



Brasília | ano 51 | nº 204
outubro/dezembro – 2014

Sociedade anônima simplificada

LEONARDO GARCIA BARBOSA

Sumário

1. Introdução. 2. Constituição e caráter empresarial. 2.1. Supressão do requisito de pluralidade dos sócios. 2.2. Simplificação dos trâmites de constituição. 2.3. Deficiências de outros tipos societários. 2.4. Caráter empresarial e objeto indeterminado. 3. Capitalização e autonomia estatutária. 3.1. Flexibilidade da capitalização. 3.2. Outros mecanismos de financiamento. 3.3. Autonomia estatutária. 4. Limitação da responsabilidade e resolução de conflitos. 4.1. Limitação da responsabilidade. 4.2. Desconsideração da personalidade jurídica. 4.3. Abuso de direito e responsabilidade dos administradores. 4.4. Resolução de conflitos. 5. Considerações finais.

“Pois nos países da América Latina prevalece desde os tempos coloniais forte tendência à personalização das relações comerciais entre os indivíduos. Persiste a informalidade nos negócios. Trata-se de uma questão cultural que dificulta até hoje a construção de um conjunto institucional baseado na objetividade capitalista. No século XXI, os países da América Latina ainda encorajam um modelo de trocas pessoais encerrado há muito tempo nos Estados Unidos e na Europa.” (Douglass North).

1. Introdução

O assunto abordado no presente trabalho é uma espécie de sociedade anônima simplificada que não tenha o seu capital aberto ao público investidor. A sociedade anônima de capital fechado é o tipo societário cujo capital é dividido em ações e cujos valores mobiliários de sua emissão não são admitidos à negociação em bolsa de valores ou mercado de balcão¹.

Leonardo Garcia
Barbosa é consultor do
Senado Federal.

¹ Art. 4º Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários (BRASIL, 1976).

De acordo com o autor colombiano Francisco Reyes Villamizar, um dos autores da lei colombiana sobre a sociedade por ações simplificada, a sociedade fechada é caracterizada em regra geral: a) por contar com um número reduzido de sócios; b) por haver um direito de preferência na negociação das ações; c) por não haver um mercado aberto para a negociação das ações; e d) pelo número significativo de sócios que ocupam cargos na administração da companhia (VILLAMIZAR, 2010a, p. 110).

Nos últimos anos, tem sido defendida a criação de uma espécie de sociedade anônima simplificada no Brasil. Aqui o assunto chegou pelas mãos dos juristas Walfrido Warde Júnior e Rodrigo Castro. De acordo com eles, não é necessário criar uma lei própria da sociedade anônima simplificada, mas é suficiente adaptar a denominada “pequena sociedade anônima” prevista no art. 294 da Lei das Sociedades por Ações mediante algumas alterações no seu regramento jurídico². A proposta dos juristas abrange algumas das matérias constantes da lei colombiana que dispõe sobre as sociedades por ações simplificada³.

² Art. 294. A companhia fechada que tiver menos de vinte acionistas, com patrimônio líquido inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), poderá: I – convocar assembleia-geral por anúncio entregue a todos os acionistas, contrarrecibo, com a antecedência prevista no artigo 124; e II – deixar de publicar os documentos de que trata o artigo 133, desde que sejam, por cópias autenticadas, arquivadas no registro do comércio, juntamente com a ata da assembleia que sobre eles deliberar. § 1º A companhia deverá guardar os recibos de entrega dos anúncios de convocação e arquivar no registro do comércio, juntamente com a ata da assembleia, cópia autenticada dos mesmos. § 2º Nas companhias de que trata este artigo, o pagamento da participação dos administradores poderá ser feito sem observância do disposto no § 2º do artigo 152, desde que aprovada pela unanimidade dos acionistas. § 3º O disposto neste artigo não se aplica à companhia controladora de grupo de sociedade, ou a ela filiadas (BRASIL, 1976).

³ A proposta dos juristas abrange os seguintes itens: suprime o requisito de pluralidade dos sócios; dispensa da publicação dos documentos da administração, desde que eles sejam divulgados na rede mundial de computadores; permite aos acionistas participar e votar a distância em assembleia-geral; faculta ao estatuto estipular que o acio-

A constituição de um novo tipo societário de sociedade anônima de capital fechado que foque na simplicidade de suas regras jurídicas pode ser uma boa opção para a classe empresarial que enxerga na sociedade limitada um tipo burocrático, formalista, inflexível e grandemente dirigido (WARDE JÚNIOR; CASTRO, 2012). A sociedade anônima de capital aberto, por outro lado, envolve custos de abertura que não compensam para companhias sob controle familiar e propriedade concentrada⁴. Para chegar a alguma conclusão sobre o tema, precisamos examinar quais são as propostas sugeridas atualmente e verificar a sua racionalidade econômica e jurídica.

No Direito Comparado, as iniciativas da Colômbia e da França podem servir de inspiração para uma legislação brasileira sobre o tema. De acordo com o autor intelectual da lei colombiana, o jurista Villamizar, os problemas impostos às sociedades anônimas demandam solução legislativa que traga maior flexibilidade ao seu funcionamento, especialmente dando-se ênfase à autonomia da vontade na elaboração do seu estatuto.

A criação de uma sociedade anônima simplificada na Colômbia aumentou significativamente sua utilização pelos empreendedores daquele País⁵. Os mais importantes grupos

nista participará dos lucros e das perdas de forma desproporcional às ações detidas por eles; permite que a diretoria seja composta por um diretor e tenha prazo de gestão indeterminado; faculta ao administrador participar do lucro sem que seja necessário atribuir aos acionistas o dividendo obrigatório; permite ao acionista se retirar da companhia mediante notificação com antecedência mínima de trinta dias; e faculta a exclusão do acionista que descumprir suas obrigações sociais.

⁴ A realidade econômica da América Latina é caracterizada por companhias com controle familiar e propriedade concentrada (VILLAMIZAR, 2010c, p. 1).

⁵ Em dezembro de 2008, cerca de 7% dos registros de empresários eram de sociedades anônimas simplificadas, subindo esse percentual para mais de 80% em agosto de 2010 (VILLAMIZAR, 2010b, p. 12-13).

empresariais colombianos têm migrado para o regime da sociedade por ações simplificada, podendo ser considerada a opção pela lei que rege esse tipo societário o maior plebiscito frente a uma norma mercantil (VILLAMIZAR, 2010a, p. 106). Pretendemos focar a nossa abordagem na lei colombiana por meio da qual se cria a sociedade anônima simplificada⁶. A organização dos itens deste artigo foi elaborada tendo por base o trabalho acadêmico apresentado pelo jurista Francisco Reyes no Brasil por ocasião do III Congresso Brasileiro de Direito e Economia, realizado em outubro de 2010, e intitulado *A sociedade por ações simplificada: uma verdadeira inovação no Direito Societário Latino-Americano* (VILLAMIZAR, 2010c)⁷.

De acordo com o jurista, a lei sobre as sociedades anônimas simplificadas incorpora as principais vertentes do Direito Comparado contemporâneo e, desse modo, presume-se que os empresários migrem paulatinamente para o novo tipo societário em virtude de suas características flexíveis (VILLAMIZAR, 2010c, p. 1). A ênfase da nova lei é o conceito de sociedade-contrato, segundo o qual há predomínio da autonomia da vontade sobre normas regulatórias de natureza cogente, de modo a facilitar a criação e o funcionamento das sociedades, estimular a inovação e o desenvolvimento de novos produtos e serviços (VILLAMIZAR, 2010c, p. 1). Com a aprovação da lei colombiana, espera-se prevenir os conflitos intrassocietários, já que os sócios deverão

definir, com precisão, as regras de organização societária e os mecanismos de resolução dos conflitos (VILLAMIZAR, 2010c, p. 2). Vamos examinar cada um desses pontos nos itens em que se subdivide o presente trabalho.

Um ponto positivo da lei colombiana é o tratamento, em uma única lei, das questões mais relevantes que dizem respeito às sociedades anônimas simplificadas. No Brasil, existe a Lei das Sociedades Anônimas, mas ela cuida, ao mesmo tempo, da sociedade anônima de capital aberto e de capital fechado. A nosso ver, a compreensão do tratamento jurídico da sociedade anônima de capital fechado seria facilitada com a edição de uma lei que abordasse somente esse tipo jurídico.

Outra iniciativa que procura valorizar a sociedade anônima de capital fechado como principal tipo societário brasileiro e, possivelmente, como substituto da sociedade limitada na preferência dos empreendedores nacionais é o Projeto de Lei nº 1.572, de 2011, que propõe a criação de um novo Código Comercial. O trabalho acadêmico desenvolvido pelo jurista Fábio Ulhoa Coelho optou por eleger como modelo das sociedades empresárias brasileiras a sociedade anônima de capital fechado (COELHO, 2011, p. 10). A sociedade limitada, tipo societário mais utilizado atualmente no País, é disciplinada após as disposições referentes à sociedade anônima de capital fechado, aplicando-se a ela o regime da sociedade anônima fechada naquilo que não contrariar suas disposições específicas.

Para abordar a temática aqui introduzida, organizamos este artigo em quatro itens. No item 2, examinamos a supressão do requisito de pluralidade dos sócios da sociedade anônima simplificada, a simplificação dos trâmites de constituição, as deficiências de outros tipos societários e o seu caráter empresarial. No item 3, discorreremos sobre a flexibilidade da capitali-

⁶ Lei nº 1.258, de 5 de dezembro de 2008, por meio da qual se cria a sociedade por ações simplificada. (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

⁷ A sociedade anônima simplificada voltou a ser destacada no Brasil por ocasião do Primeiro Seminário de Direito e Economia do Nordeste, no qual um dos painéis foi sobre *A Ascensão da Sociedade por Ações Simplificada: uma demonstração do sucesso na aplicação da Análise Econômica do Direito*, ministrado pelo jurista colombiano em novembro de 2013 (SEMINÁRIO, 2013).

zação da sociedade anônima simplificada, sobre os outros mecanismos de financiamento e a autonomia estatutária. No item 4, discutimos o tema da limitação da responsabilidade dos sócios da sociedade anônima simplificada, as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, o abuso de direito e a responsabilidade dos administradores, e a resolução de conflitos. No item 5, destacamos as conclusões do artigo.

2. Constituição e caráter empresarial

A facilidade na constituição da sociedade por ações simplificada tem por finalidade reduzir os custos de transação de negócios jurídicos que seriam praticados no mercado a um custo mais alto, reduzir as deficiências das formas tradicionais de sociedade e superar a dicotomia entre sociedades civis e comerciais. É o que veremos neste item.

2.1. Supressão do requisito de pluralidade dos sócios

A lei colombiana permite a constituição da sociedade anônima simplificada por uma única pessoa natural ou jurídica⁸, suprimindo o requisito de pluralidade dos sócios, de acordo com o qual uma sociedade somente pode ser criada por dois ou mais sócios. A lei faculta, portanto, a constituição da sociedade anônima simplificada por meio de um ato unilateral⁹.

No âmbito do ordenamento jurídico, podemos classificar a constituição de uma sociedade anônima unipessoal em duas categorias, o que facilita a abordagem do tema: sociedade anônima constituída por uma única pessoa natural e sociedade anônima constituída por uma pessoa jurídica.

A constituição de uma sociedade anônima por somente uma única pessoa natural é vedada pela atual lei societária brasileira. São exigidos, no mínimo, dois sócios¹⁰. A discussão sobre a constituição originária ou inicial de uma sociedade unipessoal no Brasil perde força em virtude da aprovação da lei que permite a constituição pela pessoa natural de uma

⁸ Art. 1º Constituição [parte inicial]. A sociedade por ações simplificada poderá ser constituída por uma ou mais pessoas naturais ou jurídicas, que somente serão responsáveis até o montante de seus respectivos aportes (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

⁹ Art. 5º Conteúdo do Documento de Constituição. A sociedade por ações simplificada será criada mediante contrato ou ato unilateral que conste em documento privado, inscrito no Registro Mercantil da Câmara de Comércio do lugar em que a sociedade estabeleça seu domicílio principal, no qual se expressará ao menos o seguinte: [...] (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

¹⁰ Art. 80. A constituição da companhia depende do cumprimento dos seguintes requisitos preliminares: I – subscrição, pelo menos por 2 (duas) pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto; [...] (BRASIL, 1976).

empresa individual de responsabilidade limitada¹¹. A fim de justificar a constituição de sociedades unipessoais, Villamizar cita o professor português José Engracia Antunes, que defende o reconhecimento da figura da sociedade unipessoal como um fato universal e irreversível do direito societário contemporâneo (ANTUNES, 1993 apud VILLAMIZAR, 2010c, p. 7). O sistema europeu, por exemplo, trata do problema da limitação de responsabilidade do empresário individual de forma diferente do sistema brasileiro. No Brasil, trata-se, de uma forma não societária, a separação do patrimônio particular da pessoa natural e do patrimônio do ente empresarial, enquanto, na Europa, trata-se de uma forma societária, por meio da sociedade unipessoal¹². Desse modo, parece-nos não ser necessário, no Brasil, permitir a criação de uma sociedade por ações simplificada por apenas uma pessoa natural, já que o ordenamento jurídico possibilita a constituição de uma empresa individual de responsabilidade limitada. Não vislumbramos, contudo, qualquer impedimento jurídico ou econômico para que a legislação que trata dessa figura jurídica deixe de permitir a aplicação subsidiária à empresa individual das regras da eventual sociedade anônima simplificada. Não vislumbramos, tampouco, qualquer impedimento para que não se permita a sociedade anônima simplificada constituída por somente uma pessoa natural.

A possibilidade de conversão da sociedade anônima que tendo sido constituída inicialmente por, pelo menos, dois sócios, venha a perder um deles, em empresa individual de responsabilidade limitada ou em empresário individual não está prevista na legislação brasileira. Não há uma regra de conversão que discipline tal procedimento. A Lei das Sociedades por Ações limita-se a determinar a dissolução da sociedade anônima que venha a ter apenas um sócio¹³. A solução da questão, a nosso ver, é a alteração da lei societária, de modo a regular a conversão da sociedade anônima unipessoal derivada em empresa individual de responsabilidade limitada ou em empresário individual, caso o sócio remanescente seja uma pessoa natural.

A constituição de uma sociedade anônima unipessoal por outra pessoa jurídica é permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro e recebe o nome de sociedade subsidiária integral. A sociedade subsidiária integral

¹¹ Na América Latina, são poucos os ordenamentos em que se reconhece a limitação da personalidade do empresário individual e eles optam pela forma não societária, da empresa individual de responsabilidade limitada (SALOMÃO FILHO, 1995, p. 9).

¹² Em Portugal, a figura do estabelecimento individual de responsabilidade limitada não tem tido receptividade pelo empresário português.

¹³ Art. 206. Dissolve-se a companhia: I – de pleno direito: (...) d) pela existência de 1 (um) único acionista, verificada em assembleia-geral ordinária, se o mínimo de 2 (dois) não for reconstituído até à do ano seguinte, ressalvado o disposto no artigo 251; [...] (BRASIL, 1976).

é a sociedade anônima formada por um único sócio, sendo, portanto, forma de sociedade unipessoal¹⁴. Ela é importante instrumento de organização empresarial, pois é considerada sujeito de direitos e obrigações próprias, respondendo perante credores com o seu patrimônio. Assim, os bens da sociedade controladora não são atingidos por obrigações da sociedade subsidiária integral, a não ser que seja decretada judicialmente a desconsideração da personalidade jurídica. Para uma sociedade, pode ser mais vantajoso, em termos de limitação da responsabilidade, constituir uma sociedade subsidiária integral – muitas vezes, em virtude do elevado risco do empreendimento – do que criar um estabelecimento subordinado que não tenha o atributo da separação patrimonial. Outra vantagem da constituição de uma sociedade subsidiária integral decorre da diminuição dos custos de agência. A ausência de minoria societária na sociedade subsidiária integral reduz a zero os custos de transação da administração dos conflitos com grupos minoritários de sócios (PI-MENTA, 2012, p. 352).

Uma questão importante no regramento jurídico da sociedade subsidiária integral é que a legislação brasileira exige que a sociedade controladora da sociedade subsidiária integral seja brasileira. Não há motivos de ordem econômica para vedar a constituição de sociedade subsidiária integral por sociedade estrangeira, haja vista que os investimentos estrangeiros geram benefícios para a economia e a sociedade¹⁵. Villamizar, mais uma vez citando o jurista português José Engracia Antunes, afirma que os grupos transnacionais se estruturam majoritariamente por meio da criação de sociedades de capital unipessoais (*wholly-owned subsidiaries*), não surpreendendo que cerca de 83% das filiais estrangeiras de grupos norte-americanos constituam sociedades unipessoais (ANTUNES, 1993 apud VILLAMIZAR, 2010c, p. 8)¹⁶. Assim, um ponto polêmico, que compete ao Congresso Nacional discutir a respeito das sociedades unipessoais, é a restrição à sociedade estrangeira para constituir uma sociedade subsidiária integral. A revogação da exigência de nacionalidade brasileira da sociedade controladora da sociedade subsidiária integral, no

¹⁴ Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira (BRASIL, 1976).

¹⁵ Uma sociedade sediada no exterior, por exemplo, poderia optar por constituir uma subsidiária integral no País, para exploração de determinado empreendimento, caso o custo de transação fosse menor do que a instalação de um estabelecimento subordinado. Caso optasse pela constituição de um estabelecimento subordinado, a sociedade exerceria em seu próprio nome, conta e risco, a nova atividade empresarial e responderia, com todo o seu patrimônio, pelas obrigações decorrentes do empreendimento.

¹⁶ A Gap, maior grupo de vestuário dos Estados Unidos e o terceiro maior grupo do mundo, após 44 anos de fundação, decidiu abrir um estabelecimento no Brasil associada a um grupo local, o GEP, mas nos países avançados ela não recorre a sócios locais (DAL-TRO, 2013, p. 90).

caso da sociedade anônima simplificada, pode ser um importante instrumento de captação de investimentos estrangeiros pelo País.

2.2. Simplificação dos trâmites de constituição

A lei colombiana prevê que a inscrição da sociedade por ações simplificada no registro mercantil significa a atribuição dos efeitos da personalidade jurídica à sociedade, formando uma pessoa jurídica distinta daquela dos acionistas¹⁷. A lei societária brasileira não contém um dispositivo que atribua os efeitos da personalidade jurídica à sociedade anônima registrada, mas a esse tipo societário se aplica o disposto no Código Civil que prevê o começo da existência legal das pessoas jurídicas com a inscrição dos atos constitutivos no respectivo registro¹⁸. Antes da inscrição da sociedade por ações simplificada no Registro Mercantil colombiano, os sócios respondem pelas obrigações sociais na forma jurídica de uma sociedade de fato¹⁹. No Brasil, a sociedade por ações em formação não é regulada pelas normas que tratam das sociedades de fato, mas por regras especiais da Lei das Sociedades por Ações (GONÇALVES NETO, 2005, p. 30), inserindo-se, nos atos e publicações

¹⁷ Art. 2º Personalidade Jurídica. A sociedade por ações simplificada, uma vez inscrita no Registro Mercantil, formará uma pessoa jurídica distinta dos seus acionistas (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

¹⁸ Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição dos atos constitutivos no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo (BRASIL, 2002).

¹⁹ Art. 7º Sociedade de Fato. Enquanto não efetuada a inscrição do documento privado ou público de constituição na Câmara de Comércio do lugar em que a sociedade estabeleça seu domicílio principal, entender-se-á para todos os efeitos legais que a sociedade é de fato se forem vários os sócios. Caso se trate de uma única pessoa, responderá pessoalmente pelas obrigações que contrair no desenvolvimento da empresa (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

da companhia em constituição, a denominação acrescida da expressão “em organização”. A regra é que não é permitido à companhia funcionar sem que sejam arquivados e publicados seus atos constitutivos²⁰. Não vemos problemas de ordem jurídica ou econômica que impeçam que eventual sociedade anônima simplificada no Brasil seja considerada sociedade de fato ou sociedade em comum enquanto não inscrita no Registro de Empresas.

A sociedade de fato, no ordenamento jurídico brasileiro, é denominada sociedade em comum. A discussão importante nessa matéria é a implicação para os credores da responsabilidade subsidiária, portanto, não direta, dos sócios pelas obrigações da sociedade²¹. A imposição aos credores de um benefício de ordem em favor de sócios de uma sociedade sem personalidade jurídica – e, muitas vezes, sem qualquer documento escrito – não nos parece razoável. As obrigações da sociedade de fato ou comum deveriam ser direta e imediatamente cobradas dos sócios, sem que fosse prevista uma subsidiariedade (PIMENTA, 2010, p. 14). A regra da subsidiariedade deveria ser aplicada somente às sociedades personificadas.

De acordo com Villamizar, o processo constitutivo da sociedade por ações simplificada tem por objetivo reduzir os custos de transação verificados nos demais tipos societários (VILLAMIZAR, 2010c, p. 10). As empresas reduzem os custos de transação ao substituírem complicados mecanismos de trocas efetuadas no mercado, no qual deve ser levado em conta

²⁰ Art. 94. Nenhuma companhia poderá funcionar sem que sejam arquivados e publicados seus atos constitutivos (BRASIL, 1976).

²¹ Subtítulo I – Da sociedade não personificada. Capítulo I – Da sociedade em comum. [...] Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou com a sociedade (BRASIL, 2002).

o custo de negociação, de celebração e de cumprimento de um contrato específico para cada operação. A facilidade e a simplificação da constituição e abertura de empresas são importantes instrumentos para ganho de eficiência, haja vista que a criação de uma empresa representa redução de custos de transação de negócios que seriam levados a efeito no mercado, a um custo mais alto e a um prazo mais curto²².

A constituição de uma sociedade anônima de capital fechado no Brasil não exige a contratação de uma instituição financeira, a elaboração de um estudo de viabilidade econômica e financeira ou qualquer providência junto à Comissão de Valores Mobiliários (CVM). É necessário, contudo, que sejam subscritas por pelo menos duas pessoas todas as ações em que se divide o capital social; sejam realizados, pelo menos, dez por cento do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro e que os valores realizados em dinheiro sejam depositados no Banco do Brasil S/A²³. Caso a integralização do capital se dê na forma de bens, a lei societária brasileira prevê uma assembleia de avaliação dos bens²⁴.

A forma mais simples de constituição da sociedade anônima é por meio de uma escritura

pública²⁵. Ela é assinada por todos os subscritores e deve conter a qualificação deles; o estatuto da sociedade; a relação das ações tomadas por eles; a importância das entradas pagas; a transcrição do recibo do depósito da realização inicial; a transcrição do laudo de avaliação dos peritos, caso tenha havido subscrição do capital social em bens, e a nomeação dos primeiros administradores²⁶. A sociedade anônima também pode ser criada por instrumento particular, consubstanciado na ata da assembleia geral dos fundadores e subscritores do capital. A constituição da sociedade anônima de capital fechado é designada simultânea, porque a subscrição do capital é procedida particularmente, sem apelo ao público (MOREIRA, 2004, p. 36). Após a elaboração do ato de constituição da sociedade anônima, ele deve ser arquivado no Registro de Empresas e publicado no órgão oficial. Observe-se que a constituição de uma sociedade anônima envolve mais formalidades e maiores custos do que a constituição de uma sociedade limitada.

A lei colombiana suprimiu o requisito de constituição da sociedade por ações simplificada por meio de escritura pública, permitindo-se a sua criação por contrato ou ato unilateral que conste em documento privado. É necessário, entretanto, o reconhecimento da assinatura dos

²² A comparação entre o custo brasileiro para abrir uma empresa e o custo de outros países do mundo indica que a ineficiência brasileira é da ordem de R\$ 264 milhões anuais (FIRJAN, 2010, p. 12).

²³ Art. 80. A constituição da companhia depende do cumprimento dos seguintes requisitos preliminares: I – subscrição, pelo menos por 2 (duas) pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto; II – realização, como entrada, de 10% (dez por cento), no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro; III – depósito, no Banco do Brasil S/A, ou em outro estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários, da parte do capital realizado em dinheiro (BRASIL, 1976).

²⁴ Art. 8º A avaliação dos bens será feita por 3 (três) peritos ou por empresa especializada, nomeados em assembleia-geral dos subscritores, convocada pela imprensa e presidida por um dos fundadores, instalando-se em primeira convocação com a presença de subscritores que representem metade, pelo menos, do capital social, e em segunda convocação com qualquer número (BRASIL, 1976).

²⁵ Verifica-se que o processo de constituição da sociedade anônima por escritura pública é mais simples, não se revestindo das formalidades existentes nos demais modos de constituição (MOREIRA, 2004, p. 39).

²⁶ Art. 88. A constituição da companhia por subscrição particular do capital pode fazer-se por deliberação dos subscritores em assembleia-geral ou por escritura pública, considerando-se fundadores todos os subscritores. [...] § 2º Preferida a escritura pública, será ela assinada por todos os subscritores, e conterà: a) a qualificação dos subscritores, nos termos do artigo 85; b) o estatuto da companhia; c) a relação das ações tomadas pelos subscritores e a importância das entradas pagas; d) a transcrição do recibo de depósito referido no número III do artigo 80; e) a transcrição do laudo de avaliação dos peritos, caso tenha havido subscrição do capital social em bens (artigo 8º); e f) a nomeação dos primeiros administradores e, quando for o caso, dos fiscais (BRASIL, 1976).

sócios previamente à inscrição do documento de constituição no Registro Mercantil²⁷. A norma colombiana tem por objetivo suprimir a duplicidade de trâmites para constituição da sociedade por ações. No Brasil, não vislumbramos qualquer dificuldade em se adotar a regra colombiana de dispensa da escritura pública para a constituição da sociedade anônima. A lei societária brasileira poderia prever uma forma de constituição da sociedade anônima simplificada por meio de um instrumento particular em substituição à exigência de escritura pública.

Villamizar sugere que apenas um dos sócios da sociedade por ações simplificada subscreva o ato de constituição da sociedade e que os demais ingressem mediante subscrição das ações (VILLAMIZAR, 2010c, p. 11). Quanto à questão da unipessoalidade da sociedade, manifestamos nossa opinião no item específico que trata da supressão dos requisitos da pluralidade dos sócios. Ainda que não prevista a unipessoalidade, não há algo impedindo que somente dois sócios da sociedade por ações simplificada subscrevam o ato de constituição da sociedade e que os demais ingressem mediante subscrição das ações.

A lei colombiana exige escritura pública somente nos casos em que a integralização do capital é feita por meio de bens imóveis²⁸, mantendo coerência com as normas de direito privado que tratam da transferência de imóveis. No Brasil, a regra é diversa, não se exigindo escritura pública como requisito para a transferência de imóveis do sócio para a sociedade anônima²⁹. O fundamento da dispensa é a obrigatoriedade da constituição da sociedade por meio de uma escritura pública, com todas as formalidades e cautelas a ela inerentes. A certidão dos atos constitutivos da companhia emitida pelo Registro de Empresas serve como documento hábil para a transferência no registro de imóveis dos bens com que o subscritor tiver contribuído para a formação do capital social³⁰. Caso seja dispensada a obrigatoriedade de escritura pública para a constituição de sociedades anônimas simplificadas no Brasil, é necessário que seja ressal-

²⁷ Art. 5º § 1º O documento de constituição será objeto de autenticação de maneira prévia à inscrição no Registro Mercantil da Câmara de Comércio, por aqueles que participem da sua subscrição. A autenticação poderá ser feita diretamente ou por meio de procurador (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

²⁸ Art. 5º § 2º Quando os ativos transferidos à sociedade compreendam bens cuja transferência requeira escritura pública, a constituição da sociedade deverá ser feita de igual maneira e ser inscrita também nos registros correspondentes (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

²⁹ Art. 89. A incorporação de imóveis para formação do capital social não exige escritura pública (BRASIL, 1976).

³⁰ Art. 98. [...] § 2º A certidão dos atos constitutivos da companhia, passada pelo registro do comércio em que foram arquivados, será o documento hábil para a transferência, por transcrição no registro público competente, dos bens com que o subscritor tiver contribuído para a formação do capital social (art. 8º, § 2º) (BRASIL, 1976).

vada a obrigatoriedade de instrumento público, no caso de integralização das ações por meio de bem imóvel.

2.3. Deficiências de outros tipos societários

A lei colombiana da sociedade por ações simplificada busca suprir as deficiências das formas tradicionais de sociedade e a falta de adaptação dessas formas tradicionais às necessidades atuais dos empresários (VILLAMIZAR, 2010c, p. 10). Esses tipos societários apresentam preceitos imperativos que atrapalham a atividade econômica e são rigidamente disciplinados em tipos estanques, dificultando a formulação contratual de formas híbridas, que mesclam características das espécies de sociedades (VILLAMIZAR, 2010c, p. 10). Nessa linha de raciocínio do professor colombiano, podemos destacar que o novo modelo societário decorrente da evolução do direito empresarial mostra uma realidade econômica na qual se devem conciliar normas imperativas inderrogáveis, tutelando os interesses de acionistas e terceiros, e uma desregulamentação que favoreça a autonomia privada e a flexibilidade organizacional. A doutrina mais moderna do direito societário prefere substituir a expressão “tipo societário”, tradicionalmente utilizada, pela expressão “modelo societário”, mais recente.

A utilização de modelos societários significa a previsão, na legislação, de um grande número de normas derogáveis, ampliando o âmbito da autonomia estatutária, de modo a valorizar o caráter empreendedor das companhias e a sua flexibilidade (MORAIS GUIMARÃES, 2011, p. 157). O papel do legislador é fornecer regras-padrão, a serem utilizadas pelos acionistas ou afastadas por eles, cabendo a esses regular suas relações como quiserem em vez de se submeter a complexas e exaustivas regras legais impostas a toda e qualquer sociedade (MORAIS GUIMARÃES, 2011, p. 160). O papel do modelo societário estabelecido na lei é regular as relações societárias da forma mais próxima possível daquelas que os sócios assumiriam explicitamente, possibilitando, contudo, o afastamento das regras-padrão pelos acionistas. A função das regras-padrão é fornecer um modelo societário que pode ser utilizado de imediato pelos sócios ou pode ser um ponto inicial de negociação, a partir do qual podem ser barganhadas entre eles cláusulas especiais. Isso não quer dizer que não existam normas cogentes ou mandatórias. Essas têm por objetivo proteger determinadas relações societárias ou com terceiros, cabendo aos sócios, caso discordem das normas cogentes, escolher o melhor modelo societário disponível aos seus interesses.

Um ponto importante da nossa abordagem é a questão da forma de introdução das regras da sociedade anônima simplificada no ordenamen-

to jurídico brasileiro. As mudanças poderiam ser incluídas na Lei das Sociedades por Ações e valeriam para todas as sociedades anônimas de capital fechado ou elas poderiam constar de uma lei especial, que trataria de forma específica do regramento jurídico da sociedade anônima simplificada. Em nosso entendimento, a segunda opção é a que menos resistência encontraria para ser aprovada³¹, haja vista que não seriam alteradas as regras vigentes para as sociedades anônimas em funcionamento. As sociedades anônimas de capital fechado atualmente existentes que quisessem aderir às novas regras poderiam optar por sua transformação em sociedade anônima simplificada ou permanecer com o regramento atualmente em vigor.

2.4. Caráter empresarial e objeto indeterminado

De acordo com Villamizar, o regime jurídico da sociedade por ações simplificada suprime a dicotomia entre sociedades civis e comerciais (VILLAMIZAR, 2010c, p. 14)³². A lei colombiana permite que a sociedade por ações simplificada realize qualquer atividade comercial ou civil desde que seja lícita³³. A lei brasileira permite que a companhia tenha por objeto qualquer atividade de fim lucrativo, não contrário à lei,

³¹ As instituições são como cimento seco. O cimento pode ser arrancado depois de seco, mas o esforço para isso é considerável, sendo mais fácil alterar a substância antes que ela endureça (RHODES, 2006 apud BERNARDI, 2012).

³² Art. 3º Natureza. A sociedade por ações simplificada é uma sociedade de capitais cuja natureza será sempre comercial, independentemente das atividades previstas no seu objeto social. Para efeitos tributários, a sociedade por ações simplificada será regida pelas regras aplicáveis às sociedades anônimas (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

³³ Art. 5º Inciso V. Uma enunciação clara e completa das atividades principais, a menos que se expresse que a sociedade poderá realizar qualquer atividade comercial ou civil, lícita. Se nada se expressa no ato de constituição, entender-se-á que a sociedade poderá realizar qualquer atividade lícita (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

à ordem pública e aos bons costumes, sendo sempre mercantil e regida pelas leis e usos do comércio³⁴. A característica da comercialidade da sociedade anônima é decorrente da forma societária escolhida e não do objeto explorado pela companhia (CARVALHOSA, 2011, p. 115). Não há distinção entre sociedade anônima comercial e sociedade anônima civil, ainda que o objeto explorado pela companhia seja uma atividade de profissionais liberais, por exemplo. Caso a lei brasileira permita a constituição de uma sociedade anônima simplificada, a eventual transformação das atuais sociedades limitadas cujo objeto é a exploração de uma atividade relacionada à área da saúde, por exemplo, implicará sua submissão ao regime da empresarialidade.

A lei colombiana prevê também que os acionistas podem optar por enunciar um objeto determinado da sociedade, mediante enunciação clara e completa das atividades principais, ou estabelecer que a companhia tenha objeto indeterminado, podendo realizar assim qualquer atividade lícita. De acordo com o autor colombiano, o objeto indeterminado permite à sociedade buscar, com liberdade, praticar os negócios jurídicos que lhe pareçam mais úteis, sem a necessidade de alterar o estatuto social. Além disso, a flexibilidade das atividades permite à sociedade por ações simplificada praticar qualquer atividade econômica sem as anacrônicas restrições derivadas da teoria da delimitação do objeto social. Essa teoria é semelhante à concepção dos atos *ultra vires*, segundo a qual os atos realizados fora do objeto são passíveis de nulidade, o que gera insegurança jurídica aos terceiros que contratam com a sociedade (VILLAMIZAR, 2010c, p. 15).

³⁴ Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. § 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio (BRASIL, 1976).

No Brasil, a lei societária exige que o estatuto social defina o objeto de modo preciso e completo³⁵. O objeto social é a delimitação da atividade econômica para a qual a companhia foi constituída. A delimitação do objeto de modo preciso e completo significa que ele não é enunciativo ou exemplificativo, mas exaustivo (CARVALHOSA, 2011, p. 107). É importante distinguir entre poderes implícitos (*implied powers*), incidentais ou decorrentes do objeto social, que permitem aos administradores certa discricionariedade na consecução da finalidade social, e objetos distintos (CARVALHOSA, 2011, p. 109). Aqueles são permitidos; estes não são permitidos.

A prática de ato fora do objeto permite aos acionistas e aos credores de boa-fé da sociedade responsabilizá-la pelos danos que sofrerem, cabendo a esta responsabilizar os administradores. Eles são responsabilizados por atos praticados fora do objeto social porque esses violam o estatuto, conforme veremos em item específico. A delimitação do objeto, assim, é uma forma de controle pelos acionistas dos atos dos administradores. A novidade sugerida pela lei colombiana, ao possibilitar a constituição de companhias com objeto indeterminado, implicará maiores custos de monitoramento pelos acionistas. Por outro lado, o mecanismo sugerido reforça o direito dos acionistas de decidirem de forma autônoma entre o risco de conferir aos administradores a possibilidade de praticar qualquer atividade e o benefício que pode ser gerado pelo maior grau de liberdade dos gestores.

A possibilidade de optar por um objeto indeterminado pode ser criticada por suas repercussões no âmbito criminal e tributário, inclusive quanto à facilitação para lavagem de

dinheiro. É necessário destacar, no entanto, que ações criminosas podem ser praticadas de igual forma por meio de sociedades limitadas, de sociedades anônimas ou de pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa. É claro que eventuais abusos devem ser corrigidos por meio da aplicação dos mecanismos de combate ao crime, previstos na legislação brasileira. Vale destacar ainda que o ordenamento jurídico brasileiro considera nulas todas as espécies de negócios jurídicos que tenham por objeto alguma atividade ilícita, não se permitindo que a sociedade seja usada para finalidades ilegais³⁶.

3. Capitalização e autonomia estatutária

A lei colombiana procura conjugar a liberdade contratual típica das sociedades limitadas, conferindo aos acionistas autonomia para decidir sobre a organização dos poderes internos da sociedade por ações simplificada, com a capacidade de captação financeira característica das sociedades por ações. É o que veremos neste item.

3.1. Flexibilidade da capitalização

A lei colombiana veda a captação de recursos pela sociedade por ações simplificada por meio da bolsa de valores em virtude de sua grande flexibilidade³⁷. A estrutura de capital da sociedade por ações simplificada, contudo, permite diversas modalidades de ações, como as ações privilegiadas, as ações com dividendo

³⁵ Art. 2º (...) § 2º O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo (BRASIL, 1976).

³⁶ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; [...] (BRASIL, 2002).

³⁷ Art. 4º Impossibilidade de Negociar Valores no Mercado Público. As ações e demais valores emitidos pela sociedade por ações simplificada não poderão ser inscritos no Registro Nacional de Valores e Emissores e nem ser negociados em bolsa (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

preferencial e sem direito a voto, as ações com dividendo fixo anual e as ações de pagamento³⁸. Na lei colombiana, não há explicação sobre as características de cada ação a que se refere a lei. A ausência de esclarecimento na própria lei sobre as diversas modalidades de ações faz com que ela perca uma das suas principais vantagens: a de facilitar a sua compreensão mediante a consulta de somente um diploma legislativo. No Código de Comércio Colombiano, está previsto que as ações podem ser ordinárias ou privilegiadas³⁹. As ações privilegiadas conferem a seus titulares alguns privilégios, como prioridade no reembolso, dividendo preferencial ou qualquer outra prerrogativa de caráter exclusivamente econômico. O sistema é semelhante ao previsto no Brasil para as sociedades anônimas brasileiras.

No Brasil, as ações são classificadas na lei em ações ordinárias, ações preferenciais e ações de fruição⁴⁰. A classificação doutrinária divide as ações, quanto à natureza dos direitos ou vantagens conferidas a seus titulares, em ordinárias ou preferenciais e, quanto ao direito de reembolso, em comuns ou de fruição (GONÇALVES NETO, 2005, p. 75)⁴¹. A ação é um bem imaterial que o acionista recebe em troca da sua contribuição para a formação do capital social e que lhe confere os direitos e obrigações previstas na lei e no estatuto social (GONÇALVES NETO, 2005, p. 74).

As ações ordinárias asseguram aos sócios o direito de participar das deliberações sociais, votando e sendo votado, de receber dividendos, de obter informações e fiscalizar os administradores, entre outros direitos. Nas companhias fechadas, a lei brasileira permite que as ações ordinárias

³⁸ Art. 10. Clases de Ações. Podem ser criadas diversas classes e séries de ações, incluídas as seguintes, segundo os termos e condições previstas nas normas legais respectivas: (i) ações privilegiadas; (ii) ações com dividendo preferencial e sem direito a voto; (iii) ações com dividendo fixo anual e (iv) ações de pagamento (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

³⁹ Decreto nº 410, de 1971, por meio do qual se expede o Código de Comércio. Art. 381. As ações podem ser ordinárias ou privilegiadas. As primeiras conferem a seus titulares os direitos essenciais consagrados no art. 379; as segundas, ademais, podem outorgar ao acionista os seguintes privilégios: 1 – um direito preferencial para seu reembolso em caso de liquidação até a concorrência do seu valor nominal; 2 – um direito a que dos dividendos se destine, em primeiro lugar, uma quota determinada, acumulável ou não. A acumulação não poderá estender-se a um período mais longo do que cinco anos; e 3 – qualquer outra prerrogativa de caráter exclusivamente econômico (COLOMBIA, 1971).

⁴⁰ Art. 15. As ações, conforme a natureza dos direitos ou vantagens que confirmam a seus titulares, são ordinárias, preferenciais, ou de fruição (BRASIL, 1976).

⁴¹ As ações de fruição são as resultantes da amortização das ações ordinárias ou preferenciais, como se houvesse a dissolução e liquidação da companhia. Art. 44. O estatuto ou a assembleia-geral extraordinária pode autorizar a aplicação dos lucros ou reservas no resgate ou na amortização das ações, determinando as condições e o modo de proceder-se à operação. [...] § 5º As ações integralmente amortizadas poderão ser substituídas por ações de fruição, com as restrições fixadas pelo estatuto ou pela assembleia-geral que deliberar a amortização; em qualquer caso, ocorrendo liquidação da companhia, as ações amortizadas só concorrerão ao acervo líquido depois de assegurado às ações não amortizadas valor igual ao da amortização, corrigido monetariamente (BRASIL, 1976).

sejam classificadas em classes diversas, dando maior flexibilidade à outorga de direitos a essa espécie de ação⁴². Essas classes diversas são divididas em função da conversibilidade em ações preferenciais, da exigência de nacionalidade brasileira do acionista ou do direito de voto em separado para o preenchimento de determinados cargos da administração. As ações preferenciais asseguram, em tese, algumas vantagens e privilégios aos acionistas em troca de restrições no direito de voto. As vantagens são a prioridade na distribuição de dividendo, fixo ou mínimo, e a prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele. As vantagens podem ser concedidas cumulativamente.

Manifestamos posição contrária à existência de ações na sociedade anônima as quais não contem com o direito ao exercício do voto pelo acionista⁴³. O direito de voto é importante mecanismo residual de preenchimento das regras incompletas do estatuto social. O contrato de sociedade é contrato de longa duração e de execução continuada, sendo regra a sua incompletude negocial, daí a importância da reunião dos sócios para debater matérias de interesse interno e avaliação da ação administrativa (SZTAJN; VERÇOSA, 2003, p. 20). Vale destacar ainda que os acionistas têm os incentivos eficientes para a tomada de melhores decisões a favor da sociedade porque auferem os lucros e arcam com as perdas provenientes dos resultados da companhia (GORGA, 2013, p. 142). A regra da democracia societária de acordo com a qual cada ação dá direito a um voto diminui os riscos de busca de benefícios privados de controle por pequeno número de acionistas em prejuízo dos demais⁴⁴.

Caso um acionista possa exercer o controle da sociedade mediante propriedade de somente 25% das ações, por exemplo, pode ser mais vantajoso para ele apropriar-se de recursos dela mediante decisões administrativas ineficientes, ainda que isso gere prejuízo para os demais acionistas. Essa decisão é mais eficiente para ele do que incentivar o aumento do lucro, pois isso poderia acarretar a distribuição de dividendos aos acionistas detentores de 75% das ações, enquanto que ele receberia somente 25%. A separação entre propriedade e controle faz com que os minoritários aumentem seus gastos no monitoramento do controlador, ampliando os

⁴² Art. 15. [...] § 1º As ações ordinárias da companhia fechada e as ações preferenciais da companhia aberta e fechada poderão ser de uma ou mais classes (BRASIL, 1976).

⁴³ No mercado aberto, a Bolsa de Valores de Nova Iorque (*New York Stock Exchange*) não lista companhias que emitem ações sem direito a voto, assim como no Brasil há um segmento de listagem da Bolsa de Valores de São Paulo que não admite ações preferenciais (Novo Mercado).

⁴⁴ A concentração de propriedade tem um aspecto negativo chamado efeito entrincheiramento, de acordo com o qual, a partir de determinada concentração de propriedade, os maiores acionistas passam a buscar a extração de benefícios privados de controle em detrimento dos demais investidores (SAITO; SILVEIRA, 2008, p. 85)

custos de agência nas relações societárias⁴⁵. A solução para a redução desses custos é a obrigatoriedade da regra uma ação-um voto.

Ressalte-se que a regra atual da lei societária brasileira estabelece a possibilidade de emissão de 50% de ações preferenciais sem direito a voto ou sujeitas à restrição no exercício do direito de voto em relação ao total das ações emitidas⁴⁶. O banimento da emissão de ações preferenciais pelo eventual novo modelo societário das sociedades anônimas simplificadas não impactaria o atual cenário de distribuição acionária das sociedades anônimas de capital fechado, haja vista que as sociedades anônimas simplificadas não existem no ordenamento jurídico brasileiro e seriam mais uma opção à escolha dos empreendedores.

Érica Gorga defende a manutenção, nas sociedades anônimas de capital fechado, das ações preferenciais, pois os custos da proibição superariam os benefícios da sua emissão. Segundo ela, as companhias fechadas são constituídas por número inferior de acionistas em relação às companhias abertas, existindo maior possibilidade de monitoramento da administração pelos acionistas e maior autonomia e liberdade para os acionistas contratarem entre si (GORGA, 2013, p. 155). A nosso ver, os mesmos argumentos que justificam a extinção das ações preferenciais no caso das companhias abertas aplicam-se às companhias fechadas, haja vista que essa decisão diminui os custos de agência e a possibilidade de benefícios privados de controle⁴⁷.

⁴⁵ Os custos desnecessários de agência são maiores quanto maior for o distanciamento do poder equitativo do voto (EASTERBROOK; FISCHER, apud GORGA, 2013, p. 153).

⁴⁶ Art. 15. [...] § 2º O número de ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas a restrição no exercício desse direito, não pode ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do total das ações emitidas (BRASIL, 1976).

⁴⁷ Podem ser citadas algumas condutas que permitem à maioria extrair benefícios privados de controle: a) recusa à repartição de dividendos; b) apropriação dos lucros da com-

3.2. Outros mecanismos de financiamento

O jurista colombiano afirma que, nos sistemas contemporâneos, há um crescente interesse em estruturar mecanismos jurídicos que facilitem o financiamento das sociedades. Há diversas modalidades de títulos que a sociedade pode emitir, como a ação ordinária, os bônus obrigatória ou voluntariamente conversíveis em ações, as ações privilegiadas ou com dividendo preferencial e sem direito a voto e, nos últimos anos, as ações com dividendo fixo (VILLAMIZAR, 2010c, p. 9). A lei colombiana permite aos sócios participar de forma desigual das perdas experimentadas pela companhia, em virtude de um mecanismo de capitalização denominado ação com dividendo fixo. De acordo com o autor colombiano, ela é um incentivo para os investidores colocarem dinheiro na sociedade de forma semelhante a um título de renda fixa (VILLAMIZAR, 2010c, p. 9). Cumpre salientar que a natureza jurídica das ações não se confunde com a natureza jurídica de um título de renda fixa.

A sociedade anônima pode emitir diversos títulos de diferentes espécies, especialmente debêntures, o que não é permitido às sociedades limitadas. Esse é um ponto interessante na comparação entre os dois modelos societários quanto à escolha dos sócios. Caso a sociedade necessite de recursos de terceiros para a consecução do seu objeto social, a sociedade anônima é a melhor opção, já que conta com maior opção de instrumentos jurídico-financeiros para obtenção de recursos (MOREIRA, 2004, p. 47).

panhia, por meio da fixação de remunerações exorbitantes em favor dos acionistas majoritários administradores ou em benefício dos seus familiares; c) estipulação de valores excessivos em contratos de arrendamento celebrados com a maioria; d) exclusão dos acionistas minoritários da administração; e) negação aos minoritários da possibilidade de trabalhar para a companhia (CARY et al. 1988, p. 334 apud VILLAMIZAR, 2010a, p. 123).

O principal instrumento na forma de um título de renda fixa são as debêntures⁴⁸.

As debêntures são um mecanismo de financiamento das companhias em alternativa ao aumento de capital e ao empréstimo bancário. Elas conferem a seu titular direito de crédito contra a companhia na conformidade da escritura de emissão⁴⁹. A escritura de emissão é o documento que define a data do vencimento da debênture, a taxa de juros e outras cláusulas relevantes. As debêntures têm por característica serem instrumento de captação de recursos de prazo médio ou longo, embora a lei societária não imponha um limite mínimo para vencimento da debênture. As debêntures são títulos de massa, pois são emitidos em conjuntos de títulos que conferem iguais direitos e podem ser trocados uns pelos outros. Não havendo a possibilidade de emissão de debêntures ao público investidor, mas somente a sua colocação no mercado privado, vislumbramos dificuldades na sua utilização pelas sociedades anônimas simplificadas.

3.3. Autonomia estatutária

A sociedade anônima de capital fechado se rege por regras da autonomia da vontade. Os acionistas se conhecem ou sabem quem são os demais, confiam nos detentores da maioria do capital acionário ou se entendem por meio de contatos pessoais (ARRUDA, 1987, p. 44). A noção de incompletude contratual é utilizada para explicar a importância das assembleias

presenciais de sócios, a fixação de quóruns deliberantes e a informação com antecedência da pauta de matérias (SZTAJN; VERÇOSA, 2003, p. 7). Ao longo da existência da sociedade e fazendo uso da autonomia da vontade, os sócios completam as regras societárias que não foram previstas por ocasião da constituição da sociedade.

A lei colombiana confere liberdade contratual aos acionistas para organização de seus poderes internos⁵⁰. De acordo com o autor colombiano, a liberdade contratual se manifesta no estatuto social, aplicando-se a lei somente de forma supletiva, a não ser quanto às matérias que a lei colombiana entender de natureza obrigatória. São afastados assim os preceitos de ordem cogente que restringem as possibilidades de negociação contratual. A lei colombiana não esclarece se a sociedade por ações simplificada é regida por um contrato social ou por um estatuto social. Ela permite, no art. 5º, que a sociedade seja constituída por contrato social ou por ato unilateral, mas, nos demais artigos (6º, 8º, 9º, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 22, 25, 26, 29, 34, 39, 40, 41 e 45), faz referência aos estatutos sociais da sociedade por ações simplificada. No art. 40, volta a mencionar o desenvolvimento do contrato social ou do ato unilateral. A lei cita a possibilidade de reformas estatutárias, mas não diz como se dará a aprovação inicial do estatuto e qual o seu conteúdo.

A liberdade de organização interna da sociedade por ações simplificada permite a ela ter apenas um administrador e representante legal

⁴⁸ Além das debêntures, a lei societária prevê que a companhia fechada pode emitir partes beneficiárias e bônus de subscrição. As primeiras conferem aos seus titulares direito de participação nos lucros anuais da companhia, enquanto que as segundas asseguram direito de subscrever ações do capital social, dentro do limite de aumento de capital autorizado.

⁴⁹ Art. 52. A companhia poderá emitir debêntures que conferirão aos seus titulares direito de crédito contra ela, nas condições constantes da escritura de emissão e, se houver, do certificado (BRASIL, 1976).

⁵⁰ Art. 17. Organização da Sociedade. Nos estatutos da sociedade por ações simplificada, serão determinadas livremente a estrutura orgânica da sociedade e demais normas que disciplinem seu funcionamento. À falta de estipulação estatutária, será entendido que todas as funções previstas no art. 420 do Código Comercial serão exercidas pela assembleia ou pelo acionista único e que as funções da administração estarão a cargo do representante legal (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

designado pela assembleia⁵¹. Vale destacar que a lei societária brasileira exige a organização de uma diretoria da sociedade anônima composta por dois ou mais diretores⁵². Não há qualquer justificativa para essa exigência, especialmente em relação às companhias de menor porte, em que se queira a adoção de um modelo de gestão simplificada, e em relação às sociedades subsidiárias integrais, nas quais há somente um acionista (GONÇALVES NETO, 2005, p. 195). Não vislumbramos qualquer razão de ordem jurídica ou econômica para se exigirem dois diretores.

O autor colombiano destaca que as companhias inscritas na bolsa de valores são caracterizadas pela incidência de uma grande quantidade de normas de ordem pública que limitam a livre estipulação contratual, ocorrendo semelhante fenômeno em relação às sociedades limitadas quanto à pluralidade de votações, cessão de quotas e outras formalidades inúteis, que são incompatíveis com as características de uma sociedade de caráter fechado (VILLAMIZAR, 2010c, p. 19).

O principal órgão de manifestação da vontade da sociedade anônima é a assembleia geral. Ela tem competência para deliberar sobre os atos mais importantes da sociedade. Na lei societária brasileira, há uma lista de matérias que são de competência privativa da assembleia geral, entre elas a reforma do estatuto social⁵³. Na lei colombiana, o estatuto social pode dispor livremente sobre a estrutura orgânica da sociedade e demais normas que regem seu funcionamento⁵⁴, à exceção da reforma do estatuto social, que é da competência da assembleia⁵⁵. A lei colombiana

⁵¹ Art. 25. Junta Diretiva. A sociedade por ações simplificada não está obrigada a ter junta diretiva, salvo previsão estatutária em contrário. Se não se estipula a criação de uma junta diretiva, a totalidade das funções de administração e representação legal será de competência do representante legal designado pela assembleia (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

⁵² Art. 143. A Diretoria será composta por 2 (dois) ou mais diretores, eleitos e destituíveis a qualquer tempo pelo conselho de administração, ou, se inexistente, pela assembleia-geral, devendo o estatuto estabelecer: [...] (BRASIL, 1976).

⁵³ Art. 122. Compete privativamente à assembleia geral: I – reformar o estatuto social; II – eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia, ressalvado o disposto no inciso II do art. 142; III – tomar, anualmente, as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas; IV – autorizar a emissão de debêntures, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 4º do art. 59; V – suspender o exercício dos direitos do acionista (art. 120); VI – deliberar sobre a avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social; VII – autorizar a emissão de partes beneficiárias; VIII – deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação, eleger e destituir liquidantes e julgar-lhes as contas; e IX – autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata (BRASIL, 1976).

⁵⁴ Art. 17. Organização da Sociedade. Nos estatutos da sociedade por ações simplificada serão determinadas livremente a estrutura orgânica da sociedade e demais normas que regem o seu funcionamento. À falta de estipulação estatutária, será entendido que todas as funções previstas no art. 420 do Código de Comércio serão exercidas pela assembleia ou pelo acionista único e que as de administração estarão a cargo do representante legal (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

⁵⁵ Art. 29. Reformas Estatutárias. As reformas estatutárias serão aprovadas pela assembleia, com o voto favorável de um ou vários acionistas que representem pelo menos a

apresenta vantagens no campo da autonomia organizacional em relação à lei brasileira. O detalhamento da lei brasileira é compatível com a rigidez necessária ao regramento jurídico da sociedade anônima de capital aberto, e não com a flexibilidade adequada ao funcionamento de uma sociedade anônima simplificada. A flexibilidade da lei colombiana é alcançada pela diminuição do seu detalhamento. Caso queiram, no entanto, os sócios podem alterar a estrutura de gestão, devendo nesse caso regular, de forma pormenorizada, essa modificação no estatuto social. A lei brasileira poderia flexibilizar a organização interna de uma sociedade anônima simplificada.

No Brasil, a convocação para a assembleia se dá pelos diretores, existindo casos em que o conselho fiscal, se houver, ou os sócios podem convocá-la. Na lei colombiana, a convocação para a assembleia é feita pelo representante legal da sociedade, mediante comunicação escrita dirigida a cada acionista com uma antecipação mínima de cinco dias úteis⁵⁶. A lei colombiana possibilita ao sócio renunciar ao direito de ser convocado às reuniões da assembleia de acionistas⁵⁷. Na lei brasileira, não há possibilidade de renúncia à convocação da reunião da assembleia. Há previsão, contudo, de uma regra de simplificação da convocação dos sócios para a assembleia no caso de companhias com menos de vinte acionistas e que tenham patrimônio líquido inferior a um milhão de reais. Nessa hipótese, a convocação poderá se dar por anúncio entregue a todos os acionistas, contra recibo, com antecedência mínima de oito dias para a primeira convocação e de cinco dias para a segunda convocação.

As demais sociedades anônimas de capital fechado devem convocar os acionistas por meio de anúncio publicado por três vezes em órgão oficial da União ou dos Estados e em jornal de grande circulação, indicando o local, a data, a hora da assembleia e a ordem do dia. O acionista que representar cinco por cento ou mais do capital social poderá ser convocado por telegrama ou carta registrada desde que assim por ele solicitado. Mais uma vez, a lei colombiana apresenta-se mais flexível que a lei brasileira.

metade mais uma das ações presentes na respectiva reunião. A determinação respectiva deverá constar em documento privado inscrito no Registro Mercantil, a menos que a reforma implique a transferência de bens mediante escritura pública, caso em que será regida por essa formalidade (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

⁵⁶ Art. 20. Convocação à Assembleia de Acionistas. Salvo estipulação estatutária em contrário, a assembleia será convocada pelo representante legal da sociedade, mediante comunicação escrita dirigida a cada acionista com uma antecedência mínima de cinco dias úteis. No aviso de convocação, será inserida a ordem do dia correspondente à reunião (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

⁵⁷ Art. 21. Renúncia à Convocação. Os acionistas poderão renunciar ao direito de ser convocados a uma reunião determinada da assembleia, mediante comunicação escrita enviada ao representante legal da sociedade antes, durante ou depois da sessão correspondente (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

Na lei colombiana, há possibilidade de realização de assembleia geral fora do domicílio principal da sociedade, desde que sejam cumpridos os requisitos de quórum e convocação⁵⁸. Na lei brasileira, o local da assembleia geral é o do edifício onde a companhia tiver a sede, mas pode ser realizado em outro local desde que não seja fora da localidade da sede⁵⁹. A lei colombiana também nesse aspecto é mais flexível.

Na lei colombiana, salvo disposição em contrário, é necessária a presença de pelo menos um ou vários acionistas que representem a metade mais uma das ações subscritas, e as deliberações são aprovadas por voto favorável do número singular ou plural dos acionistas que representem pelo menos a metade mais uma das ações presentes, a não ser que o estatuto social requeira quórum qualificado para determinadas matérias⁶⁰. Na lei brasileira, o quórum de instalação da assembleia geral é verificado pela presença de acionistas que representem pelo menos um quarto do capital social com direito a voto para primeira convocação, salvo quórum especial, e qualquer número de acionistas em segunda convocação, mas as deliberações devem ser aprovadas por maioria absoluta, se não houver necessidade de quórum qualificado⁶¹.

Essa flexibilidade, de acordo com o autor colombiano, não impede que o estatuto contenha regras de restrição à negociação das ações, evitando situações de perigo potencial, como a entrada de sócios sem a autorização da assembleia⁶². A lei colombiana prevê ainda que o estatuto pode impor restrições à negociação de ações desde que o prazo da restrição seja inferior a dez anos⁶³. Essa restrição parece ter sido inspirada na legislação

⁵⁸ Art. 18. Reunión dos órgãos sociais. A assembleia de acionistas poderá reunir-se no domicílio principal ou fora dele, ainda que não esteja presente um quórum universal, sempre e quando que se cumpram os requisitos de quórum e convocatória previstos nos arts. 20 e 22 desta lei (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

⁵⁹ Art. 124. (...) § 2º Salvo motivo de força maior, a assembleia-geral realizar-se-á no edifício onde a companhia tiver a sede; quando houver de efetuar-se em outro, os anúncios indicarão, com clareza, o lugar da reunião, que em nenhum caso poderá realizar-se fora da localidade da sede (BRASIL, 1976).

⁶⁰ Art. 22. Quórum e maiorias na assembleia de acionistas. Salvo estipulação em contrário, a assembleia deliberará com um ou vários acionistas que representem pelo menos a metade mais uma das ações subscritas. As determinações serão adotadas mediante o voto favorável de um número singular ou plural de acionistas que represente pelo menos a metade mais uma das ações presentes, salvo se, no estatuto, for prevista uma maioria decisória superior para algumas ou todas as decisões (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

⁶¹ Art. 129. As deliberações da assembleia-geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco (BRASIL, 1976).

⁶² Art. 14. Autorização para transferência das ações. Os estatutos poderão submeter toda negociação de ações ou de alguma classe delas à autorização prévia da assembleia (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

⁶³ Art. 13. Restrições à negociação das ações. Nos estatutos, poderá ser estipulada a proibição de negociar as ações emitidas pela sociedade ou alguma de suas classes, sempre que a vigência da restrição não exceda a duração de dez anos, contados a partir da emissão. Esta

francesa que trata da sociedade anônima simplificada⁶⁴. Na França, é possível que o estatuto da sociedade preveja a inalienabilidade das ações por um lapso de tempo que não exceda a dez anos (TAVARES PAES, 1994, p. 273). O propósito do dispositivo é garantir segurança nas relações societárias durante um período de tempo razoável, de maneira a incentivar o acionista a investir na sociedade, sem que ele corra o risco de mudança repentina no quadro social. Note-se que a imposição no estatuto de um prazo inegociável das ações depende da aprovação unânime dos sócios, tanto para sua inserção inicial quanto para sua modificação superveniente.

O capital da sociedade anônima é constituído por ações. O termo “ação” indica o caráter predominantemente de capital da sociedade anônima. A restrição à negociação das ações poderia prejudicar os interesses dos acionistas da sociedade anônima simplificada. Nas sociedades de capital, não há qualquer restrição quanto ao ingresso de novos acionistas. O importante é a contribuição financeira do sócio, sem levar em conta suas características pessoais. É esse mecanismo que permite a livre circulação das ações. Por maior que seja a perspectiva de rentabilidade do investimento em uma sociedade anônima simplificada, um acionista não colocaria seu dinheiro na sociedade sem a possibilidade jurídica de desinvestimento. A indisponibilidade ou iliquidez absoluta equivale, no limite, à perda total do montante inicialmente disponibilizado (MOREIRA, 2004, p. 67). A impossibilidade de transferência das ações por decisão da assembleia, sem que seja dada a oportunidade ao acionista de se retirar da sociedade, parece-nos desestimular o ingresso de sócios na sociedade anônima simplificada.

No Brasil, o estatuto da sociedade anônima de capital fechado pode impor limitação à circulação das ações, desde que regule de forma detalhada as limitações, não impeça a negociação, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas⁶⁵. Ainda assim, é necessário que o acionista concorde expressamente com a limitação à circulação da ação⁶⁶. É possível que o

duração somente poderá ser prorrogada por períodos adicionais não superiores a dez anos, por vontade unânime da totalidade dos acionistas (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

⁶⁴ Código do Comércio. Capítulo 7: Das sociedades por ações simplificadas. [...] Art. 227-13. Os estatutos da sociedade podem prever a inalienabilidade das ações por um período não excedente a dez anos. Art. 227-14. Os estatutos podem prever a submissão de toda cessão de ações à aprovação prévia da assembleia. [...] (FRANÇA, 2014).

⁶⁵ Art. 36. O estatuto da companhia fechada pode impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que regule minuciosamente tais limitações e não impeça a negociação, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas (BRASIL, 1976).

⁶⁶ Art. 36. [...] *Parágrafo único*. A limitação à circulação criada por alteração estatutária somente se aplicará às ações cujos titulares com ela expressamente concordarem, mediante pedido de averbação no livro de “Registro de Ações Nominativas” (BRASIL, 1976).

estatuto contenha uma previsão de preferência aos demais acionistas para aquisição da ação que o acionista da sociedade fechada queira alienar (GONÇALVES NETO, 2005, p. 88), mas essa limitação não pode simplesmente extinguir o direito de o acionista transferir suas ações. Em nosso entendimento, a previsão na lei de medidas restritivas à transferência das ações deve estar acompanhada de dispositivos compensadores, como o direito de retirada no caso de negativa da assembleia e a unanimidade dos sócios no caso de limitação temporária da transferência das ações.

4. Limitação da responsabilidade e resolução de conflitos

A lei colombiana reduz a apenas um dispositivo a limitação da responsabilidade dos sócios por obrigações da sociedade por ações simplificada, incluindo expressamente as obrigações trabalhistas e tributárias. Em somente um dispositivo, também prevê uma flexibilidade da regra da limitação mediante desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. A lei também estabelece o abuso de direito de voto do acionista que o exercer em prejuízo da sociedade por ações simplificada ou de outros acionistas. Nos casos citados, a lei colombiana institui um mecanismo de solução de conflitos que atribui a um órgão administrativo, a Superintendência de Sociedades, o poder de resolver esses conflitos. É o que veremos neste item.

4.1. Limitação da responsabilidade

A lei colombiana limita a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais ao total dos seus respectivos investimentos. A limitação da responsabilidade, salvo se decidida judicialmente pela desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, abrange as obrigações

trabalhistas, tributárias ou de qualquer outra natureza incorridas pela sociedade⁶⁷. De acordo com Villamizar, a norma evita que se produzam fissuras no regime de limitação da responsabilidade nesse novo tipo de sociedade, já que as vantagens da limitação superam em grande medida as desvantagens (VILLAMIZAR, 2010c, p. 16). Conforme o jurista colombiano, a lei daquele País assinala, de forma explícita, que a sociedade por ações simplificada será regida, para efeitos tributários, pelas regras aplicáveis às sociedades anônimas, não existindo responsabilidade subsidiária dos acionistas por obrigações tributárias, de acordo com o previsto no Estatuto Tributário (VILLAMIZAR, 2010c, p. 18).

A novidade da lei colombiana é a inclusão, na regra da limitação da responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade, de uma referência expressa às obrigações trabalhistas e tributárias. No Brasil, existem regras especiais que regulam as responsabilidades trabalhistas e tributárias com reflexo no patrimônio particular dos sócios. O dispositivo não menciona as obrigações consumeristas e ambientais, mas essas obrigações podem ser consideradas incluídas pela menção genérica, na limitação da responsabilidade, às obrigações de qualquer outra natureza incorridas pela sociedade. De acordo com a lei colombiana, somente no caso de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade é que os sócios podem ser responsabilizados pelas obrigações sociais, conforme será visto mais adiante em item específico deste artigo.

A sociedade anônima de capital fechado tem uma vantagem para o sócio em relação à sociedade limitada: a responsabilidade pela

⁶⁷ Art. 1º Constituição [parte final]. Salvo o previsto no art. 42 da presente lei, os acionistas não serão responsáveis pelas obrigações trabalhistas, tributárias ou de qualquer outra natureza incorridas pela sociedade (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

integralização é limitada ao valor da ação subscrita ou adquirida⁶⁸. Essa característica implica menor custo de monitoramento do patrimônio dos demais sócios, pois o acionista não terá que arcar com a integralização de parcelas do capital devidas pelos outros acionistas⁶⁹.

Existem algumas hipóteses de responsabilização do sócio pela devida integralização do capital social. No momento da constituição da sociedade anônima, os sócios se responsabilizam pela subscrição das ações por eles tomadas para a formação do capital social, que pode ser posteriormente aumentado ou diminuído. A primeira hipótese de responsabilização dos sócios é pela integralização do capital social da sociedade anônima. Os sócios devem indicar o momento em que os recursos prometidos serão entregues à sociedade⁷⁰. Caso o sócio não pague as ações subscritas, ele é considerado remisso, e compete à companhia promover contra ele processo de execução para cobrar as importâncias devidas⁷¹. Caso não consiga o pagamento para integralização das ações, a companhia pode tomá-las para si ou reduzir o capital em importância correspondente⁷². A segunda hipótese de responsabilização dos sócios é pela alienação das ações. O sócio alienante é responsável solidariamente com o adquirente pela integralização das prestações que faltarem para completar o montante subscrito⁷³. Caso não houvesse essa regra, os sócios e os credores teriam que monitorar o patrimônio dos demais acionistas, para obter a informação sobre o patrimônio do adquirente, implicando custos de monitoramento. Caso o patrimônio deste fosse menor do que o patrimônio do alienante, o risco de não integralização das ações subscritas seria maior. A terceira

⁶⁸ Art. 1º A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas (BRASIL, 1976).

⁶⁹ Cumpre lembrar que, na sociedade limitada, o sócio é responsável pela integralização de todo o capital, incluindo as quotas não integralizadas pelos demais sócios.

⁷⁰ Art. 106. O acionista é obrigado a realizar, nas condições previstas no estatuto ou no boletim de subscrição, a prestação correspondente às ações subscritas ou adquiridas (BRASIL, 1976).

⁷¹ Art. 107. Verificada a mora do acionista, a companhia pode, à sua escolha: I – promover contra o acionista, e os que com ele forem solidariamente responsáveis (artigo 108), processo de execução para cobrar as importâncias devidas, servindo o boletim de subscrição e o aviso de chamada como título executivo extrajudicial nos termos do Código de Processo Civil [...] (BRASIL, 1976).

⁷² Art. 107 § 4º Se a companhia não conseguir, por qualquer dos meios previstos neste artigo, a integralização das ações, poderá declará-las caducas e fazer suas as entradas realizadas, integralizando-as com lucros ou reservas, exceto a legal; se não tiver lucros e reservas suficientes, terá o prazo de 1 (um) ano para colocar as ações caídas em comissão, findo o qual, não tendo sido encontrado comprador, a assembleia-geral deliberará sobre a redução do capital em importância correspondente (BRASIL, 1976).

⁷³ Art. 108. Ainda quando negociadas as ações, os alienantes continuarão responsáveis, solidariamente com os adquirentes, pelo pagamento das prestações que faltarem para integralizar as ações transferidas. *Parágrafo único*. Tal responsabilidade cessará, em relação ao alienante, no fim de 2 (dois) anos a contar da data da transferência das ações (BRASIL, 1976).

hipótese de responsabilização dos sócios é pela exata avaliação desses bens conferidos ao capital social. O subscritor que contribuir para a formação do capital social com bens responde perante a companhia por danos na avaliação desses bens⁷⁴. Além disso, o subscritor responde civilmente de forma idêntica à de um vendedor dos bens⁷⁵. Nas hipóteses citadas, se o sócio tiver devidamente integralizado todas as suas ações subscritas, nada mais poderá ser exigido dele, limitando-se, portanto, a sua responsabilidade às obrigações da sociedade. No próximo item, veremos as hipóteses de desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade.

4.2. Desconconsideração da personalidade jurídica

A chamada desconconsideração da personalidade jurídica implica somente desconhecer o sistema de limitação da responsabilidade dos acionistas nas sociedades de capital, permitindo uma comunicação patrimonial entre algum ou alguns dos acionistas – em geral, daqueles que detêm o controle – e a sociedade por ações (VILLAMIZAR. 2010c, p. 23). As hipóteses previstas na lei colombiana para a desconconsideração da personalidade jurídica são a fraude à lei e o prejuízo a terceiros⁷⁶.

⁷⁴ Art. 8º § 6º Os avaliadores e o subscritor responderão perante a companhia, os acionistas e terceiros, pelos danos que lhes causarem por culpa ou dolo na avaliação dos bens, sem prejuízo da responsabilidade penal em que tenham incorrido; no caso de bens em condomínio, a responsabilidade dos subscritores é solidária (BRASIL, 1976).

⁷⁵ Art. 10. A responsabilidade civil dos subscritores ou acionistas que contribuírem com bens para a formação do capital social será idêntica à do vendedor. *Parágrafo único*. Quando a entrada consistir em crédito, o subscritor ou acionista responderá pela solvência do devedor (BRASIL, 1976).

⁷⁶ Art. 42. Desconconsideração da Personalidade Jurídica. Quando se utilizar a sociedade por ações simplificada em fraude à lei ou em prejuízo a terceiros, os acionistas e os administradores que tiverem realizado, participado ou facilitado os atos fraudatórios responderão solidariamente pelas obrigações nascidas de tais atos e pelos prejuízos

A hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica pela utilização da sociedade por ações simplificada em prejuízo a terceiros parece significar que os credores involuntários ou não negociais da sociedade podem requerer a desconconsideração da personalidade jurídica, sempre que não conseguirem encontrar, na sociedade, bens que sejam suficientes para o pagamento dos seus créditos. Essa interpretação corresponde à denominada teoria menor da desconconsideração da personalidade jurídica e, na prática, elimina a regra da limitação da responsabilidade.

A chamada teoria maior da desconconsideração da personalidade jurídica é mais bem elaborada e exige a presença de determinados requisitos para a decretação da desconconsideração, como a utilização da sociedade por ações simplificada como meio de fraude à lei⁷⁷. As pessoas jurídicas são criadas para o cumprimento de determinadas funções, tais como a de atingir objetivos pela soma de esforços e recursos que uma pessoa isoladamente não conseguiria, e a de limitar riscos empresariais. Caso haja um desvio do instituto da limitação da responsabilidade de caráter subjetivo com o objetivo de fraudar a lei, deve ser dada ênfase ao elemento ético na interpretação do ordenamento jurídico,

causados. A declaração de nulidade dos atos fraudatórios será realizada perante a Superintendência de Sociedades, mediante o procedimento verbal sumário. A ação indenizatória decorrente dos possíveis prejuízos derivados dos atos fraudatórios será de competência, por prevenção, da Superintendência de Sociedades ou dos juízes civis do circuito especializado, e na falta desses, dos civis do circuito do domicílio do demandante, mediante a tramitação do processo verbal sumário (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

⁷⁷ A teoria da desconconsideração da personalidade jurídica ganhou relevância na década de 50 com a tese de doutorado defendida na Universidade de Tübingen, na Alemanha, por Rolf Serick, em 1953. Na obra, o autor destaca que os casos de abuso servem para mostrar as exceções que sofrem a regra de que os direitos e obrigações da sociedade não podem nunca ser considerados como direitos e obrigações dos sócios ou o inverso (SERICK, 1958, p. 259).

reconhecendo-se limites iminentes ao exercício de direitos⁷⁸.

No ordenamento jurídico brasileiro, está prevista hipótese de desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil, que prevê, no caso de abuso da personalidade jurídica por desvio de finalidade ou confusão patrimonial, que o juiz pode decidir que os efeitos de determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica⁷⁹. A respeito do tema, Fábio Konder Comparato, por meio de critério objetivista, afirma que a desconsideração é sempre feita em função do poder de controle societário, sendo a confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada o fator predominante para a desconsideração da personalidade jurídica (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 450). O professor Rubens Requião, defensor de critérios subjetivistas de desconsideração da personalidade jurídica, considera presentes os requisitos para a desconsideração quando a pes-

soa jurídica tiver sido instrumento de fraude ou de abuso de direito imputáveis aos sócios⁸⁰. Se a pessoa jurídica é mero escudo para a atuação de outras pessoas, é necessário perquirir se uma pessoa natural que defendesse seus interesses agiria como age a pessoa jurídica.

Na legislação tributária, na legislação do trabalho, na legislação consumerista, na legislação ambiental e na legislação de defesa da concorrência, existem hipóteses nas quais está prevista a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. A limitação da responsabilidade permite aos sócios beneficiar-se do lucro das atividades econômicas, transferindo os riscos e os custos de eventual insucesso aos credores involuntários. A legislação busca relativizar a limitação da responsabilidade em relação aos credores involuntários, com o objetivo de resguardar interesses no âmbito tributário, trabalhista, consumerista, concorrencial e ambiental. No âmbito tributário, a legislação não utiliza a expressão “desconsideração da personalidade jurídica”, mas prevê responsabilidade dos sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas, quando houver impossibilidade de exigir da sociedade o cumprimento da obrigação principal, e responsabilidade pessoal dos diretores pelas obrigações tributárias por atos praticados com excesso de poderes, infração da lei ou do estatuto⁸¹. No âmbito trabalhista,

⁷⁸ As hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica são casuísticas, sendo diversos os casos na jurisprudência brasileira de desconsideração, conforme destaca Lamartine Correa. O autor identificou quatro grupos de decisões: a) decisões que reconhecem vinculação da pessoa jurídica a um contrato firmado pelo sócio majoritário; b) decisões que visam coibir fraude à lei, como no caso em que há mistura de patrimônios, transferência de boa parte dos bens da pessoa natural para a pessoa jurídica, uso na residência do sócio de bens supostamente pertencentes à pessoa jurídica e jogo dúbio com os credores: ora o sócio se apresenta como pessoa natural, ora como pessoa jurídica; c) decisões que desconsideram a personalidade jurídica para determinados efeitos processuais, como no caso em que os dois sócios são citados em um processo, não comparecem e depois alegam legitimidade de sociedade cuja existência não haviam informado; e d) decisões que estendem a responsabilidade ao sócio no caso de insolvência, como no caso em que a sociedade é executada e não mais existe, não foi feita a baixa e não foram encontrados bens de sua propriedade (OLIVEIRA, 1979, p. 521 e segs.).

⁷⁹ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (BRASIL, 2002).

⁸⁰ O professor Requião, citando Jossierand, destaca que a sociedade é constituída para cumprir sua finalidade social e, se ela for conforme a lei, mas contrária a essa finalidade, a sua criação é abusiva (REQUIÃO, 1969, p. 16).

⁸¹ Código Tributário Nacional. Seção III. Responsabilidade de Terceiros. Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: [...] VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas. [...] Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto: [...] III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado (BRASIL, 1966).

não há uma regra expressa que determine a relativização da limitação da responsabilidade dos sócios, mas os trabalhadores contam com uma Justiça do Trabalho própria que julga reclamações em que se pede a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. No campo consumerista, existe regra expressa de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação do estatuto em detrimento do consumidor. A desconsideração também é efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade de pessoas jurídicas provocados por má administração⁸². Na legislação ambiental, há dispositivo expresso que afasta a limitação da responsabilidade sempre que ela for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente⁸³. No âmbito da defesa da concorrência, a regra é semelhante ao formato de desconsideração previsto para a defesa do consumidor⁸⁴.

As hipóteses de relativização da responsabilidade dos sócios e dos administradores no campo tributário têm uma peculiaridade em

relação às demais áreas citadas. Elas estão definidas em lei complementar, conforme comando constitucional. As demais hipóteses citadas estão estabelecidas em sede de lei ordinária. A vantagem da regra colombiana é conseguir condensar, em apenas um dispositivo, as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica⁸⁵, o que poderia ser adotado no Brasil.

4.3. Abuso de direito e responsabilidade dos administradores

A lei colombiana, na parte referente ao abuso de direito, é inspirada no Direito Comparado, especialmente pela produção jurisprudencial desenvolvida na França e pela alteração da lei societária brasileira de 2001. De acordo com o jurista colombiano, neste último caso, com evidente sentido prático, o regime brasileiro não só reduziu a uma simples norma positiva o abuso de direito, como também equiparou o ato abusivo ao ato ilícito (VILLAMIZAR, 2010c, p. 22). De acordo com a lei colombiana, os acionistas devem exercer o direito de voto no interesse da companhia⁸⁶.

⁸² Código de Defesa do Consumidor. Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração (BRASIL, 1990).

⁸³ Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente (BRASIL, 1998).

⁸⁴ Defesa da Concorrência. Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. *Parágrafo único.* A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração (BRASIL, 2011).

⁸⁵ Conforme destaca Oksandro Gonçalves, além das hipóteses previstas no art. 50 do Código Civil, a legislação extravagante contém uma série de situações nas quais a responsabilidade dos sócios pode ser relativizada, tendo como característica geral a indeterminação e a vacuidade que dão margem a interpretações elásticas que desprestigiam o instituto e abrem brechas a abusos que enfraquecem a responsabilidade limitada (GONÇALVES, 2011, p. 149).

⁸⁶ Art. 43. Abuso de Direito. Os acionistas deverão exercer seu direito de voto no interesse da companhia. Será considerado abusivo o voto exercido com o propósito de causar dano à companhia ou a outros acionistas ou de obter para si ou para um terceiro vantagem injustificada, assim como o voto do acionista que possa resultar em prejuízo para a companhia ou para os outros acionistas. Quem abusar dos direitos de acionista nas determinações adotadas na assembleia, responderá pelos danos que ocasionar, sem prejuízo que a Superintendência de Sociedades possa declarar a nulidade absoluta da determinação adotada, pela ilicitude do objeto. A ação de nulidade absoluta e a de indenização por prejuízos da determinação respectiva poderão ser exercidas tanto nos casos de abuso da maioria, como nos da minoria e de paridade. O trâmite correspondente será

A regra é semelhante no ordenamento jurídico brasileiro⁸⁷. É considerado abusivo o voto exercido pelo acionista com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas⁸⁸. De acordo com Gonçalves Neto, o abuso somente pode ser examinado em cada caso concreto. Ele cita como exemplos um voto discordante que contenha acusações infundadas à administração da companhia, um voto sem justificativa rejeitando as contas e um voto que nega a aprovação de determinada matéria importante para a sociedade sob fundamento fútil (GONÇALVES NETO, 2005, p. 136).

Quanto à questão da responsabilidade dos administradores, na lei brasileira, a sociedade anônima é administrada e representada de forma privativa por uma diretoria composta de, no mínimo, duas pessoas naturais residentes no País. No termo de posse do livro de atas da diretoria, é necessário que conste a qualificação e o prazo de gestão, bem como que se indique pelo menos um domicílio no qual serão recebidas as citações e intimações em processos administrativos e judiciais relativos a atos da gestão. A nomeação do administrador deve ser arquivada no registro mercantil com a finalidade de dar conhecimento do fato a terceiros. Uma vez nomeado, o administrador pode se afastar da função por meio da renúncia, pelo término do prazo da gestão e pela destituição. Em todos os casos, deve ser arquivada a cessação do exercício do cargo de administrador no registro mercantil.

A lei colombiana não contém uma relação de deveres dos administradores da sociedade por ações simplificada, fazendo-se referência a outra lei colombiana que conta com dispositivos sobre esses deveres⁸⁹. A lei colombiana prevê que os administradores devem exercer suas atividades de boa-fé, com a lealdade e a diligência de um bom homem de negócios, atuando no interesse da sociedade e de seus sócios⁹⁰. Na lei brasileira,

realizado perante a Superintendência de Sociedades mediante processo verbal sumário (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

⁸⁷ O processo de formação de deliberações, a administração e o exercício do controle, assim como os deveres a que se submetem a administração e o controlador da sociedade anônima, já se consolidaram na doutrina e na jurisprudência brasileira (WARDE JÚNIOR; DE CASTRO, 2012).

⁸⁸ Art. 115. O acionista deve exercer o direito de 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 (BRASIL, 1976).

⁸⁹ Art. 27. Responsabilidade dos Administradores. As regras relativas à responsabilidade legal da sociedade por ações simplificada quanto à sua junta diretora e demais órgãos de administração, se houver (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

⁹⁰ Art. 23. Deveres dos Administradores. Os administradores devem empregar de boa-fé, com lealdade e com a diligência de um bom homem de negócios. Suas atuações serão cumpridas no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses de seus sócios (COLOMBIA, 1995, tradução nossa).

constam deveres de diligência, de ausência de desvio de poder e de lealdade do administrador, não havendo maiores diferenças, nesse ponto, em relação à lei colombiana.

O dever de diligência significa que o administrador deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar nos seus próprios negócios⁹¹. A obrigação do administrador de buscar o lucro sendo leal e diligente não significa que os resultados da sociedade serão positivos, mas que, se ele agir observando esses deveres, não poderá ser responsabilizado por eventuais resultados adversos da sociedade (MOREIRA, 2004, p. 55).

O dever de não praticar desvio de poder significa que o administrador deve observar não somente as formalidades legais e estatutárias da companhia, mas também as suas formalidades econômicas e sociais⁹². São exemplos de desvio de poder o administrador praticar ato de liberalidade à custa da companhia ou, sem autorização, receber de terceiros qualquer vantagem pessoal em decorrência do exercício de seu cargo.

O dever de lealdade significa que o administrador deve buscar os interesses da sociedade em vez de seus interesses pessoais⁹³. São vedados o uso em benefício próprio de oportunidades

comerciais, a omissão na proteção de direitos da companhia e a aquisição de bem necessário à companhia para revender com lucro.

O administrador responde, ainda, pelos prejuízos que causar quando atuar com culpa ou dolo ainda que dentro de suas atribuições ou poderes ou quando proceder com violação à lei ou ao estatuto. O administrador da sociedade anônima é responsável ainda pelos atos dos demais administradores se não levar ao conhecimento dos órgãos competentes a sua divergência. Trata-se de um dever legal de controlar a atuação dos demais administradores (MOREIRA, 2004, p. 57).

Desse modo, com o objetivo de reduzir a necessidade e os custos de monitoramento dos administradores pelos acionistas, a lei prevê determinados deveres fiduciários dos administradores, de maneira a exigir deles um comportamento diligente e leal.

Na sociedade anônima, vigora o princípio da intangibilidade do capital social, devendo os administradores repor as quantias distribuídas em prejuízo do capital social, dispensando-se os acionistas da restituição, a não ser que tenham agido de má-fé⁹⁴. Observe-se que a obrigação de repor as quantias distribuídas em prejuízo do capital recai sobre os administradores, e não sobre os sócios, como ocorre no caso da sociedade limitada.

⁹¹ Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios (BRASIL, 1976).

⁹² Art. 154. O administrador deve exercer suas atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa (BRASIL, 1976).

⁹³ Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado: I – usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo; II – omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia; III – adquirir, para

revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir (BRASIL, 1976).

⁹⁴ Art. 201. A companhia somente pode pagar dividendos à conta do lucro líquido do exercício, de lucros acumulados e de reserva de lucros; e à conta de reserva de capital, no caso das ações preferenciais de que trata o § 5º do artigo 17. § 1º A distribuição de dividendos com inobservância do disposto neste artigo implica responsabilidade solidária dos administradores e fiscais, que deverão repor à caixa social a importância distribuída, sem prejuízo da ação penal que no caso couber. § 2º Os acionistas não são obrigados a restituir os dividendos que em boa-fé tenham recebido. Presume-se a má-fé quando os dividendos forem distribuídos sem o levantamento do balanço ou em desacordo com os resultados deste (BRASIL, 1976).

O regime de responsabilidade dos administradores é complementado com o conceito de administrador de fato. A lei colombiana prevê expressamente a responsabilidade do administrador de fato, que é aquele que se imiscui na atividade de gestão da sociedade⁹⁵. O objetivo da previsão legal do administrador de fato é garantir padrões de conduta elevados por parte dos acionistas, ainda que eles não participem diretamente da administração da companhia (VILLAMIZAR, 2010a, p. 122). São citados pelo autor colombiano alguns precedentes no direito norte-americano e na doutrina e jurisprudência francesas. Os precedentes norte-americanos referem-se aos abusos da maioria em relação à minoria em companhias de capital fechado. A jurisprudência norte-americana aplica, de forma extensiva, os deveres dos administradores aos acionistas majoritários, quando estes agem em detrimento dos interesses dos minoritários, assemelhando-se amplamente ao conceito de administrador de fato (VILLAMIZAR, 2010a, p. 125). A doutrina francesa considera administrador de fato a pessoa que, desprovida de um mandato, interfere e se imiscui no funcionamento da sociedade com a finalidade de exercer, de forma soberana e independente, uma atividade positiva de gestão, direção ou administração, substituindo os administradores no processo de tomada de decisões. Os administradores de fato podem ser sócios, concedentes de crédito, familiares ou empregados (VILLAMIZAR, 2010a, p. 126). Acreditamos que o regime do administrador de fato pode ser introduzido no ordenamento jurídico do País.

4.4. Resolução de conflitos

A lei colombiana prevê que a Superintendência de Sociedades é competente para resolver os assuntos referentes à execução específica das obrigações ajustadas em acordos de acionistas, aos conflitos societários, à desconsideração da personalidade jurídica e ao abuso de direito⁹⁶. A Superintendência de Sociedades é um órgão administrativo⁹⁷ ao qual

⁹⁵ Art. 27. [...] *Parágrafo único*. As pessoas naturais ou jurídicas que, sem ser administradores de uma sociedade por ações simplificada, imiscuem-se na atividade positiva de gestão, administração ou direção da sociedade, serão incorridas nas mesmas responsabilidades e sanções aplicáveis aos administradores (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

⁹⁶ Art. 44. Atribuição de Poderes Jurisdicionais. As funções jurisdicionais a que se referem os arts. 24 [acordo de acionistas], 40 [resolução de conflitos societários], 42 [desconsideração da personalidade jurídica] e 43 [abuso de direito] serão exercidas pela Superintendência de Sociedades, com fundamento no previsto no art. 116 da Constituição Política (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

⁹⁷ Conforme informação disponibilizada no seu endereço eletrônico, a Superintendência de Sociedades é um órgão técnico, vinculado ao Ministério do Comércio, Indústria e Turismo, com personalidade jurídica própria, autonomia administrativa e patrimônio próprio, mediante o qual o Presidente da República exerce a inspeção, a vigilância e o controle das sociedades mercantis, assim como as atribuições previstas na lei em relação a outros entes,

foi atribuída função jurisdicional, conforme permissão constitucional colombiana⁹⁸.

No Brasil, a Constituição da República dispõe, entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito do cidadão⁹⁹. A transferência do poder jurisdicional do Poder Judiciário para o Poder Executivo implica problemas relacionados à separação de poderes e às garantias do cidadão, expressos nas prerrogativas dos juízes de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios¹⁰⁰. Os conflitos societários, de acordo com a lei colombiana, são julgados naquele País por pessoas sem as garantias inerentes ao exercício da magistratura. O autor colombiano afirma que a recente Lei de Reforma do Estatuto da Administração da Justiça da Colômbia contém dispositivo que garante ao jurisdicionado recorrer sempre aos órgãos do Ramo Jurisdicional do Estado, nos termos e nas condições que determine a lei, contra sentenças ou decisões definitivas que, em assuntos judiciais, adotem as autoridades

pessoas jurídicas e pessoas naturais. Disponível em: <<http://portal.supersociedades.gov.co>>. Acesso em: 1º nov. 2013>.

⁹⁸ Art. 116. [...] Excepcionalmente, a lei poderá atribuir função jurisdicional em matérias específicas a determinadas autoridades administrativas. Sem embargo, não será permitida a ela adiantar a instrução de sumários nem julgar delitos (COLOMBIA, 1991, tradução nossa).

⁹⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito; [...] (BRASIL, 1988).

¹⁰⁰ Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III – irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III e 153, § 2º, I. [...] (BRASIL, 1988).

administrativas excepcionalmente designadas para isso (VILLAMIZAR, 2010a, p. 108, nota 4)¹⁰¹. Esse dispositivo torna sem efeito a previsão de desjudicialização dos conflitos societários mediante transferência das atribuições jurisdicionais a órgãos administrativos.

Poderia ser alegado que é opção dos sócios a escolha de uma espécie societária diferenciada denominada sociedade anônima simplificada, que contém obrigatoriamente um dispositivo que prevê a solução dos conflitos por órgão administrativo. Bastaria ao sócio exercer opção pela constituição de outro tipo societário tradicional para que ele não fosse submetido a um tribunal administrativo. É um bom argumento, mas dificilmente encontraria fundamento no texto constitucional brasileiro, que não permite o afastamento do Poder Judiciário da apreciação de lesão a direitos. Além disso, cabe destacar que, entre as matérias submetidas à Superintendência de Sociedades, encontra-se a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, que envolve interesses de credores não voluntários da sociedade, como as vítimas de acidentes e o meio ambiente.

Questão diversa é a possibilidade de os sócios, mediante declaração de vontade, recorrerem à arbitragem para a solução extrajudicial dos conflitos. Nesse caso, não há monopólio do Poder Judiciário (MARTINS, 2012, p. 28). Não há supremacia do Estado em relação à vontade

¹⁰¹ Lei nº 1.285, de 22 de janeiro de 2009, por meio da qual se reforma a Lei nº 270, de 1996 (Estatuto da Administração da Justiça). Art. 3º [...] Excepcionalmente, a lei poderá atribuir funções jurisdicionais a certas e determinadas autoridades administrativas para que conheçam de assuntos que por sua natureza ou quantia possam ser resolvidos por aquelas de maneira adequada e eficaz. Nesse caso, a lei discriminará as competências, as garantias do devido processo e as demais condições necessárias para proteger de forma apropriada os direitos das partes. Contra as sentenças ou decisões definitivas que em assuntos judiciais adotem as autoridades administrativas excepcionalmente facultadas para isso, sempre é possível recorrer aos órgãos do Ramo Jurisdicional do Estado, nos termos e condições que determine a lei (COLOMBIA, 2009, tradução nossa).

individual dos jurisdicionados de buscar uma solução privada dos conflitos. Os sócios podem transacionar seus direitos disponíveis com o efeito de criá-los, extingui-los ou modificá-los. Se os sócios podem transacionar ou renunciar aos direitos por meio de um negócio jurídico privado, não é obrigatória a utilização do Poder Judiciário sempre que um direito é discutido no âmbito privado (MARTINS, 2012, p. 29). Outro argumento que não merece prosperar é o do monopólio do Poder Judiciário para decidir sobre questões que os sócios resolvam levar a um terceiro desinteressado. O Poder Judiciário não exerce um monopólio da justiça, como se toda ela coubesse dentro do Estado. É possível a utilização de particulares, investidos de autoridade, para resolver conflitos, desde que haja manifestação de vontade dos sócios fundada na autonomia privada.

Na resolução de conflitos societários, a lei colombiana prevê expressamente a possibilidade de submissão do conflito à decisão arbitral ou de mediadores¹⁰². Ressalte-se que a referência na lei à opção pela arbitragem consta somente da hipótese de resolução de conflitos societários. As demais hipóteses de acordo de acionistas, desconsideração da personalidade jurídica e abuso de direito não contam com a previsão de escolha da arbitragem, remetendo-se o litígio diretamente à Superintendência de Sociedades.

O autor colombiano afirma que a análise empírica demonstrou que, naquele País, não havia litígio societário. As regras de Direito Societário não estavam tendo a função de proteção dos interesses dos sócios. Poucas vezes, eles acionavam as instâncias jurisdicionais, por falta de confiança, pela lentidão dos litígios e seus custos, e pela ausência de conhecimento especializado dos juízes sobre complexas questões societárias. No âmbito da arbitragem, o número de processos também era pequeno, dado que o Código Comercial não permitia submeter à arbitragem as ações de impugnação de determinações da assembleia e da diretoria. Desse modo, os principais conflitos societários, que ocorrem na assembleia geral de acionistas, eram excluídos do âmbito de abrangência da arbitragem (VILLAMIZAR, 2010a, p. 107).

Esse autor continua afirmando que o objetivo da lei colombiana, ao possibilitar a submissão do conflito societário à arbitragem, foi o de conferir maior efetividade às regras societárias e aos interesses por ela protegidos. Os potenciais litigantes desistiam de fazer valer seus direitos

¹⁰² Art. 40. Resolução de Conflitos Societários. As diferenças que ocorram aos acionistas entre si, ou com a sociedade ou seus administradores, em desenvolvimento do contrato social ou do ato unilateral, incluída a impugnação de determinações da assembleia ou da junta diretiva com fundamento em qualquer das causas legais, poderão se submeter a decisão arbitral ou de composição amigável, se assim se acorda nos estatutos (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

na Justiça em virtude dos custos do litígio, que envolvem o pagamento de honorários advocatícios, e da demora do processo¹⁰³. O sócio que tenha agido corretamente consegue uma conciliação com os demais em condições mais adequadas se os juízes resolverem os conflitos de forma eficiente, aumentando a credibilidade da ameaça de demandas judiciais contra transgressões legais (VILLAMIZAR, 2010a, p. 108).

A nosso ver, o mecanismo da arbitragem pode colaborar para uma maior rapidez na resolução dos conflitos societários e para sua apreciação por pessoas especializadas na matéria. Não se permite, contudo, sob o pretexto de dar celeridade à resolução dos litígios, transferir funções jurisdicionais a órgãos administrativos sem que os interessados manifestem sua concordância.

5. Considerações finais

Apresentam-se, a seguir, as linhas conclusivas assumidas no presente trabalho.

A constituição de um novo tipo societário de sociedade anônima de capital fechado, com ênfase na simplicidade de suas regras jurídicas, pode ser uma boa opção para a classe empresarial.

Quanto à constituição da sociedade anônima simplificada por uma única pessoa natural, não há qualquer impedimento jurídico ou econômico para que a legislação não permita a aplicação subsidiária à empresa individual de responsabilidade limitada das regras da eventual sociedade anônima simplificada. A revogação da exigência de nacionalidade brasileira da sociedade con-

troladora da sociedade subsidiária integral, no caso da sociedade anônima simplificada, pode ser um importante instrumento de captação de investimentos estrangeiros pelo País.

A lei brasileira poderia determinar uma forma de constituição da sociedade anônima simplificada por meio de um instrumento particular em substituição à exigência de escritura pública. Caso seja dispensada a obrigatoriedade de escritura pública para a constituição das sociedades anônimas simplificadas no Brasil, é necessária a ressalva à obrigatoriedade de instrumento público, no caso de integralização das ações por meio de bem imóvel.

Os tipos societários tradicionais são rigidamente disciplinados em tipos estanques, dificultando a formulação contratual de formas híbridas que mesclam características das espécies de sociedades. A doutrina mais moderna do Direito Societário prefere atualizar a expressão tradicionalmente utilizada de “tipo societário” para a expressão mais recente de “modelo societário”.

A possibilidade de constituição de sociedades anônimas simplificadas com objeto indeterminado implicará maiores custos de monitoramento dos administradores pelos acionistas. Caberá a estes decidir entre o risco de conferir aos administradores a possibilidade de praticar qualquer atividade e o benefício que pode ser gerado pelo maior grau de liberdade dos gestores.

Caso a lei brasileira permita a constituição de uma sociedade anônima simplificada, a eventual transformação das atuais sociedades limitadas implicará sua submissão ao regime da comercialidade.

A estrutura de capital da sociedade anônima simplificada poderia permitir diversas modalidades de ações. O banimento da emissão de ações sem direito a voto das sociedades anônimas simplificadas, contudo, colaboraria para reduzir os custos desnecessários de agência su-

¹⁰³ Nos países subdesenvolvidos, o aparato estatal é caro, demorado, inseguro, tendencioso, corrupto, fraco ou simplesmente inexistente. Os processos judiciais na Índia, por exemplo, levariam trezentos e vinte e quatro anos para serem julgados, ainda que não fossem criados novos processos (DIXIT, 2004, p. 3).

portados pelos acionistas minoritários e os eventuais benefícios privados de controle. Caso necessite de recursos de terceiros para a consecução de seu objeto social, a sociedade anônima simplificada conta com a opção de emitir debêntures.

A lei brasileira poderia flexibilizar o funcionamento e a organização interna de uma sociedade anônima simplificada. Não há qualquer justificativa para exigir que a diretoria da sociedade anônima simplificada seja composta de dois ou mais diretores. A lei poderia ainda possibilitar ao sócio renunciar ao direito de ser convocado à reunião da assembleia de acionistas e adotar o quórum de aprovação por maioria simples, se não houver necessidade de quórum qualificado na forma do estatuto social.

A impossibilidade de transferência das ações por decisão da assembleia, sem que seja dada oportunidade ao acionista de se retirar da sociedade, parece-nos desestimular o ingresso de sócios na sociedade anônima simplificada.

Na sociedade anônima simplificada, é importante que os sócios não sejam responsáveis pelas obrigações trabalhistas, tributárias ou de qualquer outra natureza incorridas pela sociedade, a não ser que seja determinada a desconsideração da personalidade jurídica. As hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, que estão esparsas no ordenamento jurídico, poderiam ser condensadas em apenas um dispositivo.

O abuso de direito de voto e o regime de responsabilidade dos administradores deveriam ser mantidos em relação à sociedade anônima simplificada, complementando-se o regime de responsabilidade com o conceito de administrador de fato.

O mecanismo da arbitragem pode colaborar para uma maior rapidez na resolução dos conflitos societários e para sua apreciação por pessoas especializadas na matéria. Não é razoável, contudo, sob o pretexto de dar celeridade à resolução dos litígios, transferir funções jurisdicionais a órgãos administrativos, sem que os interessados manifestem sua concordância.

Referências

ARRUDA, Maria Clara da Silveira Villasboas. Companhia Aberta x Companhia Fechada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nova série, v. 26, n. 65, p. 42-63, jan./mar. 1987.

BARBOSA, Leonardo Garcia. Restrições ao Exercício de Empresa por Estrangeiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 50, n. 199, p. 349-364, jul./set. 2013.

BERNARDI, Bruno Boti. O conceito de dependência de trajetória (path dependence): definições e controvérsias teóricas. *Perspectivas*, São Paulo, v. 41, p. 137-167, jan./jun. 2012.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. [Código Tributário Nacional]. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília, 15 set. 1966.

_____. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. [Lei das S/As]. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 dez. 1976.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 25 set. 2014.

_____. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm> Acesso em: 25 set. 2014.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

_____. Projeto de lei n. 1.572, de 14 de junho de 2011. Institui o Código Comercial. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 15 jun. 2011.

_____. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1ª nov. 2011.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de Sociedades Anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O Futuro do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

COLOMBIA. Decreto n. 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. *Diário Oficial*, n. 33.339, Bogotá, 27 mar. 1971.

_____. Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. *Diário Oficial*, n. 42.156, Bogotá, 20 dic. 1995.

_____. Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. *Diário Oficial*, n. 47.194, Bogotá, 5 dic. 2008. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34130>>. Acesso em: 25 set. 2014.

_____. Ley 1285 de 2009. Nivel nacional. Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia. *Diário Oficial*, 47.240, Bogotá, 22 ene. 2009. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34710>>. Acesso em: 26 set. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DALTRO, Ana Luiza. Demorou 44 anos: fundada em 1969, a Gap, a maior rede de vestuário dos EUA, já está em noventa países, mas só agora abrirá as portas no Brasil por culpa da burocracia e do protecionismo. *Veja*, v. 46, n. 34, p. 90-92, 21 ago. 2013.

DIXIT, Avinash K. *Lawlessness and economics: alternative modes of governance*. New Jersey: Princeton University Press, 2004.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Quanto custa abrir uma empresa no Brasil? *Estudos para o Desenvolvimento do Estado do Rio de Janeiro*, n. 6, jul. 2010.

FRANCE. Code de commerce. Chapitre VII: Des sociétés par actions simplifiées. *Legifrance*, 21 sept. 2014. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20140925>>. Acesso em: 25 set. 2014.

GONÇALVES, Oksandro. A relativização da responsabilidade limitada dos sócios. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário: sociedade anônima*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

GORGA, Érica. *Direito societário atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MARTINS, Pedro Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MORAIS GUIMARÃES, Maria Celeste. *Um redesenho da sociedade anônima no direito societário brasileiro: por uma sociedade anônima simplificada*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

MOREIRA, Ricardo Guimarães. Sociedade Limitada ou Anônima Fechada?: o novo dilema dos empreendedores nacionais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, a. 43, n. 133, jan./mar. 2004.

NORTH, Douglass Cecil. Para um país enriquecer. *Veja*, v. 36, n. 47, p. 11-15, 26 nov. 2003.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. Sociedade Subsidiária Integral. In: BOTREL, Sérgio. *Direito societário: análise crítica*. São Paulo: Saraiva, p. 333-352, 2012.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 58, n. 410, p. 12-24, dez. 1969.

SAITO, Richard; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. Governança corporativa: custos de agência e estrutura da propriedade. *Revista de Administração de Empresas*, v. 48, n. 2, p. 79-86, abr./jun. 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SEMINÁRIO DE DIREITO E ECONOMIA DO NORDESTE, 1. 2013. UFRN: Natal, 2013. Disponível em: <<http://www.seminariodireitoeconomia.com.br/seminario/index.php>>. Acesso em: 25 set. 2014.

SERICK, Rolf. *Apariencia y Realidad em lãs Sociedades Marcantiles: el abuso de derecho por médio de la persona jurídica*. Barcelona: Ariel, 1958.

SZTAJN, Raquel; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A incompletude do contrato de sociedade. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 42, n. 131, p. 7-20, jul./set. 2003.

TAVARES PAES, P. R. A sociedade por ações simplificada francesa. *Revista dos Tribunais*, a. 83, v. 709, nov. 1994.

VILLAMIZAR, Francisco Reyes. Responsabilidade dos administradores na sociedade por ações simplificada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nova série, São Paulo, a. 49, n. 155/156, ago./dez. 2010a.

_____. *Modernizing Latin American Company Law: creating an all-purpose vehicle for closely held business entities*. 2010b.

_____. *La sociedad por acciones simplificada: una verdadera innovación en el Derecho Societário latinoamericano*. 2010c. Disponível em: <<http://www.abde.com.br>>. Acesso em: 8 ago. 2013.

WARDE JÚNIOR, Walfrido; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. A vez da sociedade anônima simplificada. *Valor Econômico*, 22 mar. 2012.

Apêndice

	SOCIEDADE ANÔNIMA SIMPLIFICADA	SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA
Sociedade unipessoal – pessoa natural	Permitido	Não permitido
Sociedade unipessoal – pessoa jurídica	Permitido	Sociedade subsidiária integral
Sociedade não registrada	Sociedade de fato	Funcionamento não permitido
Constituição da sociedade	Instrumento particular	Instrumento público
Integralização por bens imóveis	Instrumento público	Instrumento particular
Forma da sociedade	Modelo societário	Tipo societário
Objeto social	Pode ser indeterminado	Definido de forma precisa e completa
Número de administradores	Um administrador	Dois administradores
Organização interna	Flexível	Rígida
Convocação da assembleia	Acionista pode dispensar	Obrigatória
Quórum de aprovação	Maioria relativa	Maioria absoluta
Negociação de ações	Com restrição	Sem restrição
Limitação da responsabilidade	Menção às obrigações trabalhistas e tributárias	Sem menção
Desconsideração da personalidade jurídica	Um único dispositivo	Hipóteses espalhadas no ordenamento
Resolução de conflitos	Superintendência de sociedades	Poder Judiciário