; whose primary objectives are to promote the welfare of all and national development.

Key Words: Intellectual property. Social function. Expropriation.

INTRODUÇÃO

As normas constitucionais apresentam a propriedade, não mais como um direito individual nem como uma instituição do Direito Privado. Tendo em vista toda a evolução de dado princípio, bem como a “mens legis” da Constituição cidadã de 1988, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana; cujos objetivos primordiais são a promoção do bem-estar de todos e o desenvolvimento nacional.

Neste contexto, o presente artigo tem por objetivo geral abordar os aspectos controversos que tangem à propriedade autoral. No qual será discutida a questão da desapropriação no que diz respeito a este tipo de propriedade intelectual, caso sua função social não seja cumprida.

Os objetivos específicos são os de, após breve retrospecto da evolução histórica do instituto da propriedade, discutir-se uma de suas maiores inovações, a Função Social da Propriedade, trazida pela nova constituição, prevista no art. 5º, XXIII: “a propriedade atenderá sua função social” e aplicá-la ao direito autoral.

A metodologia empregada no artigo é a revisão bibliográfica e a interpretação das leis ordinárias sob a ótica da constitucionalização do Direito Privado no contexto da Sociedade da Informação.

1. Evolução Histórica da Propriedade em Geral e o direito do autor

Segundo Pereira (2003)⁴, pode-se entender que a propriedade é fenômeno espontâneo, decorrente da necessidade de subsistência do ser humano, sendo posteriormente regulado a fim de possibilitar a convivência social pacífica.

⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 62.

Embora, ordinariamente, a propriedade esteja vinculada a uma ideia de exclusividade, de individualidade, convém ressaltar que nem sempre foi assim. Aliás, basta remetermo-nos a um olhar retrospectivo para percebemos que, tal instituição fora criada não com fins individuais, mas sim coletivos.

Conforme Gilissen (2001)⁵, os povos arcaicos, sem escrita, se quer tinham propriedade imobiliária, vez que eram nômades, contudo, o que possuíam, por exemplo, o rebanho, era de posse da comunidade; era uma pertença que dizia respeito não ao indivíduo, mas à linhagem. Aos poucos, com a sedentarização do grupo, cada clã se fixou em uma dada terra, essa por sua vez, revestida de caráter sagrado, e, por conseqüente, inalienável.

Convém ressaltar: as propriedades tanto móvel (rebanho), quanto imóvel (terras em que se fixaram), foram desenvolvidas em prol não de um indivíduo frente a outro: o objetivo primordial, não era ter mais que o outro, era simplesmente, garantir algo para o todo. Isso, porque o indivíduo neste estágio não tinha direito algum; existia enquanto membro do clã; isto é, não havia esta consciência individual que os diferenciava uns dos outros.

A instituição “propriedade” fora inicialmente desenvolvida com uma feição coletiva; em prol do interesse social, de subsistência frente à própria natureza ou mesmo frente a outras comunidades.

A propriedade só foi sendo revestida de caráter individual, posteriormente, ao passo em que houve o crescente domínio da natureza, bem como a tomada de consciência dos sujeitos frente aos outros, possibilitando a apropriação individual.

Com destaque à propriedade romana sob tutela da figura do “*Pater Familias*”, autoridade máxima; completa e exclusiva, que o compara por vezes à soberania de um Estado sobre seu território. Do ponto de vista do direito, ele é o senhor de seus bens: os usa como bem quiser. Indo ao encontro, tempos depois, ao ideário liberal, expresso no *Code Civil* francês, em que se concebe o direito de propriedade como a relação entre uma pessoa e uma coisa, de caráter absoluto.

Visão esta, que muitos insistem em manter, sobretudo no âmbito da propriedade autoral, cujo epicentro são, justamente, os “Direitos do autor”; sobrepondo, na maioria dos casos, os interesses individuais em detrimento dos sociais. Apesar das inúmeras transformações pelas quais tem passado a instituição pro-

⁵GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. (trad. de A.M. Botelho Hespanha e I.M. Macaísta Malheiros). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995 apud GINZBURG, Carlo. Olhos de madeira - nove reflexões sobre a distância. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 57.

priedade, bem como, apesar da Lei Maior de nosso ordenamento caminhar em sentido contrário.

Em uma época em que mesmo a doutrina civilista já se encontra mais aberta a uma interpretação/aplicação do direito que se preocupe com as normas constitucionais, a doutrina autoralista apenas faz referências superficiais ao direito constitucional. Assim, questiona-se, por que afinal, o direito constitucional costuma ser negligenciado em questões de direito autoral? Vez que a CF/88 prevê que a propriedade deverá atender sua função social, por que não falar em função social da propriedade intelectual?

2.A Função Social na Propriedade Intelectual, particularmente no Direito do Autor

Diretamente derivado dos direitos individuais, resultado das controvérsias ocorridas no século XVIII, em decorrência dos movimentos humanistas e da Revolução Francesa, o Direito do Autor, ainda que alguns autores reconheçam traços de sua existência já na Antiguidade, tem suas raízes reconhecidas nos privilégios editoriais da Inglaterra, tendo como base legal o Copyright Act, de 1709. Pertencente ao âmbito do Direito Privado, busca a regulação das relações jurídicas decorrentes das manifestações pessoais da criatividade e dons artísticos humanos, que podem ser economicamente utilizados (GUERREIROS, 2007)⁶.

Trata-se de um Direito Especial, que se subdivide em direito moral e direito patrimonial. Segundo Bittar⁷ (2011):

As relações regidas por esse Direito nascem com a criação da obra, exurgindo, do próprio ato criador, direitos respeitantes à sua face pessoal (como os direitos de paternidade, de nomeação, de integridade da obra) e, de outro lado, com sua comunicação ao público, os direitos patrimoniais (distribuídos por dois grupos de processos, a saber, os de representação e os de reprodução da obra, como, por exemplo, para as músicas, os direitos de fixação gráfica, de gravação, de inserção em fita, de inserção em filme, de execução e outros). (grifo nosso)

⁶GUERREIROS JUNIOR, Nehemias. O direito autoral no show bussiness: tudo o que você precisa saber. 3. ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005,p. 47.

⁷BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 8.

Com relação ao primeiro aspecto: “são vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade (...) esses direitos nascem com a criação da obra, manifestando-se alguns (como direito inédito) com a simples materialização, ou seja, com a sua inserção na ordem fática, e produzindo efeitos por toda a existência” (BITTAR⁸, 2001), estão relacionados à proteção da personalidade do criador da obra. Já o aspecto patrimonial, visa regular as relações jurídicas da utilização econômica das obras intelectuais; concedendo ao autor, criador e proprietário, amplos poderes sobre sua propriedade.

Contudo, a ideia de propriedade definida como direito subjetivo, absoluto, baseado apenas nos interesses do proprietário não mais se justifica na ordem jurídica nacional, tendo em vista a previsão Constitucional da função social que se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens:

O regime Jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição. Esta garante o direito de propriedade, desde que este atenda sua função social. Se diz: é garantido o direito de propriedade (art. 5º, XXII), e a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII), não há como escapar ao sentido de que só garante o direito da propriedade que atenda a função social. A própria Constituição dá consequência a isso quando autoriza a desapropriação, com pagamento mediante título, de propriedade que não cumpra sua função social (art. 182, §4º, e 184)(...). (SILVA, 2012)⁹

Esse conjunto de normas constitucionais deixa claro que a propriedade, atualmente, não pode mais ser considerada como um direito individual nem como instituição do Direito Privado. Conforme o ilustre constitucionalista José Afonso da Silva: a propriedade deveria ser prevista apenas como uma instituição da ordem econômica, como nas Constituições da Itália (art. 42) e de Portugal (art. 62). De tal forma que, embora prevista entre os direitos individuais, ela não poderá mais ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, conforme os ditames da Justiça Social.

⁸Ibidem, p. 47.

⁹SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 269.

Neste sentido, é importante que se esclareça que a função social passa a constituir um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre o seu próprio conteúdo; vez que se enfrenta uma tendência persistente de reduzir o direito autoral a um monopólio que não carece de qualquer justificação em termos sociais.

Em qualquer ramo do direito, nos diversos tipos de propriedade, a função social deve ser buscada; a partir de tal princípio, introduziu-se, na esfera interna da propriedade, um interesse em contraposição ao do proprietário: o social. E, no que diz respeito à propriedade autoral, não seria diferente.

Assim, tem-se o Direito Autoral não mais como uma espécie de soberania; na medida em que é protegido porque e enquanto contribui para o progresso social, vez que nenhum instituto é consagrado se dele não derivar vantagem social. Logo, o direito autoral está sujeito a todas as determinações finalísticas coletivas que a Constituição exprime; deve estar a serviço da cultura, da informação, da comunicação social, do ensino e etc.

Segundo, Wachowicz¹⁰ (2013):

Em qualquer caso, há que ter presente que os limites são constitutivos do direito autoral, exatamente nos mesmos termos e com a mesma dignidade das regras atributivas de poderes. O direito autoral é, como todos os direitos, a situação de vantagem resultante de um complexo de poderes e deveres que a constituem.

Por um lado a Constituição ampara os direitos autorais, conferindo poderes aos autores e conexos, elencado em três incisos do art. 5º. No inciso XXVII, preceitua que “Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. No inciso XXVIII, tem-se: “(...) são assegurados nos termos da lei: a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”.

¹⁰WACHOWICZ, Marcos. A revisão da lei brasileira de direitos autorais. 2010. Disponível em: <http://www.direitoautoral.ufsc.br/gedai/wp-content/uploads/livros/GedaiUFSC_Livro_Estudios_DirAutor_vfinal.pdf>. Acesso em 30 mai. 2013, p. 39.

Já no inciso XXIX, mostra-se o caráter binário que tange as obras intelectuais:

(...) a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.
(grifo nosso)

De tal modo, convém ressaltar os interesses coletivos no mesmo âmbito temático, que também são tutelados pelo Estado, remetendo a este o dever de garantir o acesso aos bens culturais:

art. 5º, XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (grifo nosso)

Fica evidente assim, o interesse maior do Estado; que vai além de simplesmente proteger o autor, de modo a prestigiar também o interesse coletivo. Até porque, o Estado, enquanto ente dotado de personalidade jurídica existe justamente para promover a estruturação da sociedade e o bem comum nele inseridos, advindo daí, a função social a ele inerente (VITALIS, 2006)¹¹.

Há um desvio muito frequente hoje, que leva a invocar situações diversas, como, por exemplo, a facilidade de compartilhamento de arquivos pela internet, pirataria, dentre outros, que, ordinariamente, levam a concluir pela necessidade de reforço do direito autoral.

Contudo, este unilateralismo não se justifica. Como dito anteriormente, tra-

¹¹VITALIS, Aline. A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação. In: BRASIL, Ministério da Cultura. Direito autoral. Brasília: Ministério da Cultura, 2006, s/p.

ta-se, de um direito com interesses múltiplos e relações bifurcadas: de uma lado a relação obra-autor (propriedade-proprietário), amparada pelo Estado, em prol de uma outra relação: a da obra-sociedade (função social da propriedade).

Verifica-se assim, um conflito a nível constitucional: de uma parte o autor, que busca proteção à sua obra, sendo esta, de certo modo, vinculada à própria pessoa de seu autor, visto que fora concebida graças a este; e de outro, tem-se direito da sociedade ao acesso à informação, cultura e educação, de fundamental importância para o desenvolvimento da nação.

Conforme destaca Vitalis¹² (2006):

(...) verificou-se um conflito entre a necessidade do progresso da educação e da cultura como fatores fundamentais para o desenvolvimento da nação e a imperatividade da concessão da proteção legal às criações intelectuais surgidas em seu contexto, exatamente como estímulo para a produção de obras de engenho pelos respectivos nacionais. O choque de interesses é evidente: o interesse do autor (individual) volta-se para a proteção e retribuição econômica de sua obra, ao passo que o da coletividade corresponde à fruição dessa mesma obra.

Sem dúvida, o direito ao acesso à informação e à cultura é o que mais se contrapõe ao direito do autor, principalmente na sociedade da informação, em que tem-se a Internet como um dos principais instrumentos de divulgação do saber, tornando o acesso aos bens culturais mais acessível e, por conseqüente, mais democrático.

Nesse sentido, há que se atentar também para as questões relativas à “inclusão digital”, que ademais do maior acesso à informação e à cultura, acaba por gerar também uma maior liberdade na criação e na fruição de bens intelectuais, fomentando a criação de novas obras.

Percebe-se assim, que o poder de difusão desse novo meio de comunicação compensa as vicissitudes autorais, sendo os benefícios para a humanidade muito maiores que as perdas autorais, remetendo-nos à necessidade de flexibilização do direito de autor, de modo a compatibilizar o sistema legal intelectual com as novas realidades impostas pela sociedade informacional globalizada.

Uma das grandes potencialidades trazidas pela informática, que não podemos

¹²Idem, p. 205.

deixar de tratar, ainda que de maneira breve, diz respeito à digitalização do material cultural. Se por um lado, possibilita maior acesso, por tornar os custos de reprodução das obras mais baratos; por outro, o restringe, vez que tais obras só são consumidas a partir do uso de aparato tecnológico que, para grande maioria da população brasileira, ainda é promessa.

Resumindo, só consumiria a obra digital aqueles que tivessem acesso à tecnologia, o que resultaria na perpetuação de um ciclo vicioso: apenas um grupo seleta, com acesso à tecnologia, teria ampliado o seu acesso aos bens culturais. Assim, continuaríamos a não alcançar a “*mens legis*” de nossa Constituição, que prega a democracia, visa a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos.

Contudo, considerando, as diversas políticas públicas em prol da inclusão digital e, levando em conta também o exponencial crescimento do acesso à tecnologia, suponhamos (sendo bem otimista) que, em algumas décadas, o problema do acesso digital seja sanado. Ainda sim, haveria outras problemáticas, como bem ressalta Cohen *apud* Mizukami¹³ (2007):

Um consumidor acessa um website e compra um e-book. No ato da compra, assina um extenso e detalhado contrato eletrônico de adesão, sem qualquer possibilidade de negociação de termos. O contrato fixa uma série de restrições de acesso e de uso do bem adquirido, com graus de permissibilidade variáveis de contrato a contrato. Pode determinar, por exemplo, que o consumidor tem o direito de acessar o e-book apenas cinco vezes; que não pode usar um programa, text-to-speech para converter o texto em voz, que não pode fazer cópias de qualquer palavra do texto; que não pode imprimi-lo; que não pode utilizá-lo por mais de cinco dias etc. As possibilidades são inúmeras, e o controle muito maior do que a de obras adquiridas por meio não digital. Além disso, registros referentes à frequência e forma do uso do conteúdo pelo consumidor são enviados a uma base de dados remota. O consumidor visualizou quantas páginas do livro? Por quanto tempo deixou o arquivo aberto? Quantas vezes acessou o arquivo? Selecionou e marcou algum trecho do texto? As possibilidades são igualmente inúmeras, e tão invasivas quanto a implementação do sistema de

¹³MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 151/152.

DRM permitir. Como diz Cohen, esses sistemas colocam em risco o direito de se ler anonimamente.

Com base no breve exposto, já se tem ideia de que esta questão da digitalização de obras culturais está longe de ser a solução para os problemas entre os direitos do autor e os direitos sociais, principalmente, no que tange ao direito de acesso ao conhecimento, à informação e à cultura.

A Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, de 2003, em seu terceiro capítulo, sobre “acesso à informação e ao conhecimento”, estabelece, de modo geral, que todos devem ter acesso à informação, às ideias e ao conhecimento; nesse sentido, prega a eliminação de barreiras ao acesso equitativo à informação, visto que acredita ser fundamental promover a produção de conteúdos, bem como sua acessibilidade, independentemente de propósitos educativos, científicos, culturais ou recreativos, já em seu oitavo capítulo¹⁴.

De tal modo, verifica-se a tendência apontada pela Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação no sentido da prevalência do direito de acesso à informação e à cultura sobre o direito do autor, em especial quando estiverem em jogo interesse sociais, econômicos e culturais de um povo.

Pinto¹⁵ (2013) acrescenta um interessante argumento à prevalência dos direitos sociais: segundo este, por óbvio, o direito autoral deve ser respeitado conforme elencado na Constituição Federal, resguardando os direitos do autor sob sua criação. Contudo, ressalta que existem limites para todos os princípios constitucionais, quando este afete o maior de todos os princípios: o da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, o referido autor continua:

Um ser social que não teve acesso aos meios educacionais nunca será um cidadão por completo, estará sempre à margem da sociedade, tendo sua dignidade humana suprimida. Neste ponto, devemos analisar a função social da propriedade intelectual, que mesmo protegida pelo ordenamento jurídico, deve sim cumprir um papel social para o desenvolvimento intelectual de todos os cidadãos.

¹⁴Para informações sobre a Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, conferência fundamental para a discussão dos temas desta dissertação, o web site da UIT- União Internacional de Telecomunicações é o repositório oficial. Disponível em: <<http://www.itu.int/wsis/>>. Acesso em 30 mai. 2013.

¹⁵PINTO, Ricardo de Oliveira. A função social da propriedade intelectual. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 63. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6066>. Acesso em 30 mai. 2013.

Em análise não só das normas internas, mas também de tratados de que o Brasil é signatário, com destaque para a Declaração dos Direitos Universal de Direitos Humanos, que em seu art. XXVII, tem-se:

1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios. 2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literário ou artística da qual seja autor¹⁶.

À primeira vista, pode-se acreditar que se trata de um artigo conflituoso, em que se tem uma contraposição de preceitos. Entretanto, após maior reflexão, percebe-se que se trata de cláusula geral que objetiva nortear as legislações nacionais rumo a um equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais e a função social da mesma.

Isto porque, todo direito posto deve servir simultaneamente o interesse público e o interesse privado. O atual enriquecimento dos poderes privados faz-se à mercê do interesse coletivo; quando a solução está, pelo contrário, na busca do necessário equilíbrio, de modo que aqueles interesses não se digladiem, mas convivam harmoniosamente na máxima satisfação de suas finalidades.

Sobre o equilíbrio entre o direito à cultura e o direito de autor, o então Ministro da Cultura, Gilberto Gil, assim se expressou em seu discurso no 1º Congresso Internacional da Propriedade Intelectual, realizado em março de 2003, São Paulo:

(...) é evidente que os interesses econômicos neste ramo de direito são consideráveis. No entanto, é importante salientar que os direitos de propriedade intelectual sempre se pautaram pela busca de um equilíbrio entre os direitos do criador, que deve receber uma justa compensação por seu esforço criador, e o conjunto da sociedade, que deve ter garantido o seu direito de acesso à informação, à tecnologia e ao patrimônio cultural comum. Tenho afirmado que não cabe ao Estado fazer cultura, mas, sim, proporcionar condições necessárias para a criação e a produção de bens culturais, sejam eles artefatos ou mentefatos.

¹⁶ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 30 mai. 2013.

tos. O acesso à cultura é um direito básico de cidadania, assim como o direito à educação, à saúde, à vida num ambiente saudável. Neste sentido, reveste-se da maior importância - no âmbito dos direitos autorais - a busca de uma legislação equilibrada e que tenha como objeto principal a efetiva proteção dos criadores nacionais¹⁷.

Prol equilíbrio, leciona Wachowicz (2013), ao defender que o direito autoral deve ser exercido de maneira que a vantagem pessoal se combine com a social. Segundo esta, sabendo-se que os interesses fundamentais em jogo são o interesse privado do autor e o interesse coletivo no benefício social resultante da obra protegida, há que se buscar a medida ótima de satisfação desses interesses, portanto, o ponto de equilíbrio, sem preconceitos a partido num sentido ou noutro.

Havendo conflito, o esquema da ordem jurídica não se encontra num “ou tudo ou nada”, mas pela possível conciliação. Há que procurar as vias pelas quais os direitos recebam a máxima satisfação, provocando o menor sacrifício de outros direitos igualmente protegidos.

Questiona-se, assim, como os desenvolvimentos intelectuais, impulsionados pela necessidade de lucro para a sua subsistência poderiam interagir com as necessidades sociais e manter seu caráter financeiro? Como conciliar tais perspectivas?

Indubitavelmente, há que se proteger as criações intelectuais, propiciando ao autor retirar os proventos correspondentes da sua criação, inclusive como meio de incentivo para a produção de novas obras. Contudo, esta proteção deve sofrer restrições sempre que sirva de empecilho à difusão do conhecimento e disseminação da cultura. Isso porque, segundo com Comparato¹⁸ (2013):

(...) quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia da liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição.

¹⁷GIL, Gilberto. Discurso no 1º Congresso Internacional da Propriedade Intelectual, realizado em São Paulo em 31. mar.2003. Disponível em: <<http://www2.cultura.gov.br/scripts/discursos.idc?codigo=83>>. Acesso em 30 mai. 2013.

¹⁸COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 7, p. 73-88, 1998. p. 88.

Reforça-se tal ideia, a partir do novo texto constitucional, em que passou a vigorar um novo modelo de propriedade, levando em conta os valores sociais, norteadores do Estado Democrático de Direito, fincado na dignidade da pessoa humana.

Como objetivos constitucionais tem-se a construção de uma sociedade justa e solidária, fazendo com que não mais prevaleça único e exclusivamente o interesse individual do proprietário. Conforme Vitalis (2006), a propriedade passou a ter como elemento integrativo de seu conteúdo a função social, sem a qual o direito de propriedade não merecerá sequer tutela jurídica, transfigurando-se em um instrumento para a realização do projeto constitucional.

Por consequente, o direito autoral deve ser, assim, um instrumento de desenvolvimento que venha ampliar políticas de difusão de cultura, promovendo a educação e o conhecimento, indo ao encontro dos anseios sociais, garantido o bem estar de todos e o desenvolvimento das potencialidades dos cidadãos, de modo que a função social da propriedade não seja apenas mais uma norma pragmática de nossa Constituição e que, esta, por sua vez, não seja apenas uma folha de papel.

3.A Desapropriação da Propriedade Intelectual, particularmente o Direito do Autor

Diante do exposto, tendo em vista que a função social da propriedade também deve ser levada em conta em termos autorais, e que, segundo diversos autores, dentre eles os já citados Silva (2012) e Vitalis (2006), só merecerá tutela a propriedade que cumprir sua função social, como proceder em termos autorais? Caberá desapropriação de obras intelectuais por descumprimento de sua função social, em prol do interesse público?

De pronto, convém ressaltar que o princípio da função social de modo algum autoriza suprimir a instituição da propriedade privada. Visto que, a desapropriação, não se dará por qualquer banalidade ou vontade estatal, aos moldes das antigas Monarquias Absolutistas; aquela só ocorrerá se presentes uma série de requisitos previstos em lei, conforme inciso XXIV, art.5º, CF: “a lei estabelecerá para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvada os casos previstos nesta Constituição”.

Ressalte que, apesar do fundamento teórico da desapropriação ser a supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatíveis estes; também há a preocupação com o direito individual, ao prever a justa indenização.

Sendo estabelecidos os casos de utilidade pública nas alíneas do Decreto Lei nº 3.365, de 1941, reforçadas pela Lei 6.602, de 1978, bem como pela Lei 9785, de 1999; bem como os casos de desapropriação por interesse social, elencados pela Lei Federal nº 4.132, de 1962. Sem deixar de lado a Lei Federal nº 10.257 (Estatuto Urbano), de 2001, que no artigo 4º, inciso V, alínea “a” também prevê como instituto jurídico e político a desapropriação urbana para cumprimento da função social.

Contudo, percebe-se que tais dispositivos ora fazem referência à propriedade rural, fazendo menção à reforma agrária, ora fala-se em propriedade urbana, e pouco (apenas uma vez), fala-se em propriedade intelectual, considerando caso de utilidade pública, para desapropriação, a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária (Decreto Lei nº 3.365, art.5º, o). Com base nisto, podemos dizer que é válido desapropriar tais propriedades quando descumprida sua função social?

A desapropriação é um procedimento através do qual o Poder público despoja alguém de uma propriedade e a adquire, fundado em um interesse coletivo. Agora, em se tratando de propriedade autoral, como privar o autor de sua obra, de sua criação, para uns, tida como parte da individualidade do autor?

Segundo Silva (2012, p. 277), a desapropriação não pode ocorrer enquanto o autor da obra estiver vivo, já que conservá-la inédita ou fora de circulação se inclui entre seus direitos morais personalíssimos e inalienáveis.

Outros, quiçá defenderiam que a desapropriação intelectual não seria possível em hipótese alguma visto que a obra é parte do autor, sendo assim, não seria possível apoderar-se de algo que é intrínseco àquele ser.

Contudo, tal argumento não poderá prosperar visto que, o fato de algo vir de algum lugar não implica, necessariamente, que tal coisa seja o próprio ser gerador; muito pelo contrário, o que diferencia criador e criatura, é justamente o fato da criatura ser algo distinto, novo do criador. Sendo assim, porquê não considerá-la independente, uma vez já compartilhada?

Ademais, desapropriar uma obra intelectual não se trata de privar, mas sim de socializar, fazer com que outras pessoas também tenham acesso a determinado bem cultural, de modo a democratizar o acesso aos bens culturais, sem necessitar sem-

pre do consentimento do autor; fato que concentra demasiado poder em suas mãos, dificultando a difusão do saber e o conseqüente desenvolvimento cultural do país.

Ainda mais ao levarmos em conta nossa Constituição Cidadã, bem como as novas perspectivas sobre a propriedade, que conforme dito anteriormente, não mais pode ser tida como um direito individual, mas sim, deveria ser vista apenas como instituição do direito econômico, conforme Silva (2012).

Não se trata de privar, visto que para todo o sempre dada obra será vinculada ao seu autor, merecedor de uma justa compensação, o que inclui remuneração e indenização, se for o caso; visto que a maioria das obras são desenvolvidas atreladas à finalidade econômica, até mesmo, de modo a não desestimular a produção dessas obras.

Assim, ao indenizá-los de modo justo (e sobre isso há que ter mais dispositivos legais), garantir-se-ão os direitos individuais dos autores e, ao mesmo tempo, possibilitará a efetivação da função social da propriedade autoral; já que sem dada sanção, a desapropriação será, como dito anteriormente, apenas mais uma norma programática em uma Constituição tida como idealista.

Ademais, nossa Constituição ainda prevê:

Art. 216: constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II- os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV- as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; (...). (grifo nosso)

§1º: o poder público, com colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. (grifo nosso)

Eis assim, outro fundamento prol intervenção do Estado nas obras protegidas pelo direito autoral que, segundo Carboni¹⁹ (2013), pode se dar até mesmo na forma de desapropriação, visando o cumprimento do seu dever de zelar

¹⁹CARBONI, Guilherme C. O direito de autor e seus desafios: os conflitos com a liberdade de expressão, o direito de acesso ao conhecimento, à informação e à cultura e o direito ao desenvolvimento tecnológico. Disponível em: <<http://www.gcarboni.com.br/pdf/G5.pdf>>. Acesso em 20 mai. 2013.

pela proteção do patrimônio histórico brasileiro. Para este, tal interferência deve ter como fundamento e limite a proteção do patrimônio da cultura nacional; sendo os excessos, aí sim, uma violação de direitos autorais.

Isto porque, conforme Silva²⁰ (2013), o patrimônio cultural imaterial cumpre uma inestimável função, por tratar-se de poderoso fator de aproximação, intercâmbio e entendimento entre os povos e grupos sociais existentes e de afirmação de sua identidade cultural; tendo um papel fundamental à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Outrossim, seguindo o raciocínio de tal autora, “esse bem imaterial nasce da intervenção da pessoa humana no meio ambiente, construindo sua identidade e memória enquanto indivíduo e coletividade, para cada povo e nação” (grifo nosso).

Assim, além de ser formador da identidade e memória nacional e, portanto, indissociável de seu povo, podendo ser tido como Patrimônio Cultural; convém ressaltar que tal patrimônio tem natureza jurídica difusa, vez que cultura é algo que não se constrói só; constrói-se em sociedade, a partir da relação dos seres entre si e com o meio ao longo do tempo e, por isso, é de interesse de todos, indistintamente. Independe, inclusive, da época. Neste sentido, Fiorillo e Rodrigues *apud* Silva (2013):

Está aí, mais uma justificativa da titularidade difusa desse bem que pertence a todos e que, justamente por isso, não comporta um conceito tradicionalista de propriedade, mas, ao contrário, um tipo de domínio preenchido pelos elementos de fruição (uso e gozo do bem objeto de direito) sem comprometimento da sua integridade, para que outros titulares, inclusive os de gerações futuras, possam também exercer, com plenitude, o mesmo direito. Depreende-se do exposto acima, que o patrimônio cultural imaterial deve ser tutelado sob o ponto de vista jurídico ambiental e assegurar o seu acesso aos titulares do presente e do futuro. Daí, a responsabilidade intergeracional como princípio fundamental para a proteção deste bem, devendo-se assegurar a equidade de acesso entre as gerações, a este bem integrante Patrimônio Cultural Imaterial.

²⁰SILVA, Daisy Rafaela da. Patrimônio Cultural Imaterial: antecedentes e proteção jurídico ambiental. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 63, abril de 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5931> Acesso em 10 jun. de 2013.

De tal forma, percebe-se que a dimensão pública do direito autoral tem papel preponderante quando se aborda a questão de políticas públicas para a preservação cultural e promoção da diversidade cultural do povo brasileiro. Assim, a desapropriação deverá ocorrer nos casos em que se mostrar necessária à realização do princípio que se põe acima do interesse individual, qual seja: o da dignidade humana, que inclui o direito à cultura e conhecimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se, que a legislação brasileira, em termos autorais se mostra bastante displicente com relação à função social da propriedade intelectual; contudo, mesmo sendo a lei infraconstitucional pobre neste sentido, a nova Constituição, com suas normas gerais, supre em partes, tais debilidades, ao permitir uma interpretação ampla com relação à função social da propriedade.

Conclui-se, assim, que o princípio da função social é aplicável também em campo autoral; devendo tal ramo servir não só como instrumento de proteção dos direitos do autor, mas também, como instrumento prol desenvolvimento cultural do país. Para tanto, visando o equilíbrio de interesses, há que sopesar princípios, o que consiste, basicamente em, ora conceder poderes, ora impor restrições.

Sendo, uma importante restrição aos direitos do autor, a função social da propriedade, que não deve ser mais uma norma pragmática em nossa Constituição. Esta deve ir ao encontro dos anseios sociais, garantindo o bem-estar de todos e o desenvolvimento das potencialidades dos cidadãos.

E, como forma importante de resguardar a função social da propriedade, bem como proteger o acesso aos bens culturais imateriais, tem-se a desapropriação, que também se mostra aplicável em termos autorais, com fundamento e limite no interesse social, nos casos em que o interesse público deva prevalecer sobre o interesse individual, o que só poderá ser determinado a partir da análise do caso concreto.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 ago. 2013.

_____. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília: Senado Federal, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em: 30 ago. 2013.

CARBONI, Guilherme C. O direito de autor e seus desafios: os conflitos com a liberdade de expressão, o direito de acesso ao conhecimento, à informação e à cultura e o direito ao desenvolvimento tecnológico. Disponível em: <<http://www.gcarboni.com.br/pdf/G5.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 7, p. 73-88, 1998.

GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. (trad. de A.M. Botelho Hespanha e I.M. Macaísta Malheiros). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995 apud GINZBURG, Carlo. Olhos de madeira - nove reflexões sobre a distância. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

GUERREIROS JUNIOR, Nehemias. O direito autoral no show bussiness: tudo o que você precisa saber. 3.ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Função Social da Propriedade Intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88. São Paulo, 2007.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 10 de dezembro de 1948. Dis-

ponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 30 mai. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, v. III. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003

PINTO, Ricardo de Oliveira. A função social da propriedade intelectual. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, v. 63. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6066>. Acesso em: 30 mai. 2013.

SILVA, Daisy Rafaela da. Patrimônio Cultural Imaterial: antecedentes e proteção jurídico ambiental. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 63, abril de 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5931>. Acesso em: 10 jun. 2013.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

VITALIS, Aline. A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação. In: BRASIL, Ministério da Cultura. Direito autoral. Brasília: Ministério da Cultura, 2006.

WACHOWICZ, Marcos. A revisão da lei brasileira de direitos autorais. 2010. Disponível em: <http://www.direitoautoral.ufsc.br/gedai/wp-content/uploads/livros/GedaiUFSC_Livro_Estudos_DirAutor_vfinal.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2013.

PATENTES FARMACÊUTICAS E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL

THE PHARMACEUTICAL PATENTS AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN BRAZIL

Alexandra Barbosa de Godoy Corrêa¹

Mestranda em Direito

Universidade Estácio de Sá - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

RESUMO: A proteção patentária, ao conferir exclusividade no mercado, é mais importante no segmento farmacêutico do que em qualquer outro ramo de elevado conteúdo tecnológico, em decorrência do alto custo de inovação e do baixo custo de imitação de seus produtos. O acesso ao medicamento como um instrumento visando o exercício do direito à saúde, envolve tanto o interesse público como o privado. Entende-se que tem interesse público por tratar-se de um direito fundamental. Por outro lado, há interesse privado porque compreende vários seguimentos produtivos da atividade econômica se apresentam na obtenção dos fármacos, como: a pesquisa, o desenvolvimento e os investimentos. O presente artigo visa estudar as patentes farmacêuticas como um dos pontos de conexão entre a propriedade industrial e os direitos sociais.

Palavras-chave: Patentes Farmacêuticas. Direito à saúde. Investimento privado. Sustentabilidade.

Abstract: Patent protection by giving market exclusivity is more important in the pharmaceutical segment than in any other branch of high technological content, due to the high cost of innovation and low cost imitation products. Access to medicine as a tool aimed at the exercise of the right to health, involving both the public interest and the private. It is understood that has public interest because it is a fundamental right. On the other hand, there are private interest because it compr-

¹Mestranda em Direito e pesquisadora bolsista Vice-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Estácio de Sá - UNESA. Advogada especialista em Propriedade Intelectual. Graduação em Farmácia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ - e, em Direito, pela Faculdade Mackenzie - Rio. Pós-graduada em Administração pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. E-mail: alexandracorrea2007@ig.com.br.

ses several Following productive economic activity such as research, development and private sector investment. This article aims to study pharmaceutical patents as one of the points of connection between social and industrial property rights

Keywords: Sustainable. Pharmaceutical patents. HealthRights. Private investment.

INTRODUÇÃO

A proteção patentária, ao conferir exclusividade no mercado, é mais importante no segmento farmacêutico do que em qualquer outro ramo de elevado conteúdo tecnológico, em decorrência do alto custo de inovação e do baixo custo de imitação de seus produtos. Daí, se justifica o trabalho ora apresentado.

O presente artigo visa estudar na qualidade de objetivo geral as patentes farmacêuticas como um dos pontos de conexão entre a propriedade industrial e os direitos sociais.

Os objetivos específicos são o estudo do acesso ao medicamento como um instrumento visando o exercício do direito à saúde, envolvendo tanto o interesse público como o privado. Entendo-se que tem interesse público por tratar-se de um direito fundamental. E, por outro lado, constata-se o interesse privado porque o conceito da patente de farmacêuticos compreende vários seguimentos produtivos da atividade econômica que se apresentam na obtenção dos fármacos, como: pesquisa, desenvolvimento e investimento do setor privado.

A metodologia empregada é a revisão bibliográfica. A abordagem far-se-á por meio das interpretações literais, sistemáticas e teleológicas necessárias ao entendimento do tema. Além de contextualizar o tema, com o Direito Constitucional.

1. Direito Fundamental à Saúde e o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

O sistema jurídico como um todo e inclusive o exercício dos direitos e deveres inerentes à propriedade, seja ela material ou imaterial, assim como aqueles inerentes à saúde estão submetidos à disciplina normativa da Constituição².

²BARBOSA, Jeferson Ferreira. Licença Compulsória de Medicamentos: O Direito de Patente e o Direito Social Fundamental à Saúde. Revista da ABPI, n. 106, mai/jun 2010, p. 44.

A Constituição Federal elegeu a Dignidade da Pessoa Humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, II da CRFB), reservando aos entes autônomos da federação a competência para cuidar da saúde:

“É da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, II, CRFB).

A mesma revela que construir uma sociedade livre, justa e solidária é, também, um dos seus objetivos fundamentais. Diante disso não se pode negar que as políticas públicas devem ter sempre como apanágio o princípio da solidariedade³.

No capítulo relativo à Ordem Social, o direito de todos à saúde é tratado de forma específica com diretrizes e políticas essenciais à área da saúde.

Sendo certo que a Constituição Federal reflete um dado momento histórico, não menos verdade é que sempre busca sua conformação na realidade política, social, econômica e cultural revelada pela sociedade. A Constituição por estar condicionada a realidade histórica, não pode ser separada da realidade concreta do seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se levar em conta essa realidade, dentro desse contexto é que qualquer ordenamento jurídico tem significação, visto que examinado de maneira estante não retrata a exata percepção de seu sentido normativo⁴.

A visão de certa doutrina de que a Constituição é destituída de caráter impositivo, é improsperável, eis que não configura tão somente uma promessa de garantia de direitos e da disciplina das funções do Estado, pois sua força normativa expande-se aos terrenos da ordem econômica e social. Não é um amontoado de princípios e normas⁵.

Segundo Canotilho:

Está hoje definitivamente superada a ideia da Constituição como um simples

³NASCIMENTO, Carlos Valder do. Direito Fundamental à Saúde, In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder. Tratado de Direito Constitucional, v. 2, 2010, p. 350.

⁴Ibidem, p. 353 e 354.

⁵Ibidem, p. 353

concentrado de princípios, cuja eficácia era a de simples diretivas que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária. Não se questiona, pois, a juridicidade, vincula atividade e atualidade das normas constitucionais⁶.

Sendo assim, partindo da premissa de que todo conteúdo normativo tem eficácia, pode-se afirmar que os dispositivos constitucionais sociais não são meras diretrizes de caráter facultativo, pois, se assim fosse, descaracterizariam a natureza coercitiva de regra jurídica como elemento intrínseco de sua estrutura material. Daí por que seus comandos devem cumprir o fundamento maior que encerra seu enunciado, vinculando o Governo e a sociedade⁷.

Para Ferrari analisa-se a interpretação das normas como:

Uma das características das normas programáticas é o fato de que são dotadas de imperatividade suprema frente ao ordenamento jurídico que compartilham da mesma hierarquia, pois que todas as normas constitucionais encontram-se no mesmo plano, de tal modo que as normas infraconstitucionais que com ela conflitem, quando posteriores, padecem de invalidade ou inconstitucionalidade, quando anteriores, são automaticamente revogadas⁸.

Contudo na percepção de Lyard:

“nenhuma norma infraconstitucional pode afrontar, impedir ou dificultar o exercício do direito à saúde. Entenda-se aqui, incluídas as disposições constantes de tratados e acordos internacionais aprovados e ratificados pelo Brasil”⁹.

E, segundo Carvalho:

Independente de normas programáticas, necessário reconhecer que o § 1º do artigo 5º não pode ser ignorado ou reduzido diante de argumentos outros como a questão orçamentária, diante do fato de que os direitos fundamentais pos-

⁶CANOTILHO, JJ Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 43.

⁷Ibidem, p. 355.

⁸FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.181.

⁹LYARD, Maria Alice Paim. Patentes de Medicamentos: Questões Atuais. Revista da ABPI, n. 82, mai/jun 2006, p. 25.

suem, relativamente a outras normas, maior aplicabilidade e eficácia, diante da sua relevância ao sistema normativo. Isso é, aplica-se ao direito à saúde o regime jurídico dos direitos fundamentais¹⁰.

Para dirimir a celeuma, o relator Ministro ILMAR GALVÃO ao julgar o Recurso Extraordinário nº 242.859, de 29 de junho de 1999, entende que:

O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A saúde, então, é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovam, protegem e recuperam (arts. 196 e 197 da CRFB), ficando inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, a que cabe executá-los diretamente, ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado¹¹.

Como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde comporta duas vertentes, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, uma de natureza negativa, que consiste no direito de exigir do Estado (ou terceiros) que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas. Como se pode ver do enunciado do artigo 196 da CRFB, trata-se de um direito positivo que exige prestações do Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas¹².

Sintetizando, no Brasil a saúde é naturalmente pública, uma vez que é responsabilidade do Estado, ainda que possa ser explorada pela iniciativa privada

¹⁰CARVALHO, Patrícia Luciane de. O Acesso a Medicamentos e as Patentes Farmacêuticas Junto à Ordem Jurídica Brasileira. Revista da ABPI, n. 88, mai/jun 2007, p. 57.

¹¹SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 831

¹²Ibidem, p.309

sob regulamento e fiscalização do ente estatal. Isto porque saúde no Brasil é tema de política pública, na esfera preventiva e incidental, restando à iniciativa privada tão somente exercer a atividade como alternativa à prestação estatal.

O Sistema único de Saúde (SUS) constitui o meio através do qual o Poder Público cumpre o seu dever na relação jurídica de saúde que tem no pólo ativo qualquer pessoa e a comunidade. É também por meio dele que o poder público desenvolve uma série de atividades de controle de substâncias de interesse para a saúde e outras destinadas ao aperfeiçoamento das prestações sanitárias. O sistema é financiado com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios¹³.

Internacionalmente, a Organização Mundial de Saúde ampliou o conceito de saúde, além de preventivo, incidental e público, não se relaciona exclusivamente à existência de doenças, mas à vida e, automaticamente, à democracia, igualdade, respeito ecológico, desenvolvimento tecnológico, dentre outros. Assim, a boa qualidade de vida não está apenas vinculada a questões médicas, mas também à moradia, educação, meio ambiente, proteção da família, do trabalhador, morte digna, informação, não ter fome, assistência social, segurança e outros que venham a surgir, visto que não são taxativos, mas apenas enumerativos e progressivos¹⁴.

Encontramos no prisma social, o aspecto dinâmico da dignidade porque as condições de bem estar social modificam-se, em parte de acordo com o contexto cultural e também na perspectiva temporal. Por outro lado, a aspecto social também traz o necessário vínculo e conexão com o mínimo existencial e isso pressupõe uma pretensão jurídica material por parte do indivíduo. Esse mínimo existencial se refere ao conteúdo básico dos direitos sociais e, preponderantemente, a prestações positivas do Estado para com os indivíduos e sociedade. Identifica-se como todos os direitos necessários para que as pessoas possam usufruir de uma existência digna, não podendo estar reduzida à mera existência¹⁵.

O acesso a medicamentos, como espécie do direito à saúde, corresponde a um direito social e como tal deve ser respeitado e colocado à disposição da sociedade. É o que depreende da Seção dos Direitos Sociais que começa com o artigo 6º

¹³Ibidem, p. 831

¹⁴CARVALHO, Patrícia Luciane de. Patentes farmacêuticas e Acesso a Medicamentos. 2007, p. 17

¹⁵BARBOSA, Jeferson Ferreira. Licença Compulsória de Medicamentos: O Direito de Patente e o Direito Social Fundamental à Saúde. Revista da ABPI, n. 106, mai/jun 2010, p.45

da Constituição Federal¹⁶. Trata-se de um dos pontos de conexão entre os direitos sociais e a propriedade industrial.

2. Medicamentos e a patenteabilidade - Patentes Farmacêuticas

Segundo o Dicionário Aurélio, medicamento é: “substância empregada para combater uma doença ou preveni-la”¹⁷.

Por medicamentos essenciais a Organização Mundial de Saúde entende que são aqueles que satisfazem às necessidades de saúde prioritárias da população, os quais devem estar acessíveis em todos os momentos, na dose apropriada, a todos os segmentos da sociedade¹⁸.

Constata-se que o direito ao acesso a medicamentos envolve tanto interesse público como interesse privado. Interesse público, por se tratar de prestação de serviço sob responsabilidade do ente estatal, correspondente a direito humano, normalmente incorporado como direito fundamental (social). Interesse privado porque compreende pesquisa, desenvolvimento e investimento, especialmente da iniciativa privada para a fabricação de medicamentos¹⁹.

Percebe-se, então, uma colisão de direitos fundamentais: o direito de propriedade do inventor e o direito à saúde e, portanto, à vida, dos indivíduos da sociedade.

Segundo Carvalho, pela ordem internacional são ambos direitos humanos e pela ordem nacional, direitos fundamentais. O acesso a medicamentos, como espécie do direito a saúde, é direito social e a patente farmacêutica, como espécie do direito de propriedade, é direito individual com relevância social²⁰.

A patente é um direito, conferido pelo Estado, que confere ao inventor ou titular a exclusividade de exploração da sua invenção por um determinado período de tempo estipulado em lei. É uma forma do inventor ou titular obter retorno do investimento gasto além de ser um estímulo ao desenvolvimento de novas tecnologias e o investimento em pesquisa.

¹⁶CARVALHO, Patrícia Luciane de, op.cit., p.78.

¹⁷MEDICAMENTO. In: DICIONÁRIO do Aurélio. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/Medicamento.html>>. Acesso em 13 jul. 2013.

¹⁸HOEFLER, Rogério; MALUF, Ana Cristhina S. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais 2010 e Formulário Terapêutico Nacional 2010. Boletim Farmacoterapêutica. Brasília: Conselho Federal de Farmácia - Centro Brasileiro de Informação sobre medicamentos, n. 06, nov-dez/2010, p.2. Disponível em: <http://www.cff.org.br/sistemas/geral/revista/pdf/129/063a068_farmacoterapeutica.pdf>. Acesso em 13 jul. 2013.

¹⁹CARVALHO, Patrícia Luciane de. Patentes farmacêuticas e Acesso a Medicamentos. São Paulo: Atlas, 2007, p.21.

²⁰Ibidem, p. 137.

No entendimento de Frota Pessoa:

As empresas farmacêuticas fazem enormes investimentos para desenvolver novos medicamentos, valendo-se das pesquisas farmacológicas básicas e dos avanços da biotecnologia. Os testes exigidos para o licenciamento de um produto, que muitas vezes perduram por vários anos, são feitos e financiados pela empresa e controlados pela entidade de fiscalização de medicamentos do país em questão. Todo esse processo onera a empresa, que, após a solicitação de patente, trata de comercializar o medicamento em larga escala, para que as vendas reponham os investimentos e dêem lucro²¹.

O patenteamento consiste na suposta saída deste impasse, assegurando aos investidores continuidade na exploração, possibilidade de lucros e incentivo a novos empreendimentos. O problema está na busca de exacerbada de lucros, em detrimento da vida e sua dignidade²².

Importante ressaltar, que a patente e, portanto, a propriedade industrial, não tem como único objetivo a remuneração do seu titular. A patente, assim como toda propriedade, tem que atender a sua função social, além de contribuir para o desenvolvimento científico e tecnológico do país, conforme se depreende do artigo 5º, inciso XXIX da Constituição Federal²³. A propriedade não é um direito absoluto devendo o autor da invenção dar um destino adequado a mesma, caso contrário sofrerá restrições no exercício dos seus direitos.

A propriedade industrial, que compreende a patente, é disciplinada no Brasil pela Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Trata-se de propriedade de bens incorpóreos: privilégio de invenção industrial, que assegura ao inventor (criador de objeto capaz de propiciar novos resultados industriais) o direito de obter patente que lhe garanta a propriedade do invento (ou de modelo de utilidade, objeto prático suscetível da aplicação industrial, com nova forma ou disposição, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação) e o direito exclusivo de utilização do objeto da patente e o consequente direito de impedir que terceiro

²¹FROTA PESSOA, Oswaldo. *Fronteiras do Biopoder*. In: *Bioética*, v.5, n. 2. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1997, p. 256.

²²FIGUEIREDO, Luciano Lima. *A Função Social das Patentes de Medicamentos*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 178

²³A Lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade de marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

o faça; a proteção, pelo registro, à propriedade de desenhos industriais, das marcas e seu uso exclusivo; à propriedade das marcas de serviços; à exclusividade dos nomes de empresas e de outros signos distintivos²⁴.

O privilégio do inventor é, contudo, temporário. A lei marca-lhe o prazo máximo de vinte anos e mínimo de dez anos para a patente de invenção, e no máximo de quinze anos e mínimo de sete anos para o modelo de utilidade, depois que o objeto patenteado cai no domínio público. Está submetido ao princípio da função social. Uma vez patenteado, o invento terá que ser posto em funcionamento pelo próprio inventor ou por terceiro, mediante concessão (obrigatória após três anos, de acordo com a lei) da licença para a sua exploração. Como a propriedade do privilégio é transferível, quem a adquire fica sub-rogado nos direitos e nas obrigações, evidentemente, inclusive na de exploração da patente de modo efetivo no país, dentro dos três anos que se seguirem à sua expedição. A propriedade de marcas, de nomes de empresas e distintivos também, pela Constituição, fica submetida ao interesse social²⁵.

Cabe ressaltar que a principal restrição que sofre o Direito de Propriedade Industrial é a temporariedade, no entanto, o mesmo enfrenta, ainda, limitações decorrentes do princípio da função social da propriedade, expressamente consagrado no art. 5º, XXXIII, da CFEB, que afasta a concepção puramente individualista de toda e qualquer forma de propriedade privada, a qual deverá atender sempre sua função social. A propriedade privada, como posta no texto constitucional, vincula-se a um fim - a função social, não sendo garantida em termos absolutos, mas apenas na medida em que atenda esse fim.

O art. 5º inciso XXIX da CRFB condiciona a existência do Direito de Propriedade Industrial ao atendimento dos requisitos de “interessesocialedesenvolvimentotecnológicodopaís”. Assim, o direito de propriedade, de modo geral, deve ter seu exercício condicionado ao atendimento de sua função social, enquanto que o referente à propriedade industrial deve atender, não apenas ao exercício, mas igualmente sua existência tem que estar condicionada ao atendimento da função social²⁶.

Não basta, assim, que a lei atenda às finalidades genéricas do interesse na-

²⁴SILVA, José Afonso da, op.cit., p.278.

²⁵SILVA, José Afonso da, op.cit., p. 278.

²⁶FURTADO, Lucas Rocha. Sistema de Propriedade Industrial no Direito Brasileiro: Comentários à Nova Legislação Sobre Marcas e Patentes, Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Distrito Federal: Brasília Jurídica, 1996, p.85.

cional e do bem público; não basta que a propriedade intelectual se adeque a sua função social, como o que consta no art. 5º, XXIII, da CRFB. Para os direitos relativos à propriedade industrial, o texto de 1988 estabeleceu fins específicos, que não se confundem com os propósitos genéricos, recém-mencionados, nem com outros propósitos que, embora elevados, não obedecem ao elenco restrito do art. XXIX²⁷.

A Constituição não pretende estimular o desenvolvimento tecnológico em si, ou o dos outros povos mais favorecidos; ela procura, ao contrário, ressaltar as necessidades e propósitos nacionais, num campo considerado crucial para a sobrevivência de seu povo²⁸.

A Constituição de 1988 não inovou com relação ao princípio da função social da propriedade, uma vez que já se encontrava albergado em nosso ordenamento desde a Constituição de 1946, a qual subordinava o uso da propriedade ao bem-estar social, no que foi copiada pelas Cartas do regime militar, de 1967 e 1969. Foge ao parâmetro constitucional a norma ordinária ou regulamentar que, tentando voltar-se ao desenvolvimento econômico captando investimentos externos, ignore o desenvolvimento tecnológico do país ou o nível de vida de seu povo²⁹.

Os direitos industriais são concedidos pelo Estado, através de uma autarquia federal, O Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Nasce o direito à exploração exclusiva do objeto da patente ou do registro a partir do ato concessivo correspondente. Ninguém pode reivindicar o direito de exploração econômica com exclusividade de qualquer invenção, modelo de utilidade, desenho industrial ou marca se não obteve do INPI a correspondente concessão³⁰.

O regime das patentes se reveste de especial importância no âmbito da indústria farmacêutica, extremamente dependente de custosas inovações e pesquisas científicas.

O desenvolvimento tecnológico do setor farmacêutico jamais foi prioridade no Brasil, considerado em muitos países como de segurança nacional. O mercado é dominado pelos oligopólios internacionais. Além disso as empresas nacionais dependem de matérias-primas cujos fornecedores são empresas transnacionais³¹.

²⁷BARBOSA, Denis Borges. Propriedade Intelectual - Da Convenção de Paris ao Patamar do Novo Milênio. Revista da ABPI, n. 52, mai/jun 2001, p. 41.

²⁸Idem.

²⁹Ibidem, p. 42.

³⁰COELHO, Fábio Ulhôa. Manual de Direito Comercial. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84.

³¹LYARD, Maria Alice Paim. Patentes de Medicamentos: Questões Atuais. Revista da ABPI, n. 82, mai/jun 2006, p. 29.

No período de 1945 a 1969, o Brasil concedia patentes apenas para processos farmacêuticos, negando-as para produtos³². A exclusão tinha motivação essencialmente política, qual seja, a de proporcionar, via apropriação do conhecimento alheio, o desenvolvimento brasileiro nesses setores tecnológicos. Tal fundamento estava amparado na Convenção da União de Paris de 1883 que estabeleceu que qualquer país poderia excluir do patenteamento qualquer produto essencial, por razões de interesse social, ameaça à saúde e à segurança nacional³³.

Negado o patenteamento no período referido, a falta de uma política adequada ao setor impediu que investimentos se realizassem. Em consequência ocorreu o desmantelamento do parque industrial farmacêutico pela inexistência de investimentos públicos e privados em pesquisa e desenvolvimento³⁴.

O Brasil por não reconhecer, na época, patentes farmacêuticas, sofreu diversas retaliações em razão de poderoso lobby instaurado nos EUA, pela *Pharmaceutical Manufacturers Association* junto ao governo norte-americano³⁵.

Atendendo aos interesses das indústrias norte-americanas³⁶ de computadores, softwares, microeletrônica, produtos químicos, produtos farmacêuticos e biotecnologia, Os Estados Unidos pleitearam a inclusão do tema de propriedade intelectual, serviços e investimentos na Rodada do Uruguai, para a qual se prepararam cuidadosamente. Com início em 1986, em Punta Del Leste, e encerramento em Marraqueche, no Marrocos, em abril de 1994, essa Rodada culminou com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) e a assinatura de diversos acordos multilaterais, dentre eles o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio - TRIPs.

Em julho de 1990, deu-se o fim das retaliações quando, a então ministra da economia, anunciou que o Brasil encaminharia ao congresso projeto de lei com o fim de revisar a Código de Propriedade Industrial, tendo como objetivo, dentre outros, o reconhecimento de patentes de produtos farmacêuticos³⁷.

O Brasil passou a reconhecer patentes para o setor farmacêutico a partir de

³²Artigo 9º da Lei 5.772/71 - Não são privilegiáveis: c) as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação.

³³LYARD, Maria Alice Paim, op.cit., p. 29.

³⁴Ibidem, p. 30.

³⁵Ibidem, p.30.

³⁶Após a Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos se consolidaram como potência econômica mundial exercendo um importante papel nas negociações ocorridas no âmbito do GATT.

³⁷LYARD, Maria Alice Paim, opcit, p.30

1997, com a Lei 9.279/96, possivelmente em virtude das fortes pressões e sanções comerciais feitas pelos Estados Unidos desde finais da década de 80.

Com a entrada em vigor do Acordo TRIPS, ocorreu a uniformização das legislações nacionais de propriedade intelectual, de um modo que não considerou os diferentes níveis de desenvolvimento tecnológico dos países membros da OMC.³⁸ O acordo estipula padrões mínimos a serem observados pelos países em suas legislações internas, a principal obrigação dos Estados é legislar conforme os parâmetros acordados.

A questão do acesso a medicamentos entrou na agenda do comércio internacional em novembro de 2001, durante a IV Conferência Ministerial da OMC, em Doha, que em nada modificou o Acordo TRIPS. Na realidade, constituiu-se em um importantíssimo instrumento político para que os países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos pudessem implementar todas as flexibilidades previstas no acordo relacionadas à proteção da saúde pública, especificamente em relação à licença compulsória³⁹.

Cabe ressaltar que, diante da relevância do tema da saúde, o TRIPS possibilita aos países membros incluir em suas legislações flexibilidades de forma a compatibilizar o direito às patentes farmacêuticas e o direito à saúde, por meio da função social da propriedade.

Segundo Carvalho⁴⁰,

O TRIPS procura proteger a propriedade intelectual, porém, diante da relevância do tema saúde, têm-se flexibilidades às regras, o que faz necessário diante da proteção concedida, a qual acaba por encarecer os medicamentos, dos quais poucos são produzidos em países em desenvolvimento ou de menos desenvolvimento relativo.

As principais flexibilidades estabelecidas no TRIPS são as seguintes: licença compulsória (artigo 31), importação paralela (artigo 6º), uso experimental (artigo 30), exceção Bolar (artigo 30) e atuação do setor de saúde nos processos de pedidos de patentes farmacêuticas (implícita no artigo 8º).

³⁸CHAVES, Gabriela Costa; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; HASENCLEVER, Lia; MELO, Luiz Martins de. A Evolução do Sistema Internacional de Propriedade Intelectual: proteção patentária para o Setor Farmacêutico e acesso a medicamentos. Cadernos de Saúde Pública, v. 23, n.2, Rio de Janeiro, fev. 2007, p. 262.

³⁹Ibidem, p. 263.

⁴⁰CARVALHO, Patrícia Luciane de. Patentes Farmacêuticas e Acesso a medicamentos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 57.

Neste ponto, pode-se indagar: qual o valor social da patente farmacêutica?

Segundo Denis Borges Barbosa, no sistema constitucional brasileiro (art. 5º, XXIX da CF), a propriedade intelectual tem um fim. Ela não é um valor em si próprio. Ela não está protegida simplesmente como uma propriedade. Ela é uma propriedade que serve para um fim determinado. O fim que lá está indicado é o de propiciar o desenvolvimento social, tecnológico e econômico do país, do Brasil, não da humanidade, nem da comunidade dos povos e, seguramente, não dos titulares das patentes⁴¹.

Não é uma coisa singular este dispositivo constitucional. Toda propriedade neste sistema constitucional é uma função social. Ela serve para alguma coisa. Dentro do sistema constitucional do Brasil, seria impossível ter uma patente em si, sem a obrigação de usá-la e sem o dever de explorá-la. O conceito de uma propriedade sem uma finalidade social, sem uma finalidade que extrapole a simples redutibilidade é inconstitucional e resultaria na inconstitucionalidade de qualquer patente.

3. Licença Compulsória e os Direitos Sociais

Compreende-se que, no sistema de patentes, os direitos do titular devem ser restritos, e por isso as legislações nacionais preveem meios de coibir abusos ou exageros na exploração do privilégio. A licença compulsória apresenta-se como uma das formas mais importantes desta prática. Na Convenção de Paris, o art. 5º disciplina a referida licença, assim como o acordo TRIPS no seu artigo 31.

A Lei nº 9.279/96 disciplina repressão à prática abusiva - por parte do titular - dos direitos decorrentes da patente, quando comprovada por decisão administrativa ou judicial. Neste caso, o titular terá de licenciar compulsoriamente sua patente. Segundo o art. 68 da Lei, o titular ficará sujeito a tal licença se exercer os direitos de sua patente de forma abusiva ou por meio dela praticar abuso de poder econômico. O abuso será configurado através de requerimento solicitado, por interessado na licença, à instituição competente, que não será o INPI, e sim o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Somente munido desta decisão protocolada pelo Conselho, o interessado poderá requerer licença compul-

⁴¹BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução À Propriedade Intelectual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 633.

sória no Instituto. Não existe prazo estabelecido para o requerimento da licença compulsória decorrente de abuso econômico. Esta é concedida ao ser constatado o abuso⁴².

Outras situações que resultam em licença compulsória: falta de exploração do invento; falta de uso integral do processo patenteado no país; e a comercialização considerada insuficiente (salvo em caso de inviabilidade econômica, o que possibilita a importação por parte do titular da patente, ou com sua autorização). A licença, nestes casos, só poderá ser requerida pelo interessado três anos após a concessão da patente.

Em casos considerados de interesse público ou emergência nacional, desde que o titular ou o licenciado não atendam às necessidades em questão, também poderá ser concedida licença compulsória temporária e não exclusiva, sem prejuízo dos direitos do titular. Outro ponto importante é que a licença compulsória será concedida sem exclusividade e sem condições de sublicenciamento.

A declaração de necessidade e utilidade pública ou interesse social, para fins de desapropriação, se executa mediante decreto do poder executivo. O artigo 71, da LPI determina que seja publicada uma declaração de interesse público ou emergência nacional em ato do poder executivo.

Os arts. 73 e 74, da LPI tratam da formulação do pedido de licença compulsória e do prazo obrigatório - um ano a partir da concessão -no qual o licenciado deve iniciar a exploração do objeto da patente.

Cabe observar que, no § 3º do art. 73, da LPI, é prevista a inversão do ônus da prova, quando se suspeita de falta de exploração.

O instrumento da licença compulsória também tem como objetivo estimular a exploração do objeto da patente e, conseqüentemente, dinamizar o desenvolvimento tecnológico e incentivar a economia nacional⁴³.

Em suma, caso entenda o governo nacional que o titular do direito de uma patente está cometendo abuso de poder econômico no exercício de seu direito, ou ainda, que exista, em um dado caso concreto, interesse de saúde pública, emergência nacional ou qualquer outra hipótese de concessão de licenciamento compulsório, poderá ser “quebrada a patente”⁴⁴.

⁴²DI BLASI, Gabriel, *A Propriedade Industrial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.154.

⁴³Ibidem, p.155.

⁴⁴FIGUEIREDO, Luciano Lima, *op.cit.*, p.228

O problema está no fato de que existem diversas leis infraconstitucionais que autorizam a licença compulsória, porém, ainda segundo Carvalho⁴⁵:

A concorrência por meio de genéricos depende muito mais de políticas nacionais voltadas para ao desenvolvimento sustentável, daí a sua ineficácia, o período de transição, que serviria para o ajustamento nacional frente às novas realidades, não produziu os efeitos esperados sobre o desenvolvimento sustentável e sobre o melhoramento das políticas nacionais; e o uso da importação paralela, assim como da licença compulsória, por falta de preparo e coragem, não tem sido utilizado de forma satisfatória.

4. Patentes Farmacêuticas e o Desenvolvimento Sustentável

Melhorar a saúde pública costumava a ser visto pelos líderes mundiais como um subproduto natural do desenvolvimento econômico, algo a ser alcançado somente depois de muitos anos de crescimento. Mas ao trabalhar ativamente para melhorar a saúde pública, principalmente combatendo doenças que provocam os maiores estragos como a Aids, a tuberculose e a malária, os líderes de muitos países em desenvolvimento têm sido capazes de também impulsionar o crescimento econômico.

O desenvolvimento não é apenas crescimento econômico, mas desenvolvimento social, progresso cultural e mesmo político⁴⁶. O Estado é o principal responsável pela criação de condições nacionais e internacionais para a realização do direito ao desenvolvimento, que corresponde a elemento essencial para a realização de outros direitos.

No entanto, não basta o desenvolvimento; importante que sejam agregados ao seu conceito a sustentabilidade e progressividade que se encontram inter-relacionados com o direito à saúde e, por sua vez, ao acesso a medicamentos e as patentes farmacêuticas.

A expressão desenvolvimento sustentável surgiu em 1980 e foi consagrado em 1987 pela Comissão Mundial do meio Ambiente.

⁴⁵CARVALHO, Patrícia Luciane de. Patentes Farmacêuticas e Acesso a Medicamentos. São Paulo: Atlas, 2007, p.58.

⁴⁶ESPIELL, Hector Gros. Derecho internacional del desarrollo. Valladolid, Universidad de Valladolid, 1975, p.9 apud CARVALHO, Patrícia Luciane de. Patentes Farmacêuticas e Acesso a Medicamentos, op. cit., p.163.

O desenvolvimento sustentável é aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades. Segundo este princípio deve-se buscar atender as necessidades das gerações presentes sem prejudicar as necessidades das futuras gerações. O princípio do desenvolvimento sustentável deve permear todas as relações econômicas. Constitui o enunciado 3 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992⁴⁷.

Por sua vez, desenvolvimento tecnológico compreende o crescimento científico e tecnológico em determinado lapso temporal com elevado investimento financeiro. O desenvolvimento tecnológico sustentável, compreende a conjugação de esforços do Estado com a iniciativa privada, mesmo porque a propriedade industrial deve atender a sua função social, cabendo ao estado atuar de forma preventiva frente às dificuldades e necessidades que envolvem o tema acesso a medicamentos e por sua vez o direito fundamental à saúde⁴⁸.

Percebe-se que sem o respeito aos detentores dos direitos sobre patentes não há a garantia do respeito ao acesso a medicamentos ou mesmo a existência destes. Segundo Epping:

“Os fabricantes dos remédios, alegam que, a menos que lhes sejam garantida a rentabilidade das novas drogas, haverá um declínio em pesquisa e desenvolvimento, com a respectiva redução de medicamentos que salvam vidas e poderiam estar disponíveis para as futuras gerações⁴⁹.”

Em matéria de saúde os países têm a obrigação de adotar medidas complementares e auxiliares para a promoção concomitante da saúde pública e, de modo geral, do interesse público, fazendo com que as medidas sejam compatíveis e não excludentes conforme dispõe o artigo 7º do Acordo TRIPS:

A proteção e a aplicação das normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para

⁴⁷Enunciado 3 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento 1992: “O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente às necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras”. DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO DE 1992. In: Coletânea de Direito Internacional. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Disponível em: <<http://pacto-globalcreapr.files.wordpress.com/2010/10/declaracao-do-rio-sobre-meio-ambiente.pdf>>. Acesso em 23 jul. 2013.

⁴⁸CARVALHO, Patrícia Luciane de. Patentes Farmacêuticas e Acesso Medicamentos. São Paulo: Atlas, 2007, p.154- 155.

⁴⁹EPPING, Randy Charles. Descomplicando a Economia do século XXI. São Paulo: Ôte, 2010, p. 292.

a transferência e difusão da tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma contundente ao bem estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações⁵⁰.

Diante de tal impasse entre direitos fundamentais, a utilização de princípios para guiar a ponderação é a solução. Alexy é autor do modelo dos direitos fundamentais enquanto princípios. Para este autor, o direito à saúde e o direito à propriedade são princípios porque um não exclui o outro, admitindo o cumprimento destes direitos em uma determinada medida. Se fossem regras, seriam aplicadas de maneira soligística e não por ponderação e a regra conflitante deveria ser afastada do ordenamento jurídico porque será sempre inválida⁵¹.

Para Dworkin o gênero norma jurídica se divide em duas espécies: regras e princípios. Em termos sucintos, segundo a sua lição, amplamente acolhida, as regras estão no plano da validade, o que significa que, quando há conflito entre duas (ou mais) regras, somente uma irá reger, completamente, a situação, com a exclusão da (s) restante (s); ao invés, os princípios ostentam uma dimensão desconhecida das regras, não exigem regulação integral ou excludente, ou seja, dois ou mais princípios podem, simultaneamente, regular a mesma questão, já que a colisão entre princípios é resolvida pela ponderação, a qual determina o peso relativo de cada um em função da concretude do caso.

Calha acrescentar que, em conjunto com as regras e os princípios, estão as diretrizes políticas, que são mandamentos que estabelecem objetivos a serem atingidos, normalmente uma melhora em alguma questão econômica⁵².

Reconhece-se a importância desta técnica como um meio para o equilíbrio de direitos, porém esse equilíbrio não pode corresponder à negativa de direitos, muito menos de direitos fundamentais, caso contrário estar-se-á negando o próprio direito ou mesmo a vida com dignidade⁵³.

O desenvolvimento como uma espécie dos direitos humanos (art. 3º da CRFB) é necessário para a realização do acesso á medicamentos, de forma progressiva e como atividade estatal preventiva. É importante conjugar as obrigações estatais

⁵⁰TRIPS. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2013.

⁵¹PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as Interpretações de Alexy e Dworkin. Revista CEJ. Brasília, n. 30. jul/set. 2005, p. 71.

⁵²OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte e vida da Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.121 e 122.

⁵³CARVALHO, Patrícia Luciane de. Patentes Farmacêuticas e Acesso Medicamentos. São Paulo: Atlas, 2007, p.152

com a necessidade do desenvolvimento sustentável, ou seja, incentivar a inovação como elemento de saneamento do problema do acesso a medicamentos, sem, com isso, desrespeitar o direito às patentes farmacêuticas⁵⁴.

Com o desenvolvimento científico, tecnológico e orçamentário, provavelmente, evita-se a dependência nacional frente a outros países ou frente às empresas farmacêuticas. A responsabilidade primária pela criação de condições nacionais e internacionais favoráveis à realização do direito ao desenvolvimento, do acesso a medicamentos e das patentes farmacêuticas é do Estado⁵⁵.

O acesso a medicamentos corresponde a uma questão de responsabilidade pública, e os Estados devem estimular o desenvolvimento de fármacos, inclusive através da proteção oferecida ao direito das patentes. Esta responsabilidade envolve o uso de políticas alternativas e eficazes para o estabelecimento, nacional, da pesquisa e desenvolvimento. Os laboratórios e os centros de estudo, em cooperação com a indústria farmacêutica nacional ou multinacional, criariam condições propícias para o saneamento ou, ao menos, a redução dos problemas que afligem a população brasileira⁵⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema das patentes de medicamentos, que confere direitos de propriedade e uso exclusivo da invenção, vem-se tornando cada vez mais frequente e debatido, de um lado por representantes do setor de saúde, que expressam a dificuldade de se garantir o acesso a alguns tipos de medicamentos e, do outro, representantes de empresas farmacêuticas multinacionais que alegam que, sem as patentes, elas não desenvolverão novos produtos que poderão salvar vidas no futuro.

Alguns defensores da saúde pública tem encorajado a utilização da licença compulsória como uma forma de viabilizar o acesso a medicamentos, no entanto isto acarretaria no declínio em pesquisa e desenvolvimento de novos fármacos que salvam vidas e poderiam estar disponíveis para as futuras gerações. Inven-

⁵⁴Ibidem, p.178.

⁵⁵Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da ONU de 1986. Art. 10: Os Estados deverão tomar medidas para assegurar o pleno exercício e fortalecimento progressivo do direito ao desenvolvimento, incluindo a formulação, adoção e implementação de políticas, medidas legislativas e outras, a nível nacional e internacional. Disponível em: <<http://www.dhnet.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2013.

⁵⁶CARVALHO, 2007, p.190.

tores nacionais e estrangeiros não teriam interesse em investir no Brasil, pois se estaria desrespeitando o artigo 5º inciso XXIX.

É comum o argumento de que o efeito indesejável da elevação dos preços dos medicamentos resulta do direito de monopólio sobre o remédio inovador, recorrendo-se à evidência fornecida pelos preços considerados vantajosos dos denominados “medicamentos genéricos” - cópias idênticas que podem ser comercializadas quando expira a patente.

São essas as principais argumentações que dão suporte à generalizada aceitação da ideia de que faz parte da lógica das patentes a intenção de elevar os preços dos medicamentos acima dos valores que teriam sem elas, constituindo-se, assim, em um fator de impacto negativo sobre a acessibilidade aos medicamentos. Na prática, porém, não tem sido fácil comprovar essa relação: Em quanto exatamente as patentes elevam os preços dos medicamentos? E os impostos? Estão sendo levados em consideração? Se a Constituição Federal de 1988 prevê no seu artigo 150, inciso VI, a impossibilidade de se instituir impostos para templos de qualquer culto, para livros, jornais, papel, etc, será que não seria o caso de se pensar na possibilidade de fazer o mesmo com os medicamentos?

No Brasil incidem sobre os medicamentos o Imposto de Produto Industrializado (IPI) e o Imposto sobre circulação, mercadoria e serviço (ICMS), cuja alíquota é sobre o valor de venda. Ambos são pagos pela indústria, com o intuito de evitar a sonegação, sendo tais valores repassados para o consumidor quando embutidos no valor final do medicamento.

O que se deve buscar são políticas públicas bem organizadas e estruturadas por parte do Estado na área de fármacos. Tem-se que o acesso a medicamentos é primordialmente desrespeitado, não pela concessão da patente farmacêutica, como alguns entendem, mas pela ausência de uma política proativa e preventiva.

É importante que seja estabelecida uma cooperação entre o Estado e as indústrias farmacêuticas nacionais e multinacionais na criação de condições propícias para o desenvolvimento sustentável, mas para isso, importante é o reconhecimento de que a indústria farmacêutica não é a única responsável pela dificuldade do acesso a medicamentos.

O direito ao acesso a medicamentos e o direito às patentes farmacêuticas devem ser conjugados uma vez que pela ordem internacional, ambos são direitos humanos e pela ordem nacional são direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

É amplamente reconhecido que a literatura especializada carece de estudos apropriados, nos planos teórico e metodológico, à complexidade desse problema.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges, Propriedade Intelectual - Da Convenção de Paris ao Pátamar do Novo Milênio. Revista da ABPI, n. 52, mai/jun 2001.

_____. Uma Introdução À Propriedade Intelectual. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARBOSA, Jeferson Ferreira. Licença Compulsória de Medicamentos: O Direito de Patente e o Direito Social Fundamental à Saúde. Revista da ABPI, n. 106, mai/jun 2010.

CANOTILHO, JJ Gomes; e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição, Coimbra: Coimbra, 1991.

CARVALHO, Patrícia Luciane de. O Acesso a Medicamentos e as Patentes Farmacêuticas Junto à Ordem Jurídica Brasileira. Revista da ABPI, n.88, mai/jun 2007.
_____, Patrícia Luciane de. Patentes Farmacêuticas e Acesso a Medicamentos. São Paulo: Atlas, 2007.

CHAVES, Gabriela Costa; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; HASENCLEVER, Lia; MELO, Luiz Martins de. A Evolução do Sistema Internacional de Propriedade Intelectual: Proteção Patentária para o Setor Farmacêutico e Acesso a Medicamentos. Cadernos de Saúde Pública, v.23, n.2, Rio de Janeiro, fev. 2007.

COELHO, Fábio Ulhôa, Manual de Direito Comercial. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO DE 1992. In: Coletânea de Direito Internacional. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Disponível em: <<http://pactoglobalcreapr.files.wordpress.com/2010/10/declaracao-do-rio-sobre-meio-ambiente.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

DECLARAÇÃO SOBRE DIREITO AO DESENVOLVIMENTO DA ONU DE 1986. Disponível em: <<http://www.dhnet.gov.br>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

DI BLASI, Gabriel, A Propriedade Industrial. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

EPPING, Randy Charles. Descomplicando a Economia do séculoXXI. São Paulo: Ôte, 2010.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FIGUEIREDO, Luciano Lima. A Função Social das Patentes de Medicamentos. Salvador: JusPodvim, 2009.

FROTA PESSOA, Oswaldo. Fronteiras do Biopoder. In:Bioética, v.5, n. 2. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1997.

FURTADO, Lucas Rocha. Sistema de Propriedade Industrial no Direito Brasileiro: Comentários à Nova Legislação Sobre Marcas e Patentes, Lei 9.279, de 14 de maio de 1996.Distrito Federal: Brasília Jurídica, 1996.

HOEFLER, Rogério; MALUF, Ana Cristhina S. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais 2010 e Formulário Terapêutico Nacional 2010. Boletim Farmacoterapêutica. Brasília: Conselho Federal de Farmácia - Centro Brasileiro de Informação sobre medicamentos, n. 06, nov-dez/2010. Disponível em: <http://www.cff.org.br/sistemas/geral/revista/pdf/129/063a068_farmacoterapeutica.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2013.

LYARD, Maria Alice Paim. Patentes de Medicamentos: Questões Atuais.Revista da ABPI, n. 82, mai/jun 2006.

MEDICAMENTO. In: DICIONÁRIO do Aurélio. Disponível em: <<http://www.dicionarioaurelio.com/Medicamento.html>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Direito Fundamental à Saúde, In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder. Tratado de Direito Constitucional, v. 2, São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte e vida da Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as Interpretações de Alexy e Dworkin. Revista CEJ. Brasília, n. 30. jul/set. 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 31.ed, São Paulo: Malheiros, 2007.

TRIPS. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br>>. Acesso em: 18 mai. 2013.

ESTUDO DE CASO: ABUSO DO DIREITO DE VOTO E EXCLUSÃO DO ACIONISTA NAS SOCIEDADES DE CAPITAL FECHADO

CASE STUDY: ABUSE OF VOTING RIGHTS AND EXCLUSION OF SHAREHOLDER IN CLOSED CAPITAL CORPORATION

Carla Dadalto Badiani¹

Especialista em Direito

Universidade Positivo - Curitiba (PR) - Brasil

RESUMO: O presente trabalho é um estudo de caso. O objetivo geral é o desenvolver um caso envolvendo uma sociedade anônima de capital fechado, com o propósito específico de gerar energia elétrica. Esta sociedade tem a especificidade do liame subjetivo entre os acionistas e a previsão, no estatuto social, da aplicação subsidiária das normas relativas à sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Os objetivos específicos são: (i) alcançar a finalidade de chegar a uma alternativa plausível para resolução, com o conseqüente afastamento do abuso do direito de voto por parte de um acionista; e (ii) estudar as tentativas de se mitigar seus efeitos deletérios, no que tange à ameaça concreta ao futuro da companhia na consecução do objeto social, culminando com a estagnação das atividades empresariais.

Palavras-chave: Sociedade anônima de capital fechado. Abuso do direito de voto. Exclusão de acionista.

Abstract: This is a case study. The overall goal is to solve a case involving a privately held corporation, with the specific purpose of generating electricity. This company has the specificity of the bond between the shareholders and subjective prediction, in the bylaws, the subsidiary application of the rules concerning pri-

¹Advogada do Grupo Positivo. Especialista pelo Programa de Pós-graduação Lato Sensu em Direito - LLM em Direito Corporativo em Curitiba (PR). Pesquisa realizada na Pró Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, no Programa. E-mail: E-mail: carlabadiani@gmail.com.

vate company with limited liability. The specific goals are: (i) achieve the purpose of arriving at a plausible alternative resolution, with the consequent removal of abuse of voting rights by a shareholder, and (ii) study attempts to mitigate its deleterious effects, regarding the real threat to the future of the company's purposes, culminating with the stagnation of business activities.

Keywords: Closed capital corporation. Abuse of the right to vote. Exclusion of shareholder.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade examinar uma problemática surgida a partir de um caso concreto, no qual o acionista minoritário de uma sociedade anônima de capital fechado vota em desfavor da aprovação do aumento do capital social da sociedade.

A priori tal questão pode aparentar como sendo de baixa complexidade, não fossem duas peculiaridades: (i) o voto do acionista minoritário é determinante para o aumento do capital social, tendo em vista o quórum previsto no estatuto social para deliberação pelo acréscimo e (ii) o objeto social a ser desenvolvido pela sociedade tornar-se-á inviável pela ausência de novos recursos necessários à consecução do objeto social, causando invariável prejuízo à companhia.

Ademais, trata-se de sociedade de propósito específico (SPE) de geração de energia elétrica, sendo que, na hipótese da manutenção do atual valor do capital social, o qual, diga-se, não representa o montante necessário à realização das atividades empresariais, a companhia estará obstada de obter financiamento junto a instituições financeiras para implantação do empreendimento.

Sendo assim, o objetivo geral é o de esclarecer, portanto, de forma ampla, quais são as principais e mais eficazes alternativas para resolução de conflitos desta natureza, adotando-se, ao final, a escolha que se compreende menos prejudicial à companhia.

Os objetivos específicos são: (I) alcançar a finalidade de chegar a uma alternativa plausível para resolução, com o consequente afastamento do abuso do direito de voto por parte de um acionista; e (II) estudar as tentativas de se mitigar seus efeitos deletérios, no que tange à ameaça concreta ao futuro da companhia

na consecução do objeto social, culminando com a estagnação das atividades empresariais.

Desta feita, o trabalho divide-se em quatro capítulos. O primeiro versará sobre as principais características do caso concreto que servirão de baliza para os próximos capítulos.

No segundo capítulo tratar-se-á, em linhas gerais, do aumento do capital social por meio da subscrição de novas ações, esclarecendo-se que, em razão da sociedade estar em fase de investimento, ainda não há retorno financeiro, o que possibilitaria o aumento do capital por meio da capitalização dos lucros, acrescentando, de forma equânime, o percentual proporcional de quota social de cada um dos três acionistas da companhia.

O abuso do direito de voto na sociedade será tema do terceiro capítulo. Neste tópico, abordar-se-á o conceito do direito não-essencial de voto quando se versa sobre sociedades anônimas. A configuração de voto contrário aos interesses da companhia ou dos sócios, de maneira a causar prejuízo a estes, sendo o que se compreende por abuso do direito de voto. Neste sentido, a característica do dano financeiro à sociedade é o principal deflagrador do abuso do direito de voto.

O tema do quarto capítulo serão as formas de se afastar a deliberação do sócio, que vai de encontro aos interesses da sociedade, primordialmente quando se trata de sociedade de capital, que não é identificada pelo somatório de recursos apenas (*intuitu pecuniae*), mas, também pelos esforços, de sorte a verificar-se a *affectiosocietatis* entre os acionistas. Neste sentido, haveria forte ameaça à consecução da finalidade da empresa e do objeto social.

A metodologia empregada é o estudo de caso por meio da abordagem teórica composta de revisão bibliográfica e pesquisa legislativa, além da obtenção de dados secundários, como julgados dos Tribunais Superiores.

1. Estudo do Caso - Descrição e Parâmetros

O presente estudo decorre da análise de um caso concreto, o qual envolve uma sociedade anônima de capital fechado, com capital social de R\$ 1.000,00 (mil reais), tendo como propósito específico a construção de uma pequena central hidrelétrica (PCH), cujo custo estimado é de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) e objeto social a geração de energia elétrica. Ainda que o custo de implantação seja bastante elevado, a pequena central hidrelétrica terá de majorar

o capital social em, pelo menos, 100 (cem) vezes, de maneira a haver correspondência entre aquele e as atividades necessárias à consecução do objeto social da companhia.

A sociedade em questão possui apenas três acionistas, havendo *affectiosocietatis*² entre estes, na medida em que cada um dos acionistas exerce cargo de diretor na companhia e suas respectivas experiências profissionais foram determinantes para a criação da companhia, de sorte que cada um atua, perante a sociedade, em sua respectiva área de atuação.

Outra característica não menos importante refere-se à previsão contida no estatuto social de que poderá haver a aplicação subsidiária das normas da sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

As quotas das sociedades são divididas entre os acionistas da companhia da seguinte forma:

- (a) Acionista A = 50% (cinquenta por cento) das quotas representativas do capital social;
- (b) Acionista B = 35% (trinta e cinco por cento) das quotas representativas do capital social; e
- (c) Acionista C = 15% (quinze por cento) das quotas representativas do capital social.

Em consonância com a Lei de Sociedades Anônimas, Lei n.º 6.404 de 15 de dezembro de 1976 (LSA), o estatuto social prevê que, na hipótese de transferência de ações, a oferta se dará primeiramente para os próprios acionistas e, em segundo, a terceiros indicados pelos próprios acionistas alienantes, devendo haver a concordância dos demais nestes casos.

Ainda, há disposição no estatuto social de que as deliberações da Assembleia Geral serão tomadas por maioria de votos, com exceção das matérias abaixo relacionadas, que somente serão aprovadas por acionistas que representem mais de 85% (oitenta e cinco por cento) das ações com direito a voto, estas matérias são:

- a) Aumento e redução do capital social da sociedade, desdobramento de ações, grupamento ou reagrupamento de ações, resgate e compra de ações

²Por *affectiosocietatis* utiliza-se os ensinamentos de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa que lecionada como sendo uma característica “Daí porque não se pode inteiramente descartar a análise da *affectiosocietatis* (ligada ao instituto da causa subjetiva do contrato) como um elemento diferenciador da vontade presente na constituição das sociedades e que tem um importante relevo no nascimento e na vida destas.” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial, v. 2. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 46.)

para cancelamento ou para manter a tesouraria, emissão ou venda de qualquer valor mobiliário de emissão da sociedade, conversível ou não em ações, inclusive, sem limitação, a criação ou emissão de ações preferenciais, debêntures, bônus de subscrição, partes beneficiárias ou a venda de capital ou opção de compra de ações;

b) Abertura do capital da sociedade;

c) Qualquer alteração do Estatuto Social da sociedade, incluindo, mas sem limitação, a mudanças nas preferências, benefícios ou características das ações emitidas, bem como a alteração no objeto social da sociedade;

d) Fixação do montante anual global da remuneração dos Diretores da sociedade em valor maior que o montante no momento da deliberação;

e) Fusão, cisão, incorporação ou qualquer outro tipo de reorganização societária envolvendo a sociedade;

f) A celebração de todo e qualquer documento que importe responsabilidade ou obrigação para a Sociedade, incluindo a tomada de qualquer empréstimo ou a prestação de qualquer garantia em nome da sociedade, os quais excedam R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), considerando cada ato isoladamente ou o conjunto de atos relativos a uma mesma transação;

g) Distribuição de lucros da sociedade, a qualquer título, inclusive dividendos.

O ponto controvertido consiste no fato de que, por não se tratar de sociedade de capital autorizado, para a obtenção de financiamento para a implantação do empreendimento junto a instituições financeiras, é necessária a aprovação e consequente aumento do capital social pelos sócios em um valor mínimo de ativos que possa garantir ao financiador que a sociedade se obrigue a conservar referido capital social.

Neste sentido, o acionista minoritário, que possui 15% (quinze por cento) das quotas representativas do capital social, não tem condições financeiras de realizar o aporte de mais recursos na companhia, bem como quer evitar a perda de seu poder de voto sobre as questões primordiais que envolvem o futuro da sociedade, razão pela qual vota contra o aumento do capital social.

Considerando que o voto deste acionista minoritário, conforme visto acima, é determinante para o aumento e consequente obtenção do financiamento, os demais acionistas buscam uma solução jurídica, com a intervenção do Poder Judiciário, vez que a relação entre os sócios já se desgastou a ponto de não haver consenso entre eles para que o aumento se dê de forma consensual ou, ainda,

que o acionista minoritário abra mão do direito de preferência na subscrição de novas ações.

Registre-se que, em virtude da sociedade estar na fase de implantação do empreendimento para conseqüente geração de energia elétrica, não há que se falar, ainda, em aumento de capital social mediante a capitalização de lucros, na forma estabelecida no artigo 169 da LSA³.

Por fim, há de se ponderar que o quórum especial para deliberação de certas matérias na sociedade em estudo, tem como objetivo o consenso unânime de determinadas decisões que são primordiais para a companhia e foram para a união inicial dos esforços (e de recursos) para a criação da sociedade empresária, com a finalidade de geração e exploração de energia elétrica.

Nesta medida, ainda que o quórum altamente elevado pareça distorcido da realidade, a finalidade era de que todos os acionistas, de certa maneira, tivessem algum poder de comando na sociedade, sendo determinantes e corresponsáveis pelas escolhas do destino da companhia.

Sendo estas, portanto, as premissas do estudo, passa-se à análise dos principais pontos que norteiam o caso.

2. Aumento do Capital Social por Subscrição de Novas Ações na Sociedade de Capital Fechado

Consoante visto acima, o empreendimento em questão, por apresentar capital social irrisório para a consecução das atividades sociais constantes no estatuto, deverá captar recursos dos acionistas (autofinanciamento), se almeja, efetivamente, explorar a atividade econômica.

Nesta esteira, em atenção ao conceito de capital social, o qual para Alfredo de Assis Gonçalves Neto seria, em sentido amplo, a totalização das contribui-

³Art. 169. O aumento mediante capitalização de lucros ou de reservas importará alteração do valor nominal das ações ou distribuições das ações novas, correspondentes ao aumento, entre acionistas, na proporção do número de ações que possuírem.

§ 1º Na companhia com ações sem valor nominal, a capitalização de lucros ou de reservas poderá ser efetivada sem modificação do número de ações.

§ 2º Às ações distribuídas de acordo com este artigo se estenderão, salvo cláusula em contrário dos instrumentos que os tenham constituído, o usufruto, o fideicomisso, a inalienabilidade e a incomunicabilidade que porventura gravarem as ações de que elas forem derivadas.

§ 3º As ações que não puderem ser atribuídas por inteiro a cada acionista serão vendidas em bolsa, dividindo-se o produto da venda, proporcionalmente, pelos titulares das frações; antes da venda, a companhia fixará prazo não inferior a 30 (trinta) dias, durante o qual os acionistas poderão transferir as frações de ação.

ções dos sócios e em sentido mais estrito, sob o ângulo da estrutura societária, seria:(...) como aquele que os sócios reputam suficiente ou adequado para representar o patrimônio mínimo de que necessita a sociedade para exercer sua atividade e produzir lucros⁴. (Grifos Aditados).

De maneira bastante semelhante, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, explica que “o capital social exerce funções importantes: (I) ele é a garantia dos credores; (II) ele é o meio pelo qual a atividade da sociedade será exercida; e (III) ele é a referência para a verificação dos resultados da sociedade.”⁵.

Assim, o capital social da companhia em tela deve ser majorado pelo autofinanciamento com o ingresso de novos recursos, pois, na atual conjuntura está ausente a característica da identidade entre o montante necessário à exploração da atividade e o valor do capital social da companhia.

A despeito do custo de implantação do empreendimento não dever refletir, *ipsis literis*, o capital da companhia, pois o investimento inicial será diferente do valor para a exploração da atividade de geração de energia elétrica, o capital social ínfimo, estipulado quando da criação da sociedade para realização dos estudos prévios de viabilidade do empreendimento, é inaceitável na atual fase da sociedade, constituindo, quiçá, ameaça à garantia dos credores.

Deste modo, na sociedade em tela, além do capital social que reflita o patrimônio mínimo que a empresa necessita para desenvolver sua atividade e gerar lucros, há a necessidade de empréstimos perante instituições financeiras em face do alto valor de implantação do empreendimento, que posteriormente poderá, inclusive, ser quantificado como ativo imobilizado da companhia.

Outrossim, em cumprimento ao parágrafo 1º e 7º, do artigo 170, da LSA, a justificativa para o aumento do capital social se sustentaria no fato de que sem o aumento, configurar-se-á a frustração da consecução do objeto social. O aporte de mais recursos é condição *sine quo a non* para a própria sobrevivência da atividade empresarial.

3. Abuso do Direito de Voto nas Sociedades Anônimas de Capital Fechado

Preliminarmente, convém expor que, conforme artigo 109, da LSA, são direitos essenciais dos sócios (I) participar dos lucros sociais; (II) participar do acervo

⁴GONÇAVES NETO, Alfredo de Assis. Manual das Companhias ou Sociedades Anônimas. 3.ed. rev., atual. eamp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 66.

⁵VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial,v. 2. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 123.

da companhia, em caso de liquidação; (III) fiscalizar, na forma prevista na Lei n.º 6.404/1976, a gestão dos negócios sociais; (IV) ter a preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição e; (V) retirar-se da sociedade nos casos previstos na legislação.

Muito embora da leitura do dispositivo supracitado não se depreenda que o direito de voto seja um direito essencial, portanto inderrogável do acionista, o direito de votar é direito não-essencial somente quando trata-se de sociedades anônimas. Isto porque o estatuto social pode restringir tal direito ou limitá-lo, a teor do artigo 111 da LSA⁷.

Não obstante, o direito de voto tem especial importância, pois confere ao acionista poder jurídico de participar na formação da vontade social.

Marcelo Lamy Rego define o direito de voto como o “direito do acionista de manifestar sua vontade na Assembleia Geral, a favor ou contra a aprovação de proposta de deliberação, e de ter seu voto computado na formação da vontade social”⁸.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa leciona que “O direito de voto nas sociedades é instrumental, devendo ser exercido de forma regular, e não abusiva.”⁹.

O direito de voto, também, enquadra-se na categoria de direitos próprios ou reservados a certos acionistas¹⁰, na medida em que é possível, conforme exposto acima, a criação de ações que detêm os direitos intrínsecos dos sócios, mas não dá o direito de “participar na formação da vontade social”, o que ocorre no caso das ações preferenciais.

Ainda, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa ensina que: O voto é um direito, e não um dever. Desta forma, o sócio, de um lado, não está obrigado a comparecer às assembleias para exercer tal direito e, de outra parte, se a elas comparecer, não está obrigado a votar, podendo abster-se¹¹.

Entretanto, o ilustre Professor faz a ressalva de que a abstenção ou o exercício do direito de voto poderão ser enquadrados como manifestação abusiva, seja omissiva ou comissiva, do direito de voto, sendo que tanto a ação como a abstenção, nesta hipótese, configurar-se-ão como ato doloso do acionista¹².

⁷Art. 111. O estatuto poderá deixar de conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos reconhecidos às ações ordinárias, inclusive o de voto, ou conferi-lo com restrições, observado o disposto no artigo 109.

⁸REGO, Marcelo Lamy. Direito de Voto, v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 377.

⁹VERÇOSA, 2010, p. 156.

¹⁰VALVERDE, op.cit., REGO, 2009.

¹¹VERÇOSA, 2010, p. 157.

¹²Idem, ibidem, p. 157.

Neste diapasão, também defende Marcelo Lamy Rego que, ainda que não haja norma cogente que obrigue o acionista a exercer seu direito de voto, este, especialmente para o acionista que detenha o poder de controle sobre a companhia, não pode enquadrar-se como direito subjetivo, sendo exercido somente quando e se conveniente¹³, pois a ausência de voto muitas vezes pode contrariar diretamente os interesses da companhia.

A legislação, porém, é mais específica quando trata da conduta positiva, ou seja, o direito de voto deve ser exercido em consonância com os interesses da companhia, do contrário, se estaria violando o artigo 115 da LSA, que dispõe:

Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

§ 1º o acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.

(...)

§ 3º o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido.

§ 4º A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido. (Grifos Aditados).

Destarte, pouco importa se o voto abusivo é manifestado pelo acionista majoritário ou pelo minoritário. Deve-se ter em mente que o voto é a forma de externar a colaboração do acionista para o sucesso da atividade que está sendo desenvolvida pela companhia, devendo sempre ser dirigido para o fim institucional, voltado para a consecução do fim social e no interesse da companhia.

¹³REGO, 2009, p. 377.

O escólio do ilustre Professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa é no sentido de que:

(...), o interesse da companhia está abstratamente ligado ao exercício de sua atividade econômica, prevista no estatuto, na cláusula do objeto social. Do ponto de vista concreto, sempre tendo como parâmetro o objeto social, o voto regular, exercido no interesse da sociedade, será posto à prova em cada deliberação de assembleia na qual o acionista vier a manifestar esse direito¹⁴.

Consoante acima referenciado, o artigo 115 da LSA elenca três hipóteses nas quais se caracterizará o voto abusivo: (I) o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, (II) de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e (III) de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. Em todos os casos, o acionista responderá por perdas e danos e poderá ter sua decisão anulada.

O escólio de Marcelo Lamy Rego é no sentido de que o voto abusivo pode ser entendido como um voto nulo, o que ocorre quando há violação à expressa disposição de lei. O voto abusivo será passível de anulação, na medida em que há um desvio do seu escopo ou ainda “uma distorção da finalidade do direito de voto, tornando-o anulável¹⁵”.

Na problemática que ora se visa resolver, o abuso do direito de voto consiste na hipótese de que resulte ou possa resultar em prejuízo para a sociedade, relativo ao não investimento imprescindível para a realização do objeto social.

Sendo assim, três possibilidades para afastar o voto que causa dano econômico à sociedade poderiam ser adotadas, quais sejam: (I) propositura de ação de perdas e danos - após o fato; (II) exclusão do sócio e (III) anulação do voto do sócio por decisão judicial.

No que tange à primeira possibilidade relacionada à propositura de ação de perdas e danos, esta não atende à finalidade pretendida, pois a prevalência do voto do acionista minoritário que vota em desfavor do aumento acarretará na morte da própria sociedade, o que se busca evitar.

Já na hipótese de propositura de ação com o fito de anular voto abusivo, os

¹⁴VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial, v.3. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 259.

¹⁵REGO, 2009, p. 416.

acionistas que se sentiram lesados poderão propô-la, com base no artigo 286 da LSA¹⁶, no prazo de 2 (dois) anos da deliberação anulável.

De acordo com os ensinamentos de Marcelo Lamy Rego, se com a anulação da deliberação os sócios retornarem aos *status quo ante*, descartada estará a propositura da ação de reparação de danos, em razão da ausência do prejuízo, raciocínio inverso se dará no caso de impossibilidade de restauração à situação anterior, com configuração de dano aos acionistas e à sociedade¹⁷.

Deste modo, caso haja a anulação do voto do acionista minoritário que votou contra os interesses da companhia, se voltará à situação primeira de que é imprescindível a manifestação positiva do minoritário pelo aumento do capital social. A solução seria, nesta hipótese, pleitear judicialmente a substituição do voto do acionista pela decisão do magistrado para aumento do capital social, o que se mostra pouco efetivo para a harmonia da continuidade da atividade da empresa, sobretudo em razão do lapso temporal que decorrerá até que seja formada a coisa julgada material sobre a questão.

Neste sentido, passasse-se a examinar a possibilidade de exclusão do sócio.

4. Possibilidade da Exclusão de Acionista na Sociedade Anônima de Capital Fechado

Configurado o fundamento econômico do abuso de direito de voto, surgiria para a sociedade um mecanismo para se atuar contra o acionista que estivesse agindo em oposição aos interesses sociais, de forma direta, e indiretamente contra os interesses dos próprios sócios, conforme ensina José Waldecy Lucena¹⁸.

Na hipótese desta conduta perniciosa para a sociedade não ser coibida, ter-se-á grande ameaça para a própria continuidade da atividade empresarial.

Conforme ensinamentos de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, três seriam as teorias para a exclusão do sócio, quais sejam, (a) Teoria da Disciplina Taxativa Legal; (b) Teoria do Poder Corporativo Disciplinar e (c) Teoria Contratualista¹⁹.

¹⁶Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembleia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação.

¹⁷REGO, 2009, p. 420.

¹⁸LUCENA, José Waldecy. Das sociedades limitadas, op. cit., p. 701 e 702.

¹⁹VERÇOSA, 2010, p. 159. Citando Dalmatello, o qual é referenciado também na obra de José Waldecy Lucena. Das Sociedades Limitadas, op. cit., p. 702 e ss.

Na Teoria da Disciplina Taxativa Legal o interesse da sociedade empresária se sobreporia ao interesse individual dos sócios, pois aquele atende a interesse público, devendo, portanto, ser preservado. Ainda, com vistas à finalidade do interesse público, a lei deveria disciplinar a forma de exclusão do sócio, atribuindo-lhe caráter de penalidade de maneira que, a partir deste raciocínio, a exclusão não seria faculdade, mas prerrogativa inderrogável²⁰.

Já a Teoria do Poder Corporativo Disciplinar, em analogia ao poder disciplinar exercido pela Administração Pública, disciplina que a sociedade seria ente distinto dos seus sócios e, se configurada as hipóteses formalmente previstas em lei, o exercício da exclusão do sócio pela sociedade seria poder-dever desta. A crítica que se faz a esta teoria consiste no fato de que desconsidera a vontade dos sócios, personificando a companhia de modo tal que esta passaria a ser ente desconexo e independente dos sócios que a compõe, o que não se concebe na idealização do ente jurídico sociedade²¹.

Por fim, a Teoria Contratualista da Exclusão é assim definida pela doutrina:

Para esta corrente a exclusão seria o resultado do inadimplemento, por parte de algum sócio, do contrato sinalagmático ajustado ao contrato plurilateral de sociedade, em harmonia com o princípio da conservação da empresa e adequado à técnica legislativa. A resolução por inadimplemento seria temperada pelo princípio da conservação da empresa, do que resultaria a possibilidade de haver uma resolução parcial do contrato em relação ao sócio inadimplente. Os casos de exclusão parcial, previstos em lei ou no contrato social, representariam condições resolutivas expressas que operariam quando verificadas no caso concreto²².

Na hodierna concepção do ordenamento jurídico brasileiro, a exclusão do sócio, tendo como base a aplicação por analogia do artigo 1.085 do Código Civil²³ que trata das sociedades limitadas, ter-se-ia a possibilitar de exclusão pela con-

²⁰Ibidem, p. 159-160.

²¹VERÇOSA, 2010, p. 160 e161.

²²NUNES, Avelã. O Direito de Exclusão dos Sócios nas Sociedades Comerciais, p. 40, op. cit., VERÇOSA, 2010, p. 161.

²³Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.

Parágrafo único. A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.

figuração de falta grave ou justa causa, desde que se partisse da premissa desta possibilidade, como o presente caso, da aplicação supletiva das regras das sociedades limitadas.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa defende que há a possibilidade de exclusão tanto do sócio minoritário como do majoritário, desde que se observe (I) que o sócio a ser afastado fique impedido de votar na assembleia instituída com a finalidade de excluí-lo, com base na parte final do parágrafo primeiro, do artigo 115, da LSA, tendo em vista que há interesse conflitante com o da companhia; (II) a exclusão do sócio faz-se necessário quórum de mais da metade do capital social votante, na medida em que o capital social do sócio a ser excluído não deve ser considerado para efeitos de quórum e; (III) se a eliminação do sócio se der de forma abusiva, o prejudicado poderá requerer a anulação da deliberação, assim como pleitear perdas e danos em face dos demais que o excluíram²⁴.

Assim, a exclusão do sócio estaria pautada na inobservância dos deveres dos sócios e não no mero desacordo entre eles, a falta grave ou a justa causa ou o voto abusivo que gere prejuízo para a companhia ou para os sócios são imprescindíveis para o requerimento da exclusão do sócio.

Na temática em tela, há jurisprudência no sentido de que, ainda que se trate de sociedade anônima, havendo *affectiosocietatis*, é possível a exclusão do sócio, vejamos:

DIREITO SOCIETÁRIO E EMPRESARIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA DE CAPITAL FECHADO EM QUE PREPONDERA A AFFECTIO SOCIETATIS. DISSOLUÇÃO PARCIAL. EXCLUSÃO DE ACIONISTAS. CONFIGURAÇÃO DE JUSTA CAUSA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ART. 257 DO RISTJ E SÚMULA Nº 456 DO STF. 1. O instituto da dissolução parcial erigiu-se baseado nas sociedades contratuais e personalistas, como alternativa à dissolução total e, portanto, **como medida mais consentânea ao princípio da preservação da sociedade e sua função social, contudo a complexa realidade das relações negociais hodiernas potencializa a extensão do referido instituto às sociedades “circunstancialmente” anônimas, ou seja, àquelas que, em virtude de cláusulas estatutárias restritivas à livre circulação das ações, ostentam caráter familiar ou fechado, onde as qualidades pessoais dos sócios adquirem relevância para o desenvolvimento**

²⁴VERÇOSA, 2010, p. 164 a168.

das atividades sociais (*affectiosocietatis*). (Precedente: ERESP 111.294/PR, Segunda Seção, Rel. Ministro Castro Filho, DJ 10/09/2007) 2. É bem de ver que a dissolução parcial e a exclusão de sócio são fenômenos diversos, cabendo destacar, no caso vertente, o seguinte aspecto: na primeira, pretende o sócio dissidente a sua retirada da sociedade, bastando-lhe a comprovação da quebra da *affectiosocietatis*; na segunda, a pretensão é de excluir outros sócios, em decorrência de grave inadimplemento dos deveres essenciais, colocando em risco a continuidade da própria atividade social. 3. Em outras palavras, a exclusão é medida extrema que visa à eficiência da atividade empresarial, para o que se torna necessário expurgar o sócio que gera prejuízo ou a possibilidade de prejuízo grave ao exercício da empresa, sendo imprescindível a comprovação do justo motivo. 4. No caso em julgamento, a sentença, com ampla cognição fático-probatória, consignando a quebra da “*bona fides societatis*”, salientou uma série de fatos tendentes a ensejar a exclusão dos ora recorridos da companhia, porquanto configuradores da justa causa, tais como: (I) o recorrente Leon, conquanto reeleito pela Assembleia Geral para o cargo de diretor, não pôde até agora nem exercê-lo nem conferir os livros e documentos sociais, em virtude de óbice imposto pelos recorridos; (II) os recorridos, exercendo a diretoria de forma ilegítima, são os únicos a perceber rendimentos mensais, não distribuindo dividendos aos recorrentes. 5. Caracterizada a sociedade anônima como fechada e personalista, o que tem o condão de propiciar a sua dissolução parcial - fenômeno até recentemente vinculado às sociedades de pessoas -, é de se entender também pela possibilidade de aplicação das regras atinentes à exclusão de sócios das sociedades regidas pelo Código Civil, máxime diante da previsão contida no art. 1.089 do CC: “A sociedade anônima rege-se por Lei Especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código.” 6. Superado o juízo de admissibilidade, o Recurso Especial comporta efeito devolutivo amplo, porquanto cumpre ao Tribunal julgar a causa, aplicando o direito à espécie (art. 257 do RISTJ; Súmula nº 456 do STF). Precedentes. 7. Recurso Especial provido, restaurando-se integralmente a sentença, inclusive quanto aos ônus sucumbenciais. (STJ; REsp 917.531; Proc. 2007/0007392-5; RS; Quarta Turma; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; Julg. 17/11/2011; DJE 01/02/2012). (Grifos Aditados).

Portanto, imprescindível, na análise da problemática, estabelecer-se um ju-

ízo de proporcionalidade entre a quebra de deveres dos sócios e a imputação de responsabilidade suficiente para a resolução do vínculo societário.

Oportuno registrar que a configuração de voto abusivo que demande a imprescindível exclusão do acionista, não se equivale às situações previstas no artigo 137 da LSA²⁵ que concede ao acionista, em determinadas hipóteses, o direito de se retirar da companhia.

Em tais hipóteses, o acionista que teve sua vontade sobrepujada tem o direito de retirar-se da companhia, o que não se confunde com o exercício subjetivo do direito de voto, na medida em que retirar-se da companhia nos casos sobreditos não causa prejuízo à companhia em si - a não ser nos casos em que o retirante detém expressiva participação no capital social o que gera a descapitalização da companhia - mas protege o sócio minoritário de situações fáticas que vão de encontro ao seu interesse inicial, ou seja, caso haja alterações em determinadas características da sociedade, que foram os motivos primeiros do investimento.

²⁵Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas:
I - nos casos dos incisos I e II do art. 136, somente terá direito de retirada o titular de ações de espécie ou classe prejudicadas;

II - nos casos dos incisos IV e V do art. 136, não terá direito de retirada o titular de ação de espécie ou classe que tenha liquidez e dispersão no mercado, considerando-se haver:

a) liquidez, quando a espécie ou classe de ação, ou certificado que a represente, integre índice geral representativo de carteira de valores mobiliários admitido à negociação no mercado de valores mobiliários, no Brasil ou no exterior, definido pela Comissão de Valores Mobiliários; e

b) dispersão, quando o acionista controlador, a sociedade controladora ou outras sociedades sob seu controle detiverem menos da metade da espécie ou classe de ação; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

III - no caso do inciso IX do art. 136, somente haverá direito de retirada se a cisão implicar:

a) mudança do objeto social, salvo quando o patrimônio cindido for vertido para sociedade cuja atividade preponderante coincida com a decorrente do objeto social da sociedade cindida;

b) redução do dividendo obrigatório; ou

c) participação em grupo de sociedades;

IV - o reembolso da ação deve ser reclamado à companhia no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da ata da assembleia-geral;

V - o prazo para o dissidente de deliberação de assembleia especial (art. 136, § 1o) será contado da publicação da respectiva ata;

VI - o pagamento do reembolso somente poderá ser exigido após a observância do disposto no § 3o e, se for o caso, da ratificação da deliberação pela assembleia-geral.

§ 1º O acionista dissidente de deliberação da assembleia, inclusive o titular de ações preferenciais sem direito de voto, poderá exercer o direito de reembolso das ações de que, comprovadamente, era titular na data da primeira publicação do edital de convocação da assembleia, ou na data da comunicação do fato relevante objeto da deliberação, se anterior.

§ 2o O direito de reembolso poderá ser exercido no prazo previsto nos incisos IV ou V do caput deste artigo, conforme o caso, ainda que o titular das ações tenha se absterido de votar contra a deliberação ou não tenha comparecido à assembleia.

§ 3o Nos 10 (dez) dias subsequentes ao término do prazo de que tratam os incisos IV e V do caput deste artigo, conforme o caso, contado da publicação da ata da assembleia -geral ou da assembleia especial que ratificar a deliberação, é facultado aos órgãos da administração convocar a assembleia -geral para ratificar ou reconsiderar a deliberação, se entenderem que o pagamento do preço do reembolso das ações aos acionistas dissidentes que exerceram o direito de retirada porá em risco a estabilidade financeira da empresa.

§ 4º Decairá do direito de retirada o acionista que não o exercer no prazo fixado.

Cabe citar Alfredo de Assis Gonçalves Neto quando faz suas considerações acerca da dissolução parcial das sociedades anônimas:

Destinada a privilegiar e proteger, não os acionistas, mas os recursos investidos nos pequenos, médios ou grandes empreendimentos, a sociedade anônima possui uma estrutura que procura preservar seu patrimônio das vicissitudes que são próprias das sociedades de pessoas, de sorte a ter uma vida perene, a cavaleiro do improgramável comportamento das pessoas que a integram. Daí que o acionista não é quem figura no contrato social, tanto que nele não aparece, mas quem possui um título apartado, que lhe confere tal legitimação. O ingresso e a saída de sócios faz-se sem alteração do estatuto, sem deliberação de assembleia, pela simples transferência da ação, cuja circulação não pode ser restringida, a não ser para assegurar, quando assim ficar estabelecido no estatuto, o direito de preferência na aquisição. (...) ²⁶.

Neste sentido, com o devido respeito ao ilustre Professor, mas em virtude da vontade das partes, haverá a necessidade de se conhecer e autorizar a entrada de novos acionistas na sociedade em tela, por expressa disposição do estatuto, assim como, a aplicação supletiva das normas da sociedade limitada dá guarida à exclusão do acionista que, por abusar de seu direito de voto, compromete gravemente o futuro da atividade empresarial, devendo ser excluído do quadro social por manifesta justa causa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante visto acima, a casuística em tela envolve intrincada controvérsia. A sociedade anônima de capital fechado, com propósito específico de gerar energia elétrica, que possui como ponto crucial para viabilidade de exploração da sua atividade empresarial a obtenção de financiamento e tem em seu em desfavor a reprovação do aumento do capital social da sociedade, deve ter como objetivo primordial a consecução do seu objeto social.

Por não envolver questões estritamente de direito, mas primordialmente fi-

²⁶GONÇAVES NETO, 2013, p. 267-268.

nanceiras, o viés da discussão torna-se amplo, devendo ser analisado de forma sistêmica.

As situações cotidianas, que são baseadas, no mais das vezes, em fatos alheios à dogmática jurídica demandam criatividade do operador do Direito para que seja atendida a finalidade da criação da norma jurídica.

A influência do voto do acionista minoritário para o aumento do capital social, prevista quando havia consenso de interesses, ao longo do tempo serve de justificativa e embasamento para fato contrário ao Direito, havendo abuso do direito de voto, ainda que exercido de forma não contrária ao estabelecido no estatuto social.

O erro concernente à não aprovação prévia de capital no estatuto social, gerou um impasse no futuro da companhia, pois já havia alguma previsibilidade de que a questão poderia gerar desentendimentos entre os acionistas.

O segundo capítulo, que versou sobre o aumento do capital social por meio da subscrição de novas ações, tratou da alternativa única de que em virtude da necessária aprovação da transferência das ações pelos demais sócios, as outras formas de injeção de capital na companhia que derivasse na participação na companhia foram vetadas de plano pelos envolvidos. Nesta toada, o autofinanciamento foi a alternativa que restou aos sócios.

No terceiro capítulo, no qual foi analisado o abuso do direito de voto na sociedade, foi demonstrado que, apesar da motivação do voto, caso este venha causar prejuízo à sociedade ou aos demais sócios, desconsiderando a finalidade da companhia, surge para a companhia direito que a protege das vicissitudes das condutas dos sócios pautadas estritamente em fins egoísticos.

Destarte, a forma de se buscar afastar a deliberação do acionista, que vai de encontro aos interesses da sociedade foi o tema do terceiro capítulo, no qual se demonstrou as possibilidades de anular tais deliberações tomadas em assembleia geral.

Muito embora a anulação da deliberação seja uma das alternativas para a solução do problema exposto, anular a decisão do minoritário não desencadeará na aprovação do aumento do capital social, haja vista a exigência do quórum qualificado previsto no estatuto.

O quarto tópico da pesquisa abordou a exclusão do acionista, com embasamento na aplicação supletiva das normas atinentes à sociedade limitada, consoante previsto no estatuto social. Tal previsão, ademais, dá indícios da natureza

intuitus personae da companhia, legitimando, ainda mais, a exclusão do sócio pela configuração da justa causa, referente ao abuso do direito de voto.

Por fim, a conclusão do estudo é de que é plausível a exclusão do sócio que atua com abuso do seu direito de voto à revelia dos interesses da companhia, pois configurada nesta hipótese a (i) existência de justa causa; (ii) previsão da aplicação subsidiária das normas relacionadas às sociedades limitadas e; (iii) o intuito de se preservar a continuidade da atividade empresarial, com a posterior obtenção de financiamento para a implantação do empreendimento, na medida em que é a interpretação que causa menor lesão às partes envolvidas no conflito e mantém o fim principal da empresa que é a realização do seu objeto social, beneficiando toda a coletividade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n.º 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 07 set. 2013.

_____. Lei nº 10.496 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm>. Acesso em: 06 set. 2013.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. Estudos de Direito Empresarial. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Manual das Companhias ou Sociedades Anônimas. 3.ed. rev., atual. eamp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LAMY FILHO, Alfredo e, PEDREIRA, José Luiz Bulhões (org). Direito das Companhias, v.1, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LUCENA. José Valdecy. Das sociedades limitadas. 6.ed. rev., atual. eamp. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. REsp 917.531; Proc. 2007/0007392-5; RS; Quarta Turma; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; Julg. 17/11/2011; DJE 01/02/2012. Dis-

ponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 30 set. 2013

REGO, Marcelo Lamy. Direito de Voto, v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, v. 2. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial, v. 3. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DIREITOS DOS ACIONISTAS MINORITÁRIOS NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

RIGHTS OF THE MINORITY STOCKHOLDERS IN THE CORPORATIONS

Cristiano Cerutti Panosso¹

Especialista em Direito

Faculdade Brasileira de Tributação - Porto Alegre (RS)

RESUMO: Os direitos dos acionistas minoritários nas sociedades anônimas, tema examinado neste trabalho, são garantias legais asseguradas aos acionistas que se encontram fora da gestão da companhia. O estudo justifica-se pela necessidade de os acionistas minoritários terem presentes quais são os direitos, assim como quais são os meios e as condições para exercê-los, permitindo o acompanhamento e até mesmo sua influência na gestão da companhia, através de uma conduta participativa. Mediante o exame de dispositivos da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, acompanhado de entendimentos da doutrina, objetiva-se afastar a idéia de que apenas os controladores têm capacidade e legitimidade de conduzir a sociedade anônima, tendo os acionistas minoritários meios próprios e hábeis para garantir os seus direitos e o regular funcionamento das companhias. Assim, com dados extraídos da legislação e da doutrina especializada, através do método denominado “estado da arte”, são mapeados e examinados os direitos dos acionistas minoritários, destacando-se aspectos e dimensões do tema enfrentado.

Palavras-chave: Sociedade Anônima. Acionistas Minoritários. Direito Corporativo.

Abstract: The rights of minority shareholders in corporations, theme examined in this work, are legal safeguards afforded to the shareholders who are outside the company's management. The study is justified by the need for minority shareholders to have rights which are presented as well as what are the means and conditions

¹Advogado. Especialista pelo Programa de Pós-graduação Lato Sensu em Direito - LLM em Direito Corporativo em Porto Alegre (RS). Esta pesquisa foi realizada no Instituto Nacional de Estudos Jurídicos e Empresariais do Programa de Pós-graduação Lato Sensu em Direito. E-mail: cristiano_panosso@hotmail.com

forexercising them, enabling monitoring and even its influence on the management of the company through conduct participatory. Upon examination of some provisions of Law n.º 6.404 of December 15, 1976, accompanied by doctrinal understandings, aims at rejecting the idea that only the drivers have the ability and legitimacy to lead the corporation, having minority shareholders own means and skilled to ensure their rights and the proper functioning of the companies. Thus, with data extracted from the legislation and specialized doctrine, through the method called "state of the art", are mapped and examined the rights of minority shareholders, highlighting aspects and dimensions of the topic faced.

Keywords: Corporation. Minority Shareholders. Rights.

INTRODUÇÃO

É da particularidade da Sociedade Anônima que muitos investidores disponibilizem seu capital para que poucos o administrem como parte integrante do patrimônio da companhia.

Para que não existam distorções na condução de uma sociedade anônima, *verbi gratia* mediante sobreposições de vontades, existem regras jurídicas aptas a amparar os direitos dos acionistas minoritários, que se encontram fora da gestão e do controle da companhia da qual fazem parte. A essas regras a doutrina confere o título de *direitos dos acionistas minoritários*.

O presente ensaio trilha por esse caminho, entender os direitos inerentes aos acionistas minoritários de uma companhia.

A Lei das Sociedades Anônimas, Lei n.º 6.404/76, confere direitos aos titulares de ações das Companhias, direitos esses que não podem ser suprimidos pela vontade da maioria controladora, esteja ela transmutada no estatuto social ou estabelecida em Assembleias Gerais.

Possui o titular da ação, na qualidade de acionista, o direito de participar dos lucros sociais da companhia, de fiscalizar a gestão dos negócios, de preferir na subscrição de novos títulos representativos de capital, de retirar-se da sociedade (recesso), de compartilhar do acervo social em caso de liquidação ou falência.

Aos acionistas minoritários da sociedade anônima, existem ainda direitos-garantias adicionais àqueles inerentes a todo acionista, os quais voltam-se a pro-

tegê-los de eventuais abusos por parte daqueles que detêm o controle acionário.

Nessa acepção, o objetivo geral do presente estudo é o de apresentar o panorama dos direitos postos à disposição dos acionistas minoritários de uma Sociedade Anônima. Os objetivos específicos são os de examinar as garantias e poderes a eles conferidos, como o direito de pedir a instalação do Conselho Fiscal, de requerer a implantação do sistema de voto múltiplo, de eleger em separado um membro e um suplente do Conselho Fiscal, de eleger em separado de membro do Conselho de Administração, de requerer a convocação de Assembleia Geral, de ver garantido o tagalongem caso de negociação envolvendo o controle acionário da companhia.

A metodologia empregada na elaboração do trabalho, ora apresentado, é a teórica com a revisão bibliográfica de autores consagrados e a pesquisa de julgados sobre o tema em comento.

1. Direitos ou Garantias dos Acionistas Minoritários por força da Lei nº 6.404, de 11 de janeiro de 1976

A Lei nº 6.404, de 11 de janeiro de 1976 prevê, em seu art. 109, os direitos essenciais (gerais) dos acionistas de uma companhia. Realizada a integralização ou aquisição de ações, passa o acionista a deter a capacidade e legitimidade para participar dos lucros sociais da companhia, para fiscalizar a gestão dos negócios, de preferir na subscrição de novos títulos representativos de capital social, de fazer uso do direito de recesso, de participar do acervo social em caso de liquidação ou falência².

Além dos direitos tidos por essenciais dos acionistas, indicados no precitado art. 109 da Lei nº 6.404/76, estabelece a lei das Sociedades Anônimas outras garantias adicionais aos acionistas que, mesmo com direito a voto, não fazem parte do controle da companhia.

Para não deixar os acionistas minoritários à mercê da vontade e disposição dos controladores da companhia, em situação de vulnerabilidade, portanto, outras garantias encontram-se assentadas na Lei nº 6.404/76, de forma a garantir o capital dos minoritários e, ao fim e ao cabo, a atratividade da participação destes investidores. A ausência dessas garantias aos minoritários implicaria em prejuízo

²Art. 109, da Lei nº 6.404/76.

à própria existência das sociedades anônimas, porquanto faltariam elementos aptos a assegurar o retorno aos acionistas/investidores que não fizessem parte da administração da sociedade, do controle.

Dada a importância desses direitos dos minoritários à própria existência da sociedade anônima, passa-se, assim, ao exame de cada um deles.

1.1. Direito de convocar a Assembleia Geral

O Direito de convocar a Assembleia Geral compete, regularmente, ao Conselho de Administração da companhia, em caso de existência desse órgão, e à Diretoria da Companhia. Em casos de liquidação da sociedade, essa competência de convocação da Assembleia Geral passa a ser do liquidante.

Contudo, estende-se este direito de convocação também ao acionista individualmente e ao grupo que representar pelo menos 5% do capital social, nas seguintes hipóteses.

1.1.1. Quando integrante de grupo que representa 5% do capital social

Uma das possibilidades de convocação de assembleia geral pelos acionistas minoritários encontra-se prevista no art. 123, parágrafo único, alínea “c”, da Lei n° 6.404/76.

Essa previsão legal confere ao grupo de acionistas que representar pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social de uma companhia a habilitação para convocar assembleia geral extraordinária no caso de não atendimento dos administradores ao pedido de convocação por eles formulado, de forma fundamentada, de realização de assembleia geral de acionistas.

Contudo, observa-se que o não atendimento dos administradores ao pedido dos representantes de pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social deve ser superior a 8 (oito) dias.

Modesto Carvalhosa, com percuciência, examina a aplicabilidade do sistema de garantia da convocação de assembleia geral em companhias abertas e fechadas, nesses termos:

No caso de companhias abertas, trata-se de direito típico dos minoritários, pois os controladores, nessa espécie societária, estão representados no Conselho de

Administração, que tem competência principal de convocação, não necessitando, portanto, de invocar essa prerrogativa para levar a efeito a medida.

Nas companhias fechadas que não possuem Conselho de Administração, esse direito pertence aos minoritários como aos controladores, pois estes podem eventualmente não estar representados pessoalmente na diretoria. Nesta hipótese, vindo a diretoria negar-se a convocar o conclave, devem os controladores prevalecer-se da prerrogativa para convocá-lo, inclusive para demitir os diretores que deveriam ter atendido a sua solicitação³.

Esse percentual de 5% (cinco por cento) das ações votantes pode ser reduzido. Em se tratando de companhias de capital fechado, poderá o estatuto estabelecer um percentual menor, mas nunca maior, sob pena de restringir a garantia. Igualmente ocorre nas companhias abertas, relativamente à possibilidade de redução, mas nesse caso deverá a companhia estar autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários, sempre atendendo ao critério da proporcionalidade com o capital social da companhia.

Destaca-se que os acionistas titulares do percentual mínimo para a convocação da assembleia geral deverão manter essa participação acionária mínima inclusive no momento da realização da assembleia.

E para evitar investidas ardilosas dos controladores, tem-se que eventual aumento de capital social, acontecido entre o requerimento e a convocação da assembleia geral, implicando na alteração da participação acionária do grupo requerente, não afasta a realização da assembleia, restando mantido o preenchimento do requisito de capital mínimo por parte do grupo de acionistas requerentes que possuíam, na data do pedido, pelo menos 5% do capital social (caso não tenha sido reduzido esse percentual, nas hipóteses antes indicadas).

Estando adequado o requerimento endereçado aos administradores, isto é, com fundamentação escrita e indicação das matérias integrantes da ordem do dia, não poderão os administradores recusar tal pedido.

Isso porque as deliberações sobre o mérito do pedido fazem parte da competência dos acionistas em assembleia geral. Somente na assembleia, mediante discussão e deliberação dos acionistas votantes presentes, será avaliada a procedência ou não do mérito da matéria levada à discussão.

³CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, v. 2, Arts. 75 a 137. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 814.

1.1.2. Quando o faz individualmente

A Lei n° 6.404/76 estabelece a garantia de convocação da assembleia geral por qualquer acionista individualmente, na hipótese de não convocação por parte dos administradores, em desatendimento à obrigação legal ou estatutária.

Essa possibilidade alcançada ao acionista individual, que pode ser titular de apenas uma ação da companhia, refere-se a convocações de assembleias geral ordinária e extraordinária.

De acordo com o art. 123, p. único, alínea 'b', da Lei n° 6.404/76, tem o acionista da companhia, independente da quantidade de suas ações ou do seu percentual de participação acionário, o direito de convocar assembleia-geral quando os administradores da Companhia a retardarem (não a convocarem) por mais de 60 (sessenta) dias da data da convocação prevista em lei ou no estatuto.

Uma vez não convocada a assembleia geral por quem ordinariamente detém competência para convocá-la, seja pela lei ou pelo estatuto social, e ultrapassados mais de 60 (sessenta) dias da data estabelecida para que ocorresse tal convocação, qualquer acionista, inclusive minoritário titular de uma única ação sem direito a voto, poderá convocar a assembleia geral.

A esse respeito leciona Modesto Carvalhosa:

Em se tratando de assembleia ordinária, há uma preferência de ordem para o Conselho Fiscal que poderá convocá-la, se os administradores retardarem a medida por mais de trinta dias. Somente após decorridos sessenta dias do prazo legal (art. 132) e não tendo, por sua vez, o Conselho Fiscal ou qualquer de seus membros cumprido essa obrigação, caberá aos acionistas promoverem a convocação *ut singuli*. Essa faculdade cabe a qualquer acionista, independentemente de percentual que possua no capital social e de suas ações lhe atribuírem ou não direito de voto⁴.

Leslie Amendolara observa que “Sempre que o estatuto da sociedade impuser alguma espécie de assembleia para aprovação de determinada matéria, a sua não observância ensejará a qualquer acionista a possibilidade de convocá-la.”⁵

⁴CARVALHOSA, op.cit., p. 813.

⁵AMENDOLARA, Leslie. Direito dos Acionistas Minoritários. 3.ed. São Paulo: QuartierLatin. 2012, p. 30.

Observa-se, no particular, a lição do prof. José Edwaldo Tavares Borba, a respeito do:

(...) não dispondo do direito de voto, o acionista, embora provocando a assembleia, não participará do processo de deliberação propriamente dito. Poderá, evidentemente, discutir as matérias constantes na ordem do dia, mas a tanto se limitará a sua atuação, salvo se alguma questão, pela sua especial natureza, depender do seu voto, como ocorreria, por exemplo, com relação à instalação do conselho fiscal, que pode ser deliberada por acionista representando no mínimo cinco por cento das ações sem direito de voto (art. 161, §2º, da Lei 6.404/76)⁶.

Com o objetivo de elucidar a questão, traz a colação julgado que demonstra o exercício do direito dos acionistas minoritários em comento:

No que tange ao direito essencial do acionista de fiscalizar a gestão dos negócios, posto no art. 109, inciso III, da Lei das Sociedades Anônimas, em face do abuso dos majoritários/controladores.

Agravo de instrumento. Ação declaratória e anulatória de deliberações em assembleia geral de sociedade anônima. Ilegalidade da deliberação dos acionistas majoritários que declararam a perda dos direitos de acionista do minoritário, violando o art. 109, III, da LSA e sem oportunizar-lhe o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa. O direito de fiscalização do acionista minoritário deve ser preservado, em qualquer hipótese. Decisão recorrida que suspendeu os efeitos de todas as deliberações dessa assembleia que se confirma por seus próprios e jurídicos fundamentos. Recurso não provido.

(Agravo de Instrumento Nº 70055083562, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 31/07/2013). (grifo nosso)

1.2. Direito de requerer a instalação do Conselho Fiscal

O Conselho Fiscal é um órgão da companhia voltado à fiscalização da administração da companhia, verificando tanto os procedimentos adotados como os negócios realizados.

⁶BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 13.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 386.

Sua instalação, ainda que o seu funcionamento não seja permanente, processa-se tão logo os acionistas representativos de dez por cento das ações com direito a voto, ou cinco por cento das ações sem direito a voto, a requisitem em assembleia geral, independentemente da ordem do dia. Nessa mesma ocasião, deverão ser eleitos os seus integrantes, passando a funcionar normalmente, pelo menos até a assembleia geral ordinária que se seguir.

Anota o prof. José Edwaldo Tavares Borba:

(...) que, se os minoritários elegerem um membro do conselho, e os preferencialistas outro, ainda que o estatuto preveja um conselho de três membros, terão os demais acionistas o direito de eleger a maioria, vale dizer, três membros, passando assim a composição do órgão para cinco membros (art. 161, § 4º, 'b')⁷.

José Edwaldo Tavares Borba ainda observa a possibilidade de redução do percentual mínimo de participação acionária para os acionistas requisitarem a instalação do Conselho Fiscal nas companhias abertas, nesses termos:

A CVM, valendo-se da delegação que lhe foi outorgada pelo art. 291 da Lei n° 6.404/76, baixou a Instrução n° 324/00, através da qual reduziu, em virtude do montante do capital das companhias abertas, o percentual exigido para a solicitação de instalação do conselho fiscal. Os percentuais previstos na lei para as ações com voto e para as ações sem voto vão sendo gradativamente diminuídos até atingirem, respectivamente, 2% e 1%, para companhias com capital social superior a R\$ 150.000.000,00⁸.

Extrai-se da Instrução Normativa tombada sob n° 324, da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, o seguinte trecho:

O Conselho Fiscal de funcionamento não permanente das companhias abertas será instalado pela assembleia geral, a pedido dos acionistas que representem, no mínimo, as percentagens de ações constantes da seguinte escala:

⁷BORBA, op.cit., p. 444.

⁸BORBA, op.cit., p. 443, em nota de rodapé.

Capital Social da Companhia Aberta	% de ações com direito a voto	% de ações sem direito a voto
Até R\$ 50.000.000,00	8%	4%
Entre R\$ 50.000.000,00 e R\$ 100.000.000,00	6%	3%
Entre R\$ 100.000.000,00 e R\$ 150.000.000,00	4%	2%
Acima de R\$ 150.000.000,00	2%	1%

Tratando-se do direito de requerer a instalação de conselho fiscal em sociedade filiada ao grupo, refere Leslie Amendolara:

(...) o pedido de instalação do Conselho Fiscal poderá ser requerido por acionistas não controladores que representem, no mínimo, 5% das ações ordinárias ou das preferenciais sem direito a voto (art. 277, caput). Quanto à constituição do Conselho as normas são as mesmas, cabendo às ações com direito a voto eleger um membro e respectivo suplente em separado, e às ações sem direito a voto o de eleger o outro⁹.

1.3. Direito de eleger, em separado, um membro e um suplente no Conselho Fiscal

Sobre a possibilidade de os acionistas minoritários elegerem, em separado, um membro e um suplente no Conselho Fiscal, pondera Leslie Amendolara a respeito da exigência quantitativa de participação no capital social:

Quanto ao direito de eleger os membros do Conselho Fiscal, a matéria está prevista no art. 161 da seguinte forma: Ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito terão direito de eleger, em votação em separado, um membro e um suplente. Acionistas minoritários que representem, em conjunto, 10% ou mais das ações com direito a voto terão o direito também de eleger um membro e seu suplente¹⁰.

⁹AMENDOLARA, Leslie. Direito dos Acionistas Minoritários. 3.ed. São Paulo: QuartierLatin, 2012, p. 52.

¹⁰Ibidem, p. 51.

No mesmo sentido é a lição de José Eduardo Cavalcanti de Albuquerque, ao lecionar, nesses termos:

Os acionistas minoritários que representem, ao menos, 10% das ações com direito a voto e os acionistas preferencialistas que não possuem direito a voto, ou o têm de forma restrita, têm a prerrogativa de eleger um membro do Conselho Fiscal da companhia e seu respectivo suplente, em votação em separado, realizada em colégio eleitoral próprio, do qual não pode participar o acionista controlador, ainda que detentor de ações preferenciais¹¹.

Tamanha a relevância desse direito que acabou pronunciado no Parecer de Orientação n° 19 da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, no item de n° 8, nesses termos:

Ressalte-se ainda, para que não se torne meramente nominal o direito atribuído por lei aos preferencialistas, deve-se entender que da votação em separado desses acionistas para a eleição de seu representante no Conselho Fiscal não poderão participar os acionistas controladores ainda que portadores de ações preferenciais. Tal participação, se admitida, redundaria em cerceamento efetivo do direito essencial de fiscalizar e em representação inequitativa dos interesses, não raramente contrários, que a lei busca proteger.

Traz a colação os seguintes julgados referentes ao tema em análise:

No que se refere ao direito de eleger membro do Conselho Fiscal.

Agravo de instrumento. Ação ordinária. Tutela antecipada. A agravante é sócia minoritária detentora de mais de 20% das ações ordinárias. Direito de indicação de pessoa para composição do conselho fiscal. O sócio minoritário possui importância funcional. Fiscalização como direito essencial do acionista. Dano irreparável caracterizado pelo obstáculo ao direito de indicar conselheiro dentro do ano fiscal. Agravo provido.

(Agravo de Instrumento N° 70006840466, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 01/10/2003). (grifo nosso)

¹¹ALBUQUERQUE, José Eduardo Cavalcanti de. Direito Societário - LL.M Direito Corporativo Ibmec. Material Didático fornecido pelo INEJE/IBMEC. Rio de Janeiro: Ibmec. 2012, p. 95.

Quanto ao direito de votar e eleger membro de conselho fiscal, dos minoritários, garantido em eleição apartada, porém não exercitável cumulativamente na eleição ordinária.

Agravo de instrumento. Sociedade anônima. Conselho fiscal. Composição. Os acionistas minoritários têm o direito de indicar, conjuntamente, membro do conselho fiscal, embora os acionistas majoritários o façam no mesmo número da minoria mais um. No caso concreto, a agravada já elegeu um integrante do conselho fiscal, composto de três, no bloco dos minoritários, não tendo o direito de fazê-lo de novo e isoladamente. Agravo de instrumento provido.

(Agravo de Instrumento Nº 70007539406, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 10/03/2004). (grifo nosso)

1.4. Direito de eleger, em separado, um membro e um suplente do Conselho de Administração

Com o objetivo de garantir a participação real e efetiva dos acionistas minoritários e dos acionistas preferencialistas na administração da companhia, o art. 141 da Lei nº 6.404/76 estabelece a possibilidade de esses acionistas minoritários e preferencialistas elegerem (e destituírem), em votação em separado na assembleia geral, pelo critério da maioria de votos, um membro para integrar o conselho de administração da companhia, representando-os, bem assim eleger o seu respectivo suplente.

No entanto, inserido num sistema de freios e contrapesos, tem-se que os acionistas minoritários e preferencialistas devem ser detentores, respectivamente, de (I) 15%, no mínimo, das ações emitidas por companhia aberta com direito a voto; e (II) ações preferenciais sem direito a voto, ou com esse direito restrito, que representem, ao menos, 10% do capital social, e que não tenham exercido direito de eleger membro da administração em separado, o qual pode eventualmente ser conferido a sua classe de preferenciais pelo estatuto¹².

Acaso o somatório das ações dos acionistas minoritários e dos preferencialistas, separadamente computados, não atinjam os percentuais individualmente

¹²Art. 141, § 4º, incisos I e II, da Lei nº 6.404/76.

exigidos de 15% (quinze por cento) das ações emitidas por companhia aberta com direito a voto para àqueles e 10% (dez por cento) do capital social, e que não tenham exercido direito de eleger membro da administração em separado a esses, poderão eles somar as suas ações para que em conjunto, desde que representem pelo menos 10% do capital social, possam eleger um membro do conselho de administração e seu suplente¹³.

Transcreve-se, a propósito, a lição de José Edwaldo Tavares Borba, “*verbis*”:

A eleição em separado somente será adotada se o requerimento prévio for formulado, no caso de acionistas ordinários minoritários, por um mínimo de quinze por cento do capital votante, e, no caso dos acionistas preferenciais sem voto, por um mínimo de dez por cento do capital social. Esses percentuais, segundo a redação atribuída pela Lei n° 10.303/01 ao art. 291 da Lei n° 6.404/76, não poderão ser reduzidos pela CVM¹⁴.

Observa José Eduardo Cavalcanti de Albuquerque, no particular, que:

(...) diferentemente do que ocorre no sistema do voto múltiplo, na hipótese de eleição em separado, há colégio eleitoral próprio para os acionistas minoritários e preferencialistas, impedindo-se a participação do controlador nas votações, ainda que seja ele detentor de ações preferenciais¹⁵.

Ressalva-se, contudo, que o direito à eleição de conselheiro da administração pela votação em separado não poderá ser exercido conjuntamente com o processo de voto múltiplo, porquanto descabido o duplo exercício do direito de voto com as mesmas ações. Mas em caso de a eleição em separado não se viabilizar, independente dos motivos, os acionistas ordinários que a requereram poderão votar normalmente pelo sistema de votação ordinário, ou então pelo processo do voto múltiplo, se este houver sido requerido no tempo e modo definidos em lei.

1.5. Direito de requerer a aplicação do voto múltiplo nas deliberações

Inicialmente observa-se, antes de enfrentar o tema da eleição pela aplicação do voto múltiplo, que através do processo ordinário de eleição do conselho de

¹³Art. 141, § 5°, da Lei n° 6.404/76.

¹⁴BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 420.

¹⁵ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 97.

administração o controlador tem o poder de eleger todos os conselheiros. Isso porque a eleição se faz por chapa, com votação em bloco para todos os cargos.

Dessa forma, o grupo de candidatos que tiver a preferência da maioria da assembleia (dos votantes) será vitorioso e preencherá todos os cargos do conselho de administração.

Assim, justamente para obstar o preenchimento do conselho de administração pelo mesmo grupo controlador, e apenas por este, tem-se a possibilidade de utilização do sistema do voto múltiplo, de forma a possibilitar a participação dos acionistas minoritários.

Essa possibilidade, conforme o art. 141 da Lei n° 6.404/76, é facultada aos acionistas que representem, no mínimo, um décimo do capital votante, mediante requerimento exposto para a adoção do processo do voto múltiplo nas deliberações da companhia, ainda que o estatuto não o preveja.

O direito de o acionista requerer a aplicação do voto múltiplo nas deliberações sociais implica em atribuir a cada uma das ações da companhia com direito a voto, de tantos votos quantos forem os membros do conselho de administração, permitindo que o acionista distribua os seus votos a vários candidatos, ou a apenas um, evitando-se que o grupo de controle eleja todos os membros do Conselho de Administração e possibilitando-se a participação dos acionistas minoritários na administração da companhia.

Na espécie, destaca-se a necessidade de os requerentes representarem pelo menos 10% do capital da companhia para o pedido de adoção do voto múltiplo na votação, devendo esse requerimento ser formulado em até 48 horas antes da assembleia geral, conforme assinala Haroldo Verçosa:

O processo de eleição do Conselho de Administração pelo Voto Múltiplo consiste na faculdade de acionistas que representem 10% (dez por cento) do capital social com direito a voto requerer a adoção do processo de voto múltiplo, atribuindo-se a cada ação tantos quantos sejam os membros do Conselho, podendo o acionista cumular os votos em um só candidato. Essa faculdade deve ser requerida até quarenta e oito horas antes da assembleia geral e constar obrigatoriamente do Edital (art. 4° Instrução CVM 481). Assim, se o conselho for composto de 5 membros, cada ação terá direito a 5 votos, e, dependendo do número de ações que esse grupo minoritário detenha, e ainda de uma dis-

persão no lado majoritário, será possível aos minoritários elegerem um ou até mais representantes no Conselho de Administração¹⁶.

Observa-se, segundo comentário de José Edwaldo Tavares Borba, que diante da faculdade atribuída pela Lei n° 6.404/76 à Comissão de Valores Mobiliários - CVM (“ut” art. 291), esta reduziu, gradativamente e em função do capital social da companhia, os percentuais mínimos aplicáveis à sociedade de capital aberto, estabelecendo, através de Instrução Normativa, percentuais menores para que acionistas representantes do capital social com direito a voto pleiteiem a adoção do processo de voto múltiplo para eleição de conselheiros de administração¹⁷.

A Instrução n° 282/98 da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, que alterou a Instrução de n° 165, fixou a escala de participação acionária necessária ao requerimento do processo de voto múltiplo para a eleição dos membros do Conselho de Administração de companhia aberta em função do capital social votante mínimo, nesses termos:

Art. 1° - Em função do valor do capital social da companhia aberta, é facultado aos acionistas representantes do capital social com direito a voto, esteja ou não previsto no estatuto, requerer a adoção do processo de voto múltiplo para a eleição dos membros do Conselho de Administração, observada a tabela a seguir:

Intervalo do Capital Social (R\$ 1)	Percentual Mínimo do Capital Votante para Solicitação de Voto Múltiplo (%)
0 a 10.000.000	10
10.000.001 a 25.000.000	9
25.000.001 a 50.000.000	8
50.000.001 a 75.000.000	7
75.000.001 a 100.000.000	6
Acima de 100.000.001	5

¹⁶VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial, v. 3. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 420.

¹⁷BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 13.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 415.

§ único - Para fins de enquadramento, a companhia aberta considerará o seu capital social vigente no último dia do mês anterior à data da convocação da Assembleia, acrescido da reserva de correção monetária do capital realizado, se ainda existir.

Ressalta-se que para a adoção do sistema do voto múltiplo a parte interessada e habilitada deve formular requerimento expresso à companhia em até 48 (quarenta e oito) horas antes da realização da assembleia geral, sob pena de não se valer desse mecanismo na assembleia programada.

Anota-se, por fim, que quando acontecer de o conselho de administração eleito pelo sistema do voto múltiplo ficar sem conselheiro(s), não mais contando com a participação de suplente(s), deverá a companhia renovar a totalidade dos conselheiros, mediante novo processo eleitoral. Nessa nova eleição, se for de interesse dos minoritários a adoção do voto múltiplo, eles novamente deverão observar os requisitos e exigências para que tal aconteça, sob pena de essa nova eleição ser realizada pelo sistema ordinário de eleição, i. é., por chapa.

1.6. Direito de exigir o restabelecimento do equilíbrio entre ações votantes e não votantes

O direito de exigir o restabelecimento do equilíbrio entre ações votantes e não votantes se dá em virtude de aumento do capital social sem a merecida observância da proporcionalidade de ações ordinárias e preferenciais da companhia.

Segundo o art. 15, § 2º, da Lei nº 6.404/76, o número de ações preferenciais sem direito a voto, ou que o tenham de forma restrita, deve corresponder a, no máximo, 50% (cinquenta por cento) do total de ações emitidas pela companhia.

Tem-se que essa proporção entre os tipos de ações deve ser observada pelas companhias novas, assim como pelas companhias fechadas existentes que resolvam abrir seu capital social.

No entanto, em relação às companhias abertas já existentes, tem-se por facultada a manutenção da proporção atual, acaso não observada a proporção estabelecida pela Lei nº 10.303/01, em seu art. 8º. Entretanto, se as companhias abertas já existentes resolverem diminuir a proporção de ações ordinárias e preferenciais, não poderão mais elevá-la nos momentos futuros, conforme art. 15, § 2º, da Lei das Sociedades Anônimas. Ou seja, o número de ações preferenciais

sem direito a voto, ou com voto restrito, não poderá ultrapassar 50% (cinquenta por cento) das ações emitidas. Caso a companhia ultrapasse este percentual, o acionista poderá exigir a adequação de ações ao percentual de 50% (cinquenta por cento).

1.7. Direito à impugnação ao preço proposto no caso de fechamento de capital

O direito à impugnação ao preço proposto no caso de fechamento de capital da companhia assegura ao acionista o direito de receber, nesse caso, o pagamento de preço justo a sua participação na companhia.

Tem-se como condição para o cancelamento do registro de companhia aberta a formulação de uma Oferta Pública de Aquisição - OPA de todas as ações em circulação no mercado. Essa oferta pública de valores para aquisição das ações em circulação no mercado deve ser formalizada pelo “preço justo” da ação, preço este a ser observado pela companhia emissora de ações, pelo acionista controlador ou pela sociedade que a controla.

Sobre o preço justo, expõe Leslie Amendolara:

(...) deverá ser, ao menos igual ao valor de avaliação da companhia, apurado segundo os critérios abaixo relacionados, adotados de forma isolada ou combinada: a) patrimônio líquido contábil; b) patrimônio líquido avaliado a preço de mercado; c) fluxo de caixa descontado; d) comparação por múltiplos; e) cotação das ações no mercado de valores mobiliários; f) outro critério aceito pela CVM¹⁸.

Aos acionistas que não concordarem com o preço ofertado, tido como justo pelo ofertante, e que sejam titulares de pelo menos 10% (dez por cento) das ações em circulação no mercado, é admitido requerer à companhia que convoque uma assembleia especial para deliberar sobre a realização de uma nova avaliação.

Na eventual não concordância com o pedido de convocação de assembleia especial pelos administradores da companhia, passados oito dias do pedido, poderão os minoritários realizar tal convocação.

¹⁸AMENDOLARA, Leslie. Direito dos Acionistas Minoritários. 3.ed. São Paulo: QuartierLatin, 2012, p. 121.

Verificando-se da nova avaliação a indicação de preço justo menor ou igual ao preço ofertado, os custos dessa segunda avaliação deverão ser suportados pelos acionistas que requereram a assembleia geral e votaram a favor da nova avaliação.

1.8. Direito ao tagalong no caso de alienação do controle da Companhia (aberta)

O direito ao tagalong no caso de alienação do controle da companhia surgiu para tutelar o direito do acionista minoritário na alienação de controle da companhia aberta da qual faz parte, levando em conta a diversidade de interesses que a cercam, tais como a própria existência de acionistas minoritários, debenturistas, investidores do mercado; e a necessidade de efetivo controle da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, cuja responsabilidade e credibilidade lhes são atribuídas.

O controle de uma companhia decorre do arranjo capaz de ordenar a quantidade de ações com direito a voto suficientes para eleger a maioria dos administradores e usar efetivamente este poder para gerir sociedade, orientando o funcionamento dos órgãos da companhia. Esse controle, por ostentar a administração da companhia, representa poder efetivo.

Contudo, tal poder não pode ser soberano aos dos acionistas minoritários, devendo haver uma relação sistêmica e de reciprocidade entre todos os acionistas de uma companhia.

Por conta dessa sistematização societária, em caso de alienação do poder de controle, também os acionistas minoritários devem ser favorecidos pelo “plus” valorado.

Isso porque o acionista minoritário também contribuiu para a formação e sucesso da companhia, aportando seu capital.

Tem-se, assim, que os minoritários também devem ser beneficiados quando da alienação do controle da companhia que integram. Esse o princípio do direito ao *tagalong*, definido como o direito de acompanhar o controlador na alienação do controle da companhia, correspondendo a garantia de pagamento pelo adquirente do controle de pelo menos 80% (oitenta por cento) do valor pago na negociação das ações adquiridas do controlador.

Destaca-se da obra de Haroldo Verçosa que, em se tratando de companhia listada no chamado Novo Mercado da BOVESPA, o percentual a ser pago aos minoritários deve ser de 100%, com previsão estatutária, nesses termos:

(...) a BOVESPA, buscando dar maior credibilidade ao mercado de capitais brasileiro e atrair novos investidores, fazendo-os mudar a orientação de seus investimentos, instituiu o chamado Novo Mercado, um segmento das companhias que têm valores mobiliários negociados naquela instituição, no qual o tagalong deve ser estatutariamente estabelecido em 100% do valor das ações pagas ao controlador alienante, como condição para que tais companhias sejam classificadas em tal nível de negociação. Este novo nível atrairia mais e melhores investidores, tanto como resultado do benefício de que se trata, como em função das demais condições estabelecidas pela BOVESPA¹⁹.

Para a alienação do controle de companhia aberta, tem-se por necessária a prévia consulta e autorização da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, a qual tocará o exame e verificação de que foram atendidas todas as condições legais para a oferta pública de aquisição de ações (OPA), cujas condições obrigatórias são de competência da CVM.

Anota Haroldo Verçosa que para evitar a retirada dos acionistas minoritários discordantes com a operação, pode o adquirente do controle acionário oferecer àqueles um prêmio para a permanência na companhia, justificando tal bônus na preservação do valor de mercado das ações, da companhia, nos seguintes termos:

(...) caso o adquirente do controle não deseje arriscar-se a uma debandada de acionistas minoritários (o que se faria pela venda dos seus valores mobiliários no mercado, com conseqüente queda do preço de sua cotação, em vista do aumento significativo da oferta), ele poderá oferecer aos minoritários a opção de permanecer na companhia, mediante o pagamento de um prêmio equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago por ação integrante do bloco de controle²⁰.

As condições estabelecidas pela CVM são obrigatórias e devem ser atendidas quando da oferta pública de aquisição de ações (OPA), conforme se demonstra a seguir em julgados do Superior Tribunal de Justiça:

Visando o alcance aos minoritários do proveito econômico decorrente da plus

¹⁹VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial, v. 3. 2.ed. São Paulo : Malheiros, 2012, p. 777.

²⁰Ibidem, p. 778.

valia na OPA - Oferta pública de ações.

DIREITO COMERCIAL. AÇÕES. OFERTA PÚBLICA. ABRANGÊNCIA. AÇÕES PREFERENCIAIS. INCLUSÃO. NATUREZA. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL.

JUROS. CONTAGEM. EVENTO DANOSO. SÚMULA 54/STJ.

- A oferta pública de ações visa a assegurar o tratamento equitativo dos acionistas, devendo, necessariamente, abranger a aquisição de todas as ações que não aquelas em poder do acionista controlador, inclusive as preferenciais. O art. 255 da Lei nº 6.404/76, na sua redação original, tinha o escopo de evitar que os acionistas com poder de controle se apropriassem do valor dos bens intangíveis não contabilizados, o qual, na verdade, deveria ser rateado entre todos os acionistas da companhia.

- O descumprimento da exigência de oferta pública de ações caracteriza ato ilícito de natureza extracontratual, de sorte que os juros de mora devem incidir desde o evento danoso. Inteligência da Súmula 54/STJ. Vencida, nesse ponto, a Relatora para o acórdão.

Recurso especial da instituição financeira não conhecido. Recurso especial do autor parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 901.260/PR, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2008, DJe 20/03/2009, p.132).

Possibilidade de transferência do controle acionário por meio da oferta pública de ações. É obrigatório a igualdade de tratamento entre os acionistas ordinários. Princípio da igualdade. Por outro lado deve ser preservada a diferença de direitos e garantias entre as classes de ações - distinção entre ordinários e preferencialistas.

COMERCIAL - SOCIEDADE ANÔNIMA - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - TRANSFERÊNCIA DE CONTROLE ACIONÁRIO - LEI N. 6.404/76 (ARTS. 254, 255 e 257) - ANTINOMIA - INOCORRÊNCIA - OFERTA PÚBLICA - PROTEÇÃO LEGAL PREVISTA PARA ACIONISTAS MINORITÁRIOS - INCLUSÃO DOS ACIONISTAS PREFERENCIAIS (SEM DIREITO A VOTO) - PRINCÍPIO IGUALITÁRIO - APLICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - EXISTÊNCIA DE DANOS - VERIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - CARACTERIZAÇÃO - INOCORRÊNCIA - ENUNCIADO DA SÚMULA N. 83 [STJ] - APLICAÇÃO - NECESSIDADE.

I - No art. 255 da Lei n. 6.404/76, a expressão “acionistas minoritários” cons-

tante do § 1º significa a totalidade dos acionistas, uma vez que o pretendido é salvaguardar direito patrimonial inerente a toda ação: o direito à quota-parte sobre os intangíveis da companhia (intangíveis especialmente valiosos no caso das instituições financeiras).

II - Quanto ao art. 254 da Lei n. 6.404/76, o paralelismo de linguagem com o art. 255 da mesma Lei não implica paralelismo de fins e de fundamentos, em razão de serem diferentes as circunstâncias que motivaram a criação de cada um dos dispositivos legais, e, assim sendo, os mesmos conceitos expressos em ambos os textos não de ter quase que necessariamente significações diversas.

III - A diferença conceitual entre as ações ordinárias e as preferenciais (incluídos os direitos distintos que cada tipo confere) justifica a diferença de preço entre elas, e, nesses termos, a aplicação do princípio igualitário fica impossibilitada, uma vez que desconsideraria esse dado fundamental da estrutura das sociedades anônimas.

IV - Não há direito subjetivo de os titulares de ações preferenciais serem incluídos na oferta pública para fins de aquisição de instituição financeira, porque não são necessariamente acionistas minoritários no sentido estrito da expressão, seja também em razão de tal procedimento somente abranger as ações ordinárias (Lei n. 6.404/76, art. 257, § 2º). Ademais, a Lei das S.A. não obriga que todas as ações da companhia possuam o mesmo valor.

V - Impossibilidade de verificação de alegados danos (concernentes ao desvalor quanto ao preço das ações de que são titulares os demandantes), por depender de análise de matéria fático-probatório (Súmula n. 7 [STJ]).

VI - Os v. acórdãos colacionados trataram de hipóteses distintas do contexto jurídico dos presentes autos, não caracterizando a alegada divergência jurisprudencial.

VII - Na hipótese em tela, o v. acórdão vergastado foi decidido na conformidade de entendimento deste colendo Tribunal Superior de uniformização jurisprudencial (Súmula n. 83 [STJ]) .

VIII - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

(REsp 710.648/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, QUARTA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 12/11/2007, p. 220).

Nesse caso, verifica-se a presença de dois valores a serem considerados pelo acionista: um deles é o preço pago pelo ofertante ao controlador pela aquisição

do controle da companhia, e o outro é o valor resultante do prêmio, acrescido ao valor de mercado das mesmas ações, a ser verificado no momento da adesão do acionista minoritário à oferta pública.

2. Demais Possibilidades

Além dos direitos que se estabelece no art. 109, da Lei nº 6.404/76, realizada a integralização ou aquisição de ações, passa o acionista a deter a capacidade e legitimidade para preferir na subscrição de novos títulos representativos de capital social, de fazer uso de sua legitimidade para requerer a dissolução da sociedade anônima.

Para corroborar no entendimento dos direitos acima aludidos, realizou-se a seguinte pesquisa de julgados no Superior Tribunal de Justiça, ora apresentada:

Todos os acionistas minoritários têm o direito de preferir no aumento de capital da companhia seja aberta seja fechada.

DIREITO SOCIETÁRIO. AUMENTO DE CAPITAL DE SOCIEDADE ANÔNIMA. EMISSÃO DE NOVAS AÇÕES. DILUIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA DE MINORITÁRIOS. PREÇO DAS AÇÕES. FIXAÇÃO. BALIZAS PREVISTAS NO ART. 170, § 1º, DA LSA. NORMA NÃO COGENTE DE CUJO DISTANCIAMENTO, SE VERIFICADO, NÃO ENSEJA A ANULAÇÃO DOS ATOS DELIBERATIVOS. EVENTUAL VIOLAÇÃO QUE SE RESOLVE EM PERDAS E DANOS.

1. O art. 170, § 1º, da LSA, não garante a equivalência na participação societária dos antigos acionistas, depois de se proceder ao aumento de capital, apenas impede a diluição injustificável dessa participação, geralmente, em abuso de poder dos controladores. A equivalência da participação acionária é garantida pelo exercício do direito de preferência na aquisição dessas novas ações.

2. A norma inculpada no art. 170, § 1º, da LSA não é cogente, por isso que a sua não observância na fixação do preço de emissão da ação ou a escolha de critério diferente, na hipótese de aumento de capital, não acoima o ato deliberativo de nulo, mesmo porque o dispositivo não prevê tal consequência.

3. Ademais, o acórdão recorrido reconheceu que o aumento de capital se fazia necessário e urgente, tendo havido demonstração dos aspectos técnicos para a fixação do preço tal como deliberado em assembleia e que o critério utilizado pelo autor como sendo o melhor estava baseado em premissa equivocada, conforme

esclarecido pelo perito do juízo. Assim, no particular, o recurso encontra óbice na Súmula 7/STJ.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1190755/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 01/08/2011, p.109) (grifo nosso)

No que se refere à legitimidade do acionista minoritário para formulação de pedido de dissolução de sociedade anônima. Requisito subjetivo observado na propositura da ação.

Direito societário. Ação de dissolução de sociedade anônima, proposta por acionistas minoritários. Quorum mínimo atendido na data da propositura da ação. Desistência da ação por um dos autores, no curso do processo. Homologação pelo juízo. Correspondente diminuição da participação detida pelos autores no capital social da companhia a ser dissolvida, para patamar inferior ao mínimo legal. Irrelevância. - A titularidade de 5% do capital social da companhia, em ações de dissolução proposta com base no art. 206 da Lei das S.A., é condição a ser preenchida na data da propositura da demanda, sendo irrelevantes as alterações nesse percentual ocorridas no curso do processo.

- Na hipótese dos autos, a desistência de um dos litigantes não poderia prejudicar os demais. Sendo necessário o litisconsórcio formado por ocasião da propositura da ação, o consentimento dado pelo autor no início do processo não pode ser revogado em seu curso.

A desistência só pode ser admitida caso inscrita por todos os autores.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 408.122/PR, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/06/2006, DJ 27/11/2006, p. 272). (grifo nosso)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A apresentação dos direitos essenciais dos acionistas de uma sociedade anônima, destacando-se os direitos especiais resguardados aos acionistas minoritários, inclusive sob amparo do Poder Judiciário, ampara a conferência dos direitos e obrigações necessários à existência e manutenção de companhias cujo capital é representado por ações.

Não só a demonstração dos direitos assegurados ao acionista, mas o oferecimento de uma reflexão, ao final, de que em um sistema composto por minoritários e controladores, pautado por normas tidas por freios e contrapesos, garantias e limitações à condução da companhia pelos controladores, vêm ao encontro da própria manutenção das sociedades cujo capital não se encontra personificado.

Resultam não só as lições de essência dos direitos dos acionistas, mas as de que aos acionistas minoritários da sociedade anônima existem outros direitos-garantias adicionais àqueles inerentes a todo e qualquer acionista, indicações de como exercê-los em atenção às exigências legais, elementares para o exercício legítimo e eficaz dos meios e mecanismos disponibilizados para proteção de eventuais excessos pelos controladores.

Por conta disso, tem-se que esses direitos positivados asseguram a manutenção das formas de investimentos e garantias alcançadas ao titular do capital investido, como constantes que fomentam a preservação de sociedades de capital como elemento indispensável ao mercado, por estarem em um ordenamento jurídico organizado, esclarecido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, José Eduardo Cavalcanti de. Direito Societário - LL.M Direito Corporativo Ibmec. Material Didático fornecido pelo INEJE/IBMEC. Rio de Janeiro: Ibmec. 2012.

AMENDOLARA, Leslie. Direito dos Acionistas Minoritários. 3.ed. São Paulo: QuartierLatin. 2012.

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

BRASIL. Lei nº 6.404, de 11 de janeiro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Texto Compilado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 12 set. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumen-

GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/06/2006, DJ 27/11/2006, p. 272. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 15 de jun. 2013.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, v.2, Arts. 75 a 137. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial. Vol3. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO E EMPRESARIAL BRASILEIRO

INDIVIDUAL MICROEMPREENDEDORAS A BRAZILIAN SOCIOECONOMIC AND BUSINESS INSTRUMENT

Raiza Oliveira do Carmo Mizael¹

Estudante do Curso de Direito

Centro Universitário de Barra Mansa - Rio de Janeiro (RJ)

RESUMO: O artigo apresenta dados relativos aos resultados do programa de formalização do microempreendedor no Brasil e analisar esta figura jurídica, no Brasil, deu certo ou não. Justifica-se este ensaio dada a importância de analisar se há ou não eficiência na implantação do Programa do Governo Federal - Portal do Empreendedor após intensa campanha publicitária do Governo Federal visando integrar os microempreendedores regulares na sociedade brasileira, o que é o seu objetivo geral. Os objetivos especiais são os de: (I) caracterizar a figura do microempreendedor; (II) entender o funcionamento do SIMEI; e (III) expor os resultados do Programa em análise. A metodologia de pesquisa tem as seguintes abordagens: (I) teórica - revisão bibliográfica com consultas em livros, revistas, cartilhas; (II) dados secundários - com investigação de sites oficiais informativos sobre o tema; e (III) investigativa quantitativa - para alcançar os objetivos propostos.

Palavras-chave: Microempreendedor desenvolvimento socioeconômico. SIMEI

Abstract: This research report aims to present empirical data on the results of the microentrepreneurs formalization Program in Brazil and analyze this legal form in Brazil, worked or not. This test is justified given the importance of analyzing whether or not there efficiency in the Program implementation - Microentrepreneur Portal - after intensive advertising campaign to integrate regular microentrepreneurs in Brazilian society, what is your overall goal. The special goals are: (I) characterizing the microempreendedor (II) understand the SIMEI operation and

¹Estudante em Direito do 10º período. Pesquisa realizada na Coordenação da Graduação, no Núcleo de Pesquisa em Direito - NUPED. Pesquisa financiada pelo UBM na modalidade auxílio financeiro. E-mail: ra-mizael@hotmail.com.

(III) display the results of the analysis in program. The research methodology has three approaches: (I) theoretical - bibliographic queries in books, magazines, booklets, (II) secondary data - with research sites official information on the subject, and (III) quantitative investigative - to achieve the proposed objectives.

Key words: Microentrepreneurs. Development socioeconomic.SIMEI.

INTRODUÇÃO

Os países formadores deste continente do hemisfério sul, por força da história comum de uma colonização “usurpadora” e de terem todos passados por regimes ditatoriais possuem algumas características econômicas comuns, como a prática de atividade empresária irregular sem sanção cominada, por ser necessária a subsistência da população o exercício da atividade empresária independentemente de qualquer formalização.

O presente relatório de pesquisa visa apresentar os dados relativos aos resultados do programa de formalização do microempreendedor no Brasil e analisar esta figura jurídica, para verificar se é possível utilizá-la em qualquer um dos países integrantes da América Latina.

Sendo assim, justifica-se este ensaio dada a importância de verificar se há ou não eficiência na implantação do Programa do Governo Federal - Portal do Empreendedor após intensa campanha publicitária do Governo Federal visando integrar os microempreendedores regulares na sociedade brasileira.

O objetivo geral foi o de verificar quais são os resultados relativos ao enquadramento no SIMEI - Simples Nacional do microempreendedor individual - durante os anos de 2010 a 2013, quando ocorre intensa campanha do Governo Federal visando integrar os microempreendedores regulares na sociedade brasileira. Os objetivos especiais são os de: (I) caracterizar a figura do microempreendedor; (II) entender o funcionamento do SIMEI; e (III) analisar os dados e expor os resultados do Programa em análise.

A metodologia de pesquisa tem as seguintes abordagens: (I) teórica - revisão bibliográfica com consultas em livros, revistas, cartilhas; (II) dados secundários - com investigação de sites oficiais informativos sobre o tema; e (III) investigativa quantitativa - para alcançar o objetivo geral proposto.

1. Caracterização do Microempreendedor Individual

Considera-se Microempreendedor Individual - MEI o empresário a que se refere o art. 966 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), o empresário que tenha auferido receita bruta acumulada nos anos-calendário anterior e em curso de até R\$ 60.000,00, ou seu limite proporcional se estiver no ano de início de atividade.

Ademais deve atender aos seguintes requisitos:

- exercer tão-somente as atividades constantes do Anexo XIII da Resolução CGSN 94/2011;
- possuir um único estabelecimento;
- não participar de outra empresa como titular, sócio ou administrador; e
- não contratar mais de um empregado, observado o disposto no art. 96 da Resolução CGSN 94/2011.

Verificados se foram cumpridos os requisitos acima o empresário interessado no enquadramento para obter as vantagens relativas a formalização e as garantias sociais deve cadastrar-se no SIMEI - Sistema do Microempreendedor Individual.

2. SIMEI - Simples Nacional do Microempreendedor Individual

SIMEI é o sistema de recolhimento em valores fixos mensais dos tributos abrangidos pelo Simples Nacional, devidos pelo Microempreendedor Individual, conforme previsto no artigo 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, após todas as alterações posteriores a sua promulgação.

A inscrição como Microempreendedor Individual e, a consequente opção pelo SIMEI, pode se realizar de duas formas:

- Os novos empreendedores podem fazê-lo a qualquer tempo por meio do Portal do Empreendedor que se encontra na Internet; ou
- os empreendedores já formalizados, em janeiro de cada ano, podem se cadastrar no Portal do Simples Nacional.

As obrigações principais do Microempreendedor Individual quando enquadrados no SIMEI são as de:

- imprimir e quitar mensalmente o documento de arrecadação do Simples Nacional -DAS;
- preencher, mensalmente, e manter sob sua guarda o “Relatório Mensal de Receitas Brutas” (anexo XII da Resolução CGSN 94/2011);
- apresentar, até 31 de maio de cada ano, a Declaração Anual do Simples Nacional do Microempreendedor Individual (DASN-SIMEI).

O microempreendedor estará dispensado de emitir nota fiscal para consumidor pessoa física, porém, estará obrigado à emissão quando o destinatário da mercadoria ou serviço for cadastrado no CNPJ, salvo quando esse destinatário emitir nota fiscal de entrada pra garantir a formalidade da operação.

Para simplificar ainda mais, o microempreendedor fica dispensado da escrituração dos livros fiscais e contábeis, da Declaração Eletrônica de Serviços e da emissão da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e).

Os valores pagos mensalmente pelo Microempreendedor que negocia produtos e não serviços são:

- R\$ 5,00 de ISS, caso seja contribuinte deste imposto;
- R\$ 1,00 de ICMS, caso seja contribuinte deste imposto e
- R\$ 33,90 a título de contribuição para a Seguridade Social relativa à pessoa do empresário (5% do limite mínimo mensal do salário de contribuição).

Em resumo, o SIMEI é um sistema de pagamento de tributos unificados em valores fixos mensais que permite aos microempreendedores obterem sua regularização ao mesmo tempo em que auxilia as relações sociais em sociedade e o Estado.

3. Relatório, análise e resultados dos dados secundários da pesquisa com investigação de sites oficiais informativos sobre o tema.

Primeiramente, salienta-se a importância de verificar se há ou não eficiência na implantação do Programa do Governo Federal - Portal do Empreendedor após intensa campanha publicitária do Governo Federal visando integrar os microempreendedores regulares na sociedade brasileira. Pois, o objetivo geral deste relatório de pesquisa é o de quantificar quais são os resultados relativos ao enqua-

dramento no SIMEI - Simples Nacional do microempreendedor individual - durante os anos de 2010 a 2013.

Primeiramente, far-se-ão as análises quantitativas dos dados apresentados nas tabelas abaixo, para depois as apresentar.

Como primeiro elemento de quantificação sobre o tema analisado buscou-se no site da Receita Federal as tabelas 1 e 2, que tratam do panorama dos optantes do SIMEI por Estados, para constatar-se se a inclusão dos microempreendedores no sistema empresarial brasileiro formal teve qualquer incremento de 2010 a 2013.

A verificação dos números em análise quantitativa das tabelas abaixo serão utilizadas como comprovação se toda a campanha publicitária realizada pelo Governo Federal durante os anos de 2010 e 2013, foi eficiente ou não para incrementar os número de optantes do SIMEI, que é a hipótese investigada neste relatório de pesquisa.

Tabela 1: Empresas optantes pelo SIMEI em 01/01/2010	
UF	TOTAL DE OPTANTES
AC	1
BA	3
CE	1.331
DF	2.700
ES	2.509
GO	9
MG	9.262
PB	1
PI	1
PR	3.461
RJ	6.852
RN	3
RO	2
RS	3.910
SC	1.706
SP	13.597
Total Geral	45.348

Legenda: A tabela apresenta os números relativos ao ano de 2010. Observa-se que em 2011, apenas 15 Estados dos 27 da federação brasileira aderiram ao Programa do Governo - Portal do Empreendedor, elaborada a partir da análise de dados do ano de 2010, extraídos do site da Receita Federal. Disponível em: <<http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/Aplicacoes/ATBHE/estatisticas.app/Estatisticas/SimeiporUF.aspx?ano=2010&evento=I501>> Acesso em: 02 de mai. 2013.

Tabela 2: Empresas optantes pelo SIMEI em 01/01/2013	
UF	TOTAL DE OPTANTES
AC	8.977
AL	35.008
AM	28.728
AP	7.721
BA	190.820
CE	78.187
DF	49.823
ES	68.004
GO	96.563
MA	37.512
MG	267.260
MS	42.281
MT	52.080
PA	73.048
PB	35.416
PE	89.581
PI	22.929
PR	132.591
RJ	325.841
RN	36.496
RO	21.087
RR	5.748
RS	146.834
SC	85.827
SE	19.055
SP	633.305
TO	21.638
Total Geral	2.612.360

Legenda: A Tabela acima apresenta os números relativos ao ano de 2013. Observa-se que os 27 Estados da federação brasileira aderiram ao Programa do Governo - Portal do Empreendedor. Elaborada a partir da análise de dados do ano de 2013, extraídos do site da Receita Federal. Disponível em: <<http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/Aplicacoes/ATBHE/estatisticas.app/Estatisticas/SimeiporUF.aspx?ano=2010&evento=I501>> Acesso em: 02 de mai. 2013.

Tabela 3: Motivos para o desenquadramento no SIMEI

MOTIVO DA EXCLUSÃO	TOTAL
E534 - Desenquadramento do SIMEI por opção.	268
E536 - Exclusão por comunicação do contribuinte - Excesso de receita bruta fora do ano calendário de início de atividades	2
E537 - Exclusão por comunicação do contribuinte - Débitos	3
E538 - Desenquadramento do SIMEI por comunicação do contribuinte - Natureza jurídica vedada.	2
E539 - Desenquadramento do SIMEI por comunicação do contribuinte - Atividade econômica vedada.	14
E543 - Exclusão por comunicação do contribuinte - Participa no capital pessoa física inscrita como empresário ou sócia de outra PJ beneficiada pela LC nº 123, tendo a RB global ultrapassado o limite.	2
E544 - Exclusão por comunicação do contribuinte - Titular ou sócio com participação superior a 10% no capital de outra Pessoa Jurídica, não beneficiada pela LC nº 123, tendo a RB global ultrapassado o limite.	2
E545 - Exclusão por comunicação do contribuinte - Sócio ou titular é administrador de outra Pessoa Jurídica com fins lucrativos	2
E546 - Exclusão por comunicação do contribuinte - Participação de outra Pessoa Jurídica no capital da empresa optante	1
E551 - Desenquadramento do SIMEI - Desenquadramento por decisão administrativa.	792
E552 - Desenquadramento do SIMEI - Desenquadramento por medida judicial.	1
E556 - Exclusão de Ofício - Débitos.	43
E590 - Exclusão de Ofício - Pessoa Jurídica Baixada.	22.680
E598 - Exclusão de Ofício - Ausência de regularização da inscrição Estadual ou Municipal.	166
Total Geral	23.978

Legenda: Lista dos motivos para o desenquadramento no SIMEI estabelecido pela legislação vigente e o número de desenquadramentos no Brasil. Fonte: Dados extraídos do site da Receita Federal. Disponível em: <<http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/Aplicacoes/ATBHE/estatisticas.app/Estatisticas/SimeiPorUF.aspx?ano=2010&evento=I501>> Acesso em: 10 de mai. 2013.

Com esta análise quantitativa, comprova-se, então, que os resultados relativos ao enquadramento no SIMEI - Simples Nacional do microempreendedor individual - durante os anos de 2010 a 2013, quando ocorreu uma intensa campanha do Governo Federal visando integrar os microempreendedores regulares na atividade empresarial regular na sociedade brasileira são positivos, bem como alcançou-se os objetivos propostos neste relatório de pesquisa por meio da apresentação dos resultados acima aludidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se com as investigações que foram realizadas que o Programa do Governo Federal - Portal do Empreendedor - representa um anseio da população brasileira, particularmente os empresários individuais que se encontravam sem qualquer proteção jurídica ou social até a data da promulgação da legislação competente que implantou o SIMEI.

Comprova-se, portanto, que as vantagens da nova legislação para os microempreendedores representam um avanço econômico e social que todos os países formadores deste continente do hemisfério sul, deveriam utilizar como referência já que a história comum da colonização “usurpadora” e os regimes ditatoriais impõem aos países da América Latina características econômicas comuns, como a prática de atividade empresarial irregular sem sanção cominada, por ser necessária a subsistência da população latino americana, o exercício da atividade empresarial independentemente de qualquer formalização.

Agora, no Brasil, tais cidadãos, denominados microempreendedores, recebem as garantias sociais advindas do cadastro no Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS que representam uma segurança em diversas situações como nas de: maternidade, acidente, doença, incapacidade, invalidez, prisão, idade avançada, tempo de contribuição, morte, além de reabilitação profissional.

Além da isenção das taxas de registros e alterações contratuais realizadas nas Juntas Comerciais e em outros órgãos públicos. E, quando da emissão de notas fiscais, somente serão necessárias as de vendas de mercadorias e prestação de serviços efetuados para outras pessoas jurídicas (empresas). Também, desobriga-se a contabilidade do microempreendimento, bem como a declaração de renda de pessoa jurídica e ao cumprimento de várias obrigações próprias, acessórias das outras empresas.

Terão acesso às linhas de créditos para financiamento específicos, compatíveis com a condição de pequenos empreendedores, ou seja, as taxas serão reduzidas.

Acesso ao mercado através das suas próprias empresas, adquirindo mercadorias de grandes empresas atacadistas por preços menores e acompanhadas de nota fiscal.

Pagarão tão somente uma contribuição que varia entre R\$ 52,15 a R\$ 57,15, incluindo todos os impostos, taxas e contribuições e possuirão regularidade fiscal, mediante comprovação das aquisições e vendas de mercadorias com notas fiscais. Importante ressaltar que irá se evitar perda de mercadorias por falta de documentação legal ou multa pela inexistência de notas fiscais na saída das mercadorias.

Não haverá mais tanto risco nas reclamatórias trabalhistas, já que o dinheiro destinado a taxas e tributos será destinado à regular contratação dos empregados.

Terão comprovação de renda através da declaração extraída de sua renda devidamente regularizada. E, terão a tranquilidade de estar exercendo suas atividades de forma legal, sem a necessidade de burlar a fiscalização e com expectativa e apoio governamental e institucional e das instituições financeiras.

REFERÊNCIAS

BRASIL. LC nº. 128/08, de 19 de dezembro de 2008. Altera a LC nº 123, de 14 de dezembro de 2006, altera as Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 8.029, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 22.12.2008.

_____. LC n. 139, de 10 de novembro de 2011. Altera dispositivos da LC nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm> Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. Câmara dos Deputados. Microempreendedor Individual. Brasília: Câmara, 2010. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/>> citado no site do SEBRAE <www.sebrae.com.br>. Acesso em: 8 mar. 2013.

_____. Portal do Empreendedor. Obtenção de alvará de funcionamento definitivo para o MEI. Disponível em: <<http://www.portaldoempreendedor.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

DORNELAS, José Carlos de Assis. Empreendedorismo: transformando idéias em negócios. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

FÉRES, Marcelo Andrade. Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais. São Paulo: Saraiva. 2007.

FERNANDES, Jean Carlos; MACIEL, Luciana Botelho; MACIEL, Henrique Matheus Mariani. Microempreendedor Individual (MEI): vantagens e desvantagens do novo sistema. Disponível em: <<http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/>>. Acesso em: 05 mar. 2013.

GOMES, Josemeire Alves et al. O retrato do empreendedor informal. XXV Encontro Nacional de Engenharia de Produção. Porto Alegre, 29 de outubro a 01 de novembro de 2005.

PIETROBON, V.; OKAMOTO, P. Cartilha do Empreendedor Individual. Copyright. FENACON. 2009.

SEBRAE, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. Manual Empreendedor Individual. 1. ed. Brasília: SEBRAE, maio de 2009. Disponível em: <www.sebrae.com.br>. Acesso em: 18 mar. 2013.

_____. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. Cartilha do Empreendedor. Disponível em: <www.sebrae.com.br>. Acesso em: 20 abr. 2013.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Direito Empresarial. Direito Societário Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUZA, Dayanne Marlene. Os principais benefícios proporcionados ao trabalhador informal para formalização através do microempreendedor individual. Disponível em: <<http://tcc.bu.ufsc.br/Contabeis294059>>. Acesso em: 10 mai. 2013.

A CARACTERIZAÇÃO DO MENOR EMPRESÁRIO NO BRASIL E A EFICÁCIA DA SITUAÇÃO DE SUA INIMPUTABILIDADE NA PRÁTICA DOS CRIMES FALIMENTARES

THE NON CAPACITABLE ENTREPRENEUR FEATURING IN BRAZIL AND THE EFFECTIVENESS SITUATION IN THE PRACTICE OF YOUR INIPUTABILIDADE BY THE BANKRUPTCY CRIMES

Anna Carolina Valente de Oliveira¹

Estudante do Curso de Direito

Centro Universitário de Barra Mansa - Rio de Janeiro (RJ)

RESUMO: A legislação atual prevê a inimputabilidade do menor empresário que, aos 14 ou 16 anos inicia um empreendimento econômico. O menor ao construir um sistema computadorizado denominado acessório para o I-Phone passa a ser emancipado legal, pois recebe da Apple um valor superior ao que pode vir a ganhar um assalariado mediano no Brasil durante anos e anos de trabalho. Diante deste contexto, o presente relatório de pesquisa empírica se justifica. O objetivo geral é o de, partindo de situações práticas, analisar a situação de inimputabilidade do menor pelos crimes falimentares. Os objetivos específicos são: (I), indicar o seu cabimento ou não diante da controvertida lei brasileira; e (II) apresentar panorama relativo à posição da doutrina e julgados sobre o tema. A metodologia utilizada será a revisão bibliográfica de textos doutrinários nacionais e a pesquisa de dados secundários, como os julgados dos Tribunais de Justiça.

Palavras-chave: Menor Inimputável. Empresário menor. Crimes Falimentares.

Abstract: Every day that passes more brazilian young people become entrepreneurs trying to survive on their entrepreneurial spirits. However, current legislation provides for unimputability the smallest entrepreneur who, at 14 to 16 initiates an

¹Estudante em Direito do 10º período. Pesquisa realizada na Coordenação da Graduação, no Núcleo de Pesquisa em Direito - NUPED. E-mail: annacarolina_vo@hotmail.com.

economic enterprise. When a Young people building a computer system or iPhone accessory becomes legally emancipated because they receives a value higher than can come to earn a median wage in Brazil for years and years of work. Given this context, this report empirical research is warranted. The overall goal is to, from practical situations, analyze the situation of the lower unimputability by bankruptcy crime . The specific goals are: (i) indicate their appropriateness or not before the controversial Brazilian law, and (ii) provide overview on the position of the doctrine and judged on the topic. The methodology used is the literature review of doctrinal texts and national survey of secondary data, as the Brazilian Courts.

Key words: Minor Untouchable. Minor Entrepreneur. Bankruptcy crimes.

INTRODUÇÃO

O Código Civil entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, no qual a menoridade passou a ser considerada até aos 18 anos, isto é, revogando expressamente o Código Civil de 1.916 (Lei nº 3071 de 1º de janeiro de 1.916), o qual tratava a menoridade até aos 21 anos.

Em razão da referida unificação legislativa, é necessário destacar alguns aspectos referentes à autonomia jurídica do Direito Comercial e à evolução proporcionada a esses ramos do Direito Privado com o surgimento do Código. Deve-se afastar, de imediato, qualquer entendimento precipitado que possa sugerir o fim ou o desprestígio do Direito Comercial no país pela inserção de suas normas fundamentais no Código Civil.

Por sua vez, a nova Lei de Falência - Lei 11.101/2005, não restringe ao emancipado a prática de atividade econômica, inclusive admite que o emancipado beneficie-se da lei de recuperação judicial e até mesmo da falência. Assim sendo, caso ocorra o crime falimentar, tudo indica que o emancipado ficará impune.

Quanto à impunidade do emancipado em relação ao crime falimentar esta está embasada em nossa Carta Magna em seu artigo 228, no qual afirma que os menores de dezoito anos, são inimputáveis e estão sujeitos às normas da Legislação Especial, a saber, o Estatuto da Criança e do Adolescente. A matéria é tratada em seus artigos 104 e 105, trata da prática de ato infracional, ou seja, a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Portanto, justifica-se a pesquisa diante dessa emblemática que tem por objetivo geral apurar sobre a possibilidade ou não, da aplicação da lei falimentar em face do emancipado. Observa-se que na Lei 11.101 de 2005, e no Estatuto da Criança e do Adolescente, há permissão para aplicar a recuperação judicial e a falência para esta categoria jurídica.

A metodologia do trabalho, ora apresentado, em sua abordagem teórica, a revisão bibliográfica e na análise dos dados secundários, investigar as jurisprudências relativas ao tema nos Tribunais competentes para constatar qual tem sido o posicionamento adotado por nossos tribunais sobre o este assunto.

1 - Da emancipação na legislação civil brasileira

A premissa deste item é a de que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, sendo que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, e que a lei põe a salvo desde a concepção, os direitos do nascituro.

Então, de acordo com o artigo 4º e seu inciso I, são considerados incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de exercê-los, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Etimologicamente a palavra emancipação vem do latim *emancipation*, isto é, a antecipação da maioridade civil feita voluntária ou legalmente². Por sua vez, a maioridade ocorre com a idade de dezoito anos, conforme consta no artigo 5º, caput do Código Civil, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Para Silvio Venosa, a emancipação é a aquisição da capacidade civil, antes da idade legal³. Nesse sentido, Maria Helena Diniz, esclarece:

a aptidão de exercer por si os atos da vida civil dependendo, portanto, do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e, sob o prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial”⁴.

²FERREIRA, Rute Marta. O Menor Emancipado e a Imputabilidade na Esfera do Crime Falimentar. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1735&idAreaSel=12&seeArt=yes>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

³VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral, v. 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

⁴DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil, vol. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Porém, nos incisos do artigo 5º do mesmo diploma legal, são elencadas outras formas de cessar a incapacidade relativa e atingir a maioridade civil

Dessa forma, pode-se classificar a emancipação como: Voluntária; Judicial; Legal.

A emancipação voluntária consiste na concessão dos pais ou de apenas um deles, na falta do outro, através de instrumento público. Pode-se dizer que possui forma solene e dispensa a homologação judicial, vez que só os menores sob o poder familiar podem ser emancipados voluntariamente.

Já a emancipação judicial, é deferida por sentença, após a oitiva do tutor e do Ministério Público, vez que é oriunda de procedimento judicial. Pode ser registrada de ofício, por ordem judicial, caso não seja realizada em 08 (oito) dias, conforme disposto no art. 9º da LRP.

Por sua vez, a emancipação legal, decorre de certos fatores previstos em lei, tais como: o casamento, o exercício de emprego público efetivo, a colação de grau em curso de ensino superior, e o estabelecimento civil ou comercial, ou a existência da relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

A emancipação civil na atualidade pode manifestar-se pelos seguintes motivos⁵: a) casos em que, para evitar a constituição de firma individual, o genitor emancipa o filho, de forma a torná-lo seu sócio em empreendimento comercial; b) casos de casais separados em que, das eventuais divergências entre os genitores, surge como ‘solução’ a emancipação do filho.

Segundo Venosa⁶, a lei estabelece a irrevogabilidade da emancipação concedida voluntariamente pelos pais a qualquer título, salvo, evidentemente se ficar comprovado à ocorrência de hipóteses de nulidade absoluta, ressaltando-se os direitos de terceiros de boa-fé.

1.1. O empresário na legislação brasileira no âmbito civil e empresarial

O Código Civil de 2002 trata, no seu Livro II, Título I, do “Direito de Empresa”. Desaparece a figura do comerciante, e surge a figura do empresário (da mesma

⁵ARAÚJO, Denilson Cardoso de. A emancipação civil e suas relações com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1727, 24 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11069>>. Acesso em: 16 jan. 2013

⁶VENOSA, Sílvio de Salvo, op.cit., p. 153.

forma, não se fala mais em sociedade comercial, mas em sociedade empresária)⁷. A mudança, porém, está longe de se limitar a aspectos terminológicos. De acordo com o artigo 966 do Código Civil, é considerada empresária “a pessoa física ou jurídica que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços”.

Observa-se que para ser considerado empresário não basta simplesmente a vontade do indivíduo em sê-lo, pois é preciso obedecer a certos dispositivos pertinentes à atividade e que são legalmente estipulados, como: o exercício precisa ser profissional, com habitualidade com o fim de produzir bens ou serviços; o empresário deve, obrigatoriamente, inscrever-se junto ao respectivo Registro Público de Empresas Mercantis antes de iniciar a atividade (art. 967)⁸.

Urge mencionar que, caso as pessoas impedidas de exercerem a atividade empresarial, estiverem exercendo essa atividade, estará no exercício irregular, e assim, poderão ser punidas e responderão pelas obrigações assumidas perante terceiros, conforme consta no artigo 973 do Código Civil.

1.2. Reflexos da emancipação no estatuto da criança e do adolescente e nas leis civil, empresarial e penal

Com a análise da legislação magna e das leis especiais verifica-se que o menor emancipado apesar de adquirir capacidade plena civilmente, podendo realizar todos os atos civis, quando se refere à esfera penal é inimputável⁹.

De acordo com Victor Gonçalves¹⁰, considera como inimputável: a pessoa que será isenta de pena em razão de doença mental, ou por razão do desenvolvimento mental incompleto ou retardado que, ao tempo da ação ou omissão, não era capaz de entender o caráter ilícito do fato por ele praticado ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. São causas da inimputabilidade: a) doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; b) menoridade; c) embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior; d) dependência de substância entorpecente.

⁷Para Luciana Medeiros, uma das maiores mudanças do novo diploma legal Civil, foi a tão aguardada unificação formal (legislativa) do direito privado brasileiro, disciplinando tanto a matéria civil quanto a matéria comercial, a exemplo do que ocorreu na Itália em 1942. MEDEIROS, Luciana Maria de. Evolução histórica do Direito Comercial. Da comercialidade à empresarialidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2746, 7 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18219>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

⁸Idem, ibidem.

⁹MEDEIROS, op. cit.

¹⁰GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal: Parte Geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Aos menores de dezoito anos, sob qualquer condição, são devidas medidas que os protejam de influências negativas à sua formação.

Entretanto, como vimos à emancipação não dispensa o jovem dos compromissos com as demais prescrições do ordenamento vigente. Da mesma forma, não podem a sociedade e o Estado dispensar-se dos deveres para com o jovem, eis que partem de diretriz constitucional (art. 228) e dizem respeito não à condição civil, mas sim biopsicológica da criança e do adolescente¹¹.

Destacamos aqui algumas vedações preventivas que não são liberadas ao emancipado¹²: a) comprar armas, munições e explosivos, bebidas alcoólicas, substâncias que causem dependências, fogos de artifício, revistas e publicações eróticas ou pornográficas, bilhetes lotéricos e similares (conforme o artigo 81, do ECA); b) frequentar estabelecimento que explore bilhar, sinuca ou congêneres ou casa de jogos, ainda que nesta ocorram apostas apenas eventuais (art. 80, do ECA); c) habilitar-se à direção de veículos automotores (somente quando “penalmente imputável”, conforme art. 140, i do código brasileiro de trânsito); d) a harmonia do ordenamento no trato com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que caracteriza a adolescência se verifica também na legislação penal¹³.

Contudo, a Constituição prevê que não podem ser imputados penalmente os menores de dezoito anos, conforme consta em seu artigo 228. Ficam sujeitos a punições específicas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. É grande a pressão de parte da sociedade para que os hoje menores infratores possam ser penalmente responsabilizados por suas ações¹⁴.

2 - O menor emancipado e a lei falimentar

A Lei 11.101/05 surgiu apresentando a possibilidade de o emancipado exercer, em nome próprio, atividade empresarial com economia própria. Nesse caso, é necessária a apresentação da prova de emancipação a uma Junta Comercial, para o devido registro.

Outrossim, o menor, mesmo não emancipado, poderá exercer atividade de

¹¹ARAÚJO, op. cit.

¹²ARAÚJO, op. cit.

¹³ARAÚJO, op. cit.

¹⁴O tema da maioridade penal chegou a ser debatido pela comissão de juristas que elaborou um anteprojeto de novo Código Penal (PLS 236/2012). Nessa ocasião, os especialistas se dividiram quanto à possibilidade de redução do limite atual - uma parte considera a previsão uma cláusula pétrea da Constituição. Mas a comissão ressaltou que, de qualquer forma, o único caminho para uma eventual mudança seria por emenda constitucional, o que fugia às suas atribuições.

empresário, quando vier a receber quotas de herança. Todavia, neste caso, será necessária uma autorização judicial e a nomeação de um tutor, conforme artigo 974 do Código Civil¹⁵.

Não há unanimidade em relação ao assunto, mas para uma grande maioria de doutrinadores, encabeçada por Fábio Ulhoa Coelho e Sérgio Campinho, não cabe discutir a capacidade do menor.

A emancipação tem o condão de dotar o menor de total aptidão para o exercício de atividade empresarial, baseado no fato de que o ordenamento não cerceou expressamente a capacidade do emancipado. Nestes termos, entende o jurista Fábio Ulhoa Coelho¹⁶:

O artigo 1º da lei de falência determina quem se sujeito a ela, bem como quem pode vim a praticar crimes falimentares, isto é, o empresário e a sociedade empresária.

Portanto, diante da análise desses ordenamentos pode-se concluir que o menor emancipado que exerce a atividade empresarial de forma plena esta sujeito à lei de falência e, conseqüentemente, poderá vir a cometer um crime falimentar.

2.1 - A inimputabilidade no nosso ordenamento jurídico

É cediço que o ordenamento jurídico pátrio não permite a responsabilidade, do menor de dezoito anos, isto é, pela inimputabilidade¹⁷.

Segundo Medeiros e Henrique¹⁸, para não ter dúvida quanto o Inimputável é viável o seu conceito:

Pessoa que cometeu uma infração penal, porém, no momento do crime, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determina-se de acordo com esse entendimento. São considerados inimputáveis os doentes mentais ou a pessoa que possua desenvolvimento mental incompleto ou retar-

¹⁵PEDRO, Paulo Roberto Bastos. *VadeMecum Jurídico*, São Paulo: RT, 2009, p. 198.

¹⁶COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas* (lei n. 11.101, de 9-2-2005). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 19-20.

¹⁷VARGAS. Márcio Aurélio Couri. *Responsabilidade falimentar do menor empresário emancipado*. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/MarcioAurelioCouriVargas.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2013.

¹⁸MEDEIROS, Aline Martins de; HENRIQUE, Rosamara. *Acadêmicas do 6º período de direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Unidade Betim. A emancipação e a Lei de Falência*. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2018&idAreaSel=12&seeArt=yes>>. Acesso em 10 abr. 2013.

dado, e os menores de dezoito anos. Os inimputáveis são isentos de penas, mas, se doente mental, fica sujeito à medida de segurança e, se menor de dezoito anos, fica sujeito às normas estabelecidas na legislação especial.

Entretanto, a Lei 11.101/2005, em seu artigo 1º, estabelece que a falência é uma execução coletiva movida contra um devedor, empresário ou sociedade empresaria, atingindo seu patrimônio para uma venda forçada, partilhando o resultado, proporcionalmente, entre credores, situação que agora abrange o menor de dezoito anos e maior de dezesseis emancipado, que passa a exercer a sua capacidade civil jurídica.

Segundo o entendimento de Mônica Gusmão¹⁹, a nova lei de falência colocou um fim quanto à polêmica existente em relação à possibilidade do empresário emancipado incidir em falência:

[...] Não há previsão de idade mínima para que um empresário individual incida em falência. Da mesma forma - quanto à prática de crime previsto na Lei de Falência pelo empresário emancipado aos 16 (dezesseis anos) - já defendíamos que o artigo 112, II do Estatuto da Criança e do Adolescente permite a autoridade competente aplicar, como medida socio educativa, a obrigação de reparar o dano, o que se completa pelo disposto no art. 116 quando diz que “em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima” e no seu parágrafo único, que, “havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.”

Hoje, segundo Vargas²⁰, a Lei nº 11.101/05 pôs termo à discussão, no que tange a abrangência do menor, pois não mais prevê idade mínima para a legitimação passiva falimentar, podendo incluir quem tenha condições legais de ser considerado empresário ou sócio - por óbvio, o sócio não incide em falência, mas poderia responder nos casos previstos na lei, como administrador, por exemplo, em razão da sociedade falida, se assim pudesse figurar.

¹⁹GUSMÃO, Mônica. Lições de Direito Empresarial. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 36-37.

²⁰VARGAS. Márcio Aurélio Couri, op.cit., p.23.

Ainda para Vargas²¹, apesar do respeitável entendimento da insigne doutrinadora, entende que reste dúvida nessa solução, pois penso que o legislador impôs, mediante sua discricionariedade - e, portanto, fundada em um maior grau de perniciosidade -, a identificação da conduta como crime, não sendo esse argumento suficiente a excluir a possibilidade de aplicação das demais medidas se mais adequadas ao caso.

Pois segundo ele, a reparação do dano como meio de solução nem sempre se mostra preciso, pois de aplicação não confortável no caso de falência. Tome-se como exemplo o crime falimentar de favorecimento de credores, no artigo 172 da Lei nº 11.101/05. Um ato que favoreça um credor pode nunca prejudicar efetivamente um credor quirografário, não sendo a medida de reparação do dano eficaz para tanto - e nem se diga que o sujeito passivo é a massa falida, porque o próprio tipo afirma que são os demais credores.

2.2 - Dos sujeitos da falência

- a) Legitimidade Ativa: podem requerer a falência do devedor, conforme artigo 97 da LRF: o próprio devedor (art. 105 a 107 da LRF); o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou inventariante; o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade; qualquer credor.
- b) Legitimidade Passiva: Para Gonçalves²², os empresários individuais e as sociedades empresárias (sociedades em nome coletivo; em comandita simples, por cotas de responsabilidade limitada, em comandita por ações e anônimas) estão sujeitas a Lei n.º 11.101/2005, podendo recorrer aos institutos de recuperação judicial e extrajudicial ou de ter a falência decretada.

3 - Crimes falimentares

A legislação brasileira não trouxe um conceito de crime falimentar, o que existe, na verdade, são crimes tipificados como falimentares.

A terminologia crime falimentar foi substituída, com a nova Lei de Falências

²¹Idem.

²²GONÇALVES, Maria Gabriela V. P. Rios; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Falimentar, v.

(Lei 11.101/2005), por disposições penais, pois a falência não é mais a única condição de punibilidade, enquadrando-se também, a recuperação judicial e extrajudicial. No entanto, uma vez que está consagrada pelo uso, a expressão pode ser mantida, devendo-se sempre ter em mente que não mais se limitam os crimes a condutas exclusivamente praticadas a partir da decretação da falência²³.

Os crimes falimentares são previstos nos artigos 168 a 178 da Lei 11.101/2005, onde o autor do crime é o empresário e a sociedade empresaria. São condutas incrimináveis pelo risco de, vindo a ocorrer à falência, causarem danos aos credores²⁴.

Ademais, o crime falimentar é, por excelência, um crime concursal, face à correlação existente entre a falência e o crime falimentar, razão por que é a existência do crime falimentar está a depender da declaração da quebra, aduzindo, ainda, que o crime falimentar é crime concursal, pois o seu reconhecimento depende de um fato exterior à sua própria conceituação típica. Além da integração dos elementos constitutivos da sua figura típica, de concorrer à declaração da quebra e, hoje, pela nova lei, de decisão que concede a recuperação judicial ou extrajudicial²⁵.

Podemos dividir exclusivamente para fins didáticos, os crimes falimentares de acordo com o momento de sua prática. Assim, teremos:

a) crimes exclusivamente pós-falimentares: praticáveis unicamente depois da decretação da falência ou da concessão da recuperação;

b) crimes falimentares de tempo variado: praticáveis antes (antefalimentares) ou depois da decretação da falência ou da concessão da recuperação; podendo, portanto, assumirem, dependendo do caso concreto, aspecto de crime antefalimentar ou de delito pós-falimentar. Se forem enquadrados, no caso concreto, como crime antefalimentar, a punição do agente (sujeito ativo) por delito falencial estará condicionada à decretação da falência ou concessão da recuperação.

3.1- Da tipificação

Analisaremos os tipos penais presentes na atual lei de falências, em seus artigos 168 a 178, esses tipos penais trazem 3 (três) espécies distintas de penas, a

²³Tax Contabilidade. Disposições penais na Lei de Falências (Crimes falimentares). Disponível em: <http://www.tax-contabilidade.com.br/matTecs/matTecsIndex.php?idMatTec=139>. Acesso em: 14 abr. 2013.

²⁴COELHO, Fábio Ulhôa. Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas (lei n. 11.101, de 9-2-2005). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 219-220.

²⁵Idem.

saber²⁶: pena de reclusão; pena de detenção; e pena alternativa (perda de bens, prestação de serviços a comunidade, etc).

A primeira sanção seria a de reclusão no qual o indivíduo seria privado de sua liberdade e impedido de receber os benefícios do sursis ou do livramento condicional, por isso, a mesma é considerada como a pena privativa de liberdade mais severa. Essa pena será aplicada com a prática de atos fraudulentos que forem cometidos antes ou depois da decretação da falência que possam prejudicar os credores e quando houver simulação da composição do capital social²⁷.

Outra pena que é elencada na referida lei refere-se à pena de detenção, assim como a pena de reclusão, é privativa de liberdade, no entanto não impõe ao condenado um período de isolamento. Essa pena será aplicada quando houver omissão dos documentos contábeis obrigatórios. E na pena alternativa, só há perda de bens e valores ou prestação de serviço à comunidade²⁸.

Dito isso, é evidente a existência de três espécies de crime falimentar, o próprio que é cometido pelo próprio falido, o impróprio que é praticado por outras pessoas que não o falido e por fim os pré-falimentares que são praticados antes da falência²⁹.

3.2 - Sujeito ativo do delito

Segundo Fazzio Junior³⁰, tanto na falência como nas recuperações, equiparam-se ao falido, para fins criminais, os sócios, diretores, gerentes, administradores, conselheiros e até mesmo o administrador judicial. Pois podem responder por crimes falimentares, na medida de sua culpabilidade.

3.3 - Sujeito passivo do delito

Já o sujeito passivo, em regra, é o credor. No entanto o falido também poderá ser sujeito passivo (crimes pós-falimentares) se ele não for o autor, necessitando para tanto que um terceiro pratique algum delito que atinja algum interesse do falido que possua proteção legal³¹.

²⁶Tax Contabilidade, op. cit.

²⁷COIMBRA, Valdinei Cordeiro. Os crimes falimentares na nova Lei de Falências (Lei nº 11.101/05). Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 658, 26 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6631>>. Acesso em: 30 ago. 2010. p.365.

²⁸COIMBRA, op. cit., p. 366.

²⁹Idem.

³⁰FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Manual de Direito Comercial. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 735.

³¹Tax Contabilidade, op. cit.

3.4 - Dos elementos do tipo

Vale mencionar que são elementos constitutivos do crime falimentar: a) a existência de um devedor que seja empresário; b) a sentença declaratória de falência; c) a fraude dolosa; d) evento de perigo para o comércio.

Urge ressaltar que a sentença de falência é condição objetiva de punibilidade do crime falimentar. A partir daí, como enumera Sampaio de Lacerda³², com base em Trajano de Miranda Valverde, tem-se: a) Todos os fatos antefalimentares, que a lei enumera, são indiferentes penalmente sem a sentença declaratória; b) A sentença lhe dá o cunho de antijuridicidade, com ele integrando o crime, sendo elemento constitutivo e específico do delito; c) A sentença declaratória da falência (condição de punibilidade) pode ser futura ou concomitante, relativamente aos fatos por ela tornados puníveis, portanto delituosos.

4 - Análise dos julgados sobre o tema

Nos julgados a seguir bem se sintetiza a posição da jurisprudência sobre o assunto proposto:

DIREITO PENAL. FALSIFICAÇÃO IDEOLÓGICA. ART.299 DO CP. INSERÇÃO DE DADOS FICTÍCIOS EM CONTRATO SOCIAL DA EMPRESA. AUTORIA E MATERIALIZADE EVIDENCIADAS. PENA-BASE.REDUÇÃO.AGRAVANTES DO ART.62,II E III DO ESTATUTO REPRESSIVO.EXCLUSÃO.PRESCRIÇÃO.1.Há farto conjunto probatório nos autos demonstrando que os réus foram os principais responsáveis pela inserção de dados inverídicos em documento que, à primeira vista, seria formalmente perfeito 2. Ao promover a elaboração e registro do contrato social inidôneo, com o objetivo de constituir empresa,utilizando testas-de-ferro para ocultarem seus nomes, os acusados incidiram na conduta típica descrita no art. 299 do Estatuto Repressivo. 3. Doutrina e jurisprudência pátrias já consolidaram entendimento de que cada circunstância judicial desfavorável autoriza pequena excessperação da pena base. 4. Não incide, na espécie, o disposto no art. 6, II, do Código Penal, haja vista que o irmão do réu não foi coagido ou determi-

³²LACERDA, J. C. Sampaio de. Manual de Direito Falimentar. 9. ed. São Paulo:Freitas Bastos S.A, 1999, p. 283.

nado a praticar o crime, agindo de forma livre e espontânea. 6. O fato de o réu ter se valido de seu sobrinho, menor de idade, agindo, para a prática do crime, não pode ser sopesada, na primeira e na segunda fase da dosimetria da pena, por quanto isso configura bis in idem- Exclusão da agravante prevista no art. 62. III. do Estatuto Repressivo. 6. Considerando as sanções redimensionadas, inferiores a dois anos, constata-se estar extinta a pretensão punitiva do Estado (109,V,CP) porquanto transcorreram mais de 04(quatro) anos entre a data dos fatos (setembro de 1999) e o recebimento da denúncia (19.10.2005). (TRF. RELATOR. ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO. DATA DO JULGAMENTO 05/12/2007, OITAVA TURMA)

O ordenamento jurídico brasileiro não prevê uma limitação ao emancipado, podendo este exercer a atividade empresarial, sendo inimputável criminalmente pelos crimes que venham a cometer perante tal atividade.

Diante da inimputabilidade dos crimes falimentares que o emancipado empresário venha a cometer, pode-se entender que, torna-se evidente o grande atrativo para as atividades desonestas e fraudulentas.

Pode-se verificar que neste caso, a emancipação deu-se com o intuito de que o menor fosse testa de ferro, e não houve menção a aplicação de condenação a este. Observe-se outra decisão:

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - COMPRA E ACESSAÇÃO - REQUISITO - ESTABELECIMENTO COMERCIAL COM ECONOMIA PRÓPRIA - NÃO COMPROVAÇÃO - CÓDIGO CIVIL DE 1916 - NORMA REGULADORA. VOTO VENCIDO. Sob a luz da lei civil vigente à época em que se operou a transação de compra e venda da empresa era necessário que o comprador, menor, demonstrasse a sua capacidade civil para o referido ato. Todavia, sem que houvesse comprovação nos autos de que o estabelecimento comercial pertencente ao menor foi constituído com economia própria, o requisito para cessar a incapacidade não foi preenchido, nos termos do art. 9, V, do Código Civil de 1916. v.v.: Se a incapacidade civil do sócio foi suprida pela emancipação, quando da constituição da empresa, o contrato de compra e venda de cotas deve ser considerado válido, ainda que ele (sócio) não tenha sido assistido neste ato. (TJ-MG, Relator: FERNANDO CALDEIRA BRANT, Data de Julgamento: 01/07/2009)

Confirma-se que, à capacidade civil, no ordenamento jurídico, não se restringe apenas aos maiores. Com a emancipação torna-se totalmente capaz o exercício da atividade comercial.

Sendo o emancipado apto a exercer a atividade comercial, deve-se encaminhar a prova da emancipação a Junta Comercial, para que se realize o registro, tornando-se assim devidamente regular para o exercício da atividade empresarial.

A decisão supracitada demonstrou claramente que a validade do ato deu-se diante da comprovação da emancipação, ainda que o sócio (menor) não estivesse devidamente assistido no ato.

Outrossim, em nada diferencia a decisão do tribunal em relação a atualidade, com exceção da maioria penal, vez que a decisão citada está pautada no Código de 1916, sendo que a diferença para o Código 2002, está apenas na redução da maioria, que antes era aos 21 anos e hoje ocorre aos 18 anos.

Veja outra decisão em relação ao tema:

PROCESSUAL E PENAL - FURTO - MENOR PENALMENTE INIMPUTÁVEL - DECADÊNCIA RELATIVA AO PROCESSO ESTATUTÁRIO PENAL JUVENIL - PRESCRIÇÃO NA ÓRBITA PENAL COMUM - RECURSO PROVIDO - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Estando prescritos o ato infracional e o crime só resta declarar extinta a punibilidade do agente. (TJ-SC - APR: 78555 SC 1998.007855-5, Relator: Amaral e Silva, Data de Julgamento: 08/09/1998, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação criminal n. 98.007855-5, de Ponte Serrada)

Por fim, essa última decisão, fica demonstrado de forma cabal e irrefutável que o menor, independente da esfera na qual praticou qualquer ato infracional, será considerado inimputável, nos moldes do ECA e da nossa Carta Magna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A doutrina brasileira divide-se basicamente em dois caminhos. De um lado, não se discute a impossibilidade de aceitação do menor emancipado como empresário, considerando este plenamente capaz de exercer atividade empresarial, enquanto, do outro lado, é defendida a vedação da capacidade de empresário do menor emancipado.

No Código Civil, o menor emancipado se torna capaz para o exercício de suas atividades comerciais.

Já a lei de falência, não trata expressamente sobre o menor emancipado, porém em seu artigo 1º dispõe sobre quem poderá ter a falência decretada, atingindo assim o menor emancipado.

Em relação à inimizabilidade, o ordenamento jurídico brasileiro possui três ordenamentos em questão. A Constituição Federal em seu artigo 228, o Código Penal em seu artigo 27 e por fim o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 104, que preveem a inimizabilidade penal para os menores de 18 anos, seja ele emancipado ou não.

Visto que no código civil, na Constituição Federal e na Lei de falência, não prevê uma limitação ao menor emancipado, poderá a este ser interposto a falência, sendo ele responsabilizado por medida sócio-educativa, prevista no Estatuto da Criança e Adolescente, em reparação do dano causado, porém impune criminalmente.

Diante da inimizabilidade criminal dos crimes falimentares, que venham a ser cometidos pelo emancipado empresário, abre-se uma insegurança jurídica em relação às empresas que possuam em seu quadro societário e administrativo, o emancipado. Posto a procedência para atividades empresariais fraudulentas.

É evidente a extrema necessidade de uma resolução da questão, visto que o atual silêncio acarreta uma série de consequências, capazes de lesar seriamente a ordem econômica nacional, com as possíveis atividades desonestas e fraudulentas que venha a ocorrer.

Posto a desarmonia do ordenamento jurídico, cabe agora, ao legislador realizar uma reforma no ordenamento jurídico, no que diz respeito a emancipação, com a finalidade de realizar a atividade empresarial.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Denílson Cardoso de. A emancipação civil e suas relações com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1727, 24 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11069>>. Acesso em: 16 jan. 2013

COELHO, Fábio Ulhôa. Comentários à lei de falência e de recuperação de empresas. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COIMBRA, Valdinei Cordeiro. Os crimes falimentares na nova Lei de Falências. (Lei nº 11.101/05). Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 658, 26 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6631>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil,v. 1.10.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Manual de Direito Comercial. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERREIRA. Rute Marta. O Menor Emancipado e a Imputabilidade na Esfera do Crime Falimentar. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1735&idAreaSel=12&seeArt=yes>. Acesso em: 16 jan. 2013.

GONÇALVES, Maria Gabriela V. P. Rios; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Falimentar, v. 23. São Paulo: Saraiva,2007.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal Parte Geral. 12.ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

GUSMÃO, Mônica. Lei de Recuperação e Falências. 3. ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LACERDA, Jose Candido Sampaio de. Manual de Direito Falimentar. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

MEDEIROS, Luciana Maria de. Evolução histórica do Direito Comercial. Da comercialidade à empresarialidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2746, 7 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18219>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

PEREIRA,Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, v. 1, 22.ed. Rio de Ja-

neiro: Forense, 2008.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro. 2.ed. Salvador: Jus Podium, 2009.

TAX CONTABILIDADE. Disposições penais na Lei de Falências (Crimes falimentares). Disponível em: <<http://www.tax-contabilidade.com.br/matTecs/matTecsIndex.php?idMatTec=139>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral. v.1, 3.ed.São Paulo: Atlas, 2003.