

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

FELIPE BONATTO BANDEIRA DE ASSIS

**LUCROS DECLARADOS E NÃO PAGOS, LUCROS ILÍCITOS OU FICTÍCIOS.
IDENTIFICAÇÃO E MEIOS DE TUTELA**

CURITIBA

2024

FELIPE BONATTO BANDEIRA DE ASSIS

**LUCROS DECLARADOS E NÃO PAGOS, LUCROS ILÍCITOS OU FICTÍCIOS.
IDENTIFICAÇÃO E MEIOS DE TUTELA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como
requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Universidade Federal do Paraná

Orientador: Prof. Dr. Luiz Daniel Rodrigues Haj Mussi

CURITIBA

2024

TERMO DE APROVAÇÃO

Lucros Declarados e Não Pagos, Lucros Ilícitos ou Fictícios. Identificação e Meios de Tutela

FELIPE BONATTO BANDEIRA DE ASSIS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

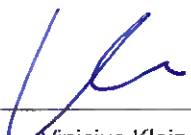


Luiz Daniel Rodrigues Haj Mussi
Orientador



Orientador

Carlos Joaquim de Oliveira Franco
1º Membro



Vinicius Klein

2º Membro

Dedico este trabalho aos meus pais, Mauricio e Ivelize, que sob muito sol, fizeram-me chegar até aqui, na sombra.

RESUMO

O presente artigo analisa os aspectos legais relacionados à gestão de lucros na sociedade limitada, com ênfase nas medidas judiciais cabíveis para a proteção dos direitos envolvidos na hipótese de lucros declarados e não pagos, bem como da distribuição de lucros ilícitos ou fictícios. Inicialmente, apresenta-se a ação de cobrança enquanto instrumento jurídico que visa garantir a partilha correta dos resultados positivos apurados pela empresa e informados à autoridade fiscal, em conformidade com o que foi estabelecido no contrato social. Através de pesquisa jurisprudencial, constatou-se que os principais tribunais do país reconhecem que a legitimidade para figurar no polo passivo da ação de cobrança de lucros sociais é da sociedade empresária, podendo ocorrer a inclusão do sócio administrador apenas em caso de desconsideração da personalidade jurídica, de previsão expressa de sua responsabilidade pessoal ou então de comprovação de culpa no desempenho de suas funções. Ato contínuo, aborda-se o tema dos lucros ilícitos e fictícios, trazendo a ação de responsabilidade civil com fundamento no artigo 1.009 do Código Civil como ferramenta jurídica apta a assegurar a recomposição dos danos causados pela distribuição irregular desses valores. Ainda, aproveitando-se da classificação proposta por Maria Helena Diniz, é feita uma categorização da responsabilidade civil dos administradores e sócios pela distribuição de lucros ilícitos ou fictícios no que se refere ao fato gerador (contratual e extracontratual), fundamento (subjetiva e objetiva) e vinculação do agente (direta e indireta). Por fim, investiga-se sobre eventual possibilidade de responsabilização da sociedade, apresentando divergentes posicionamentos de juristas quanto ao assunto.

Palavras-chave: Lucros declarados e não pagos; lucros ilícitos ou fictícios; ação de cobrança; ação de responsabilidade civil.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	7
2.	LUCROS DECLARADOS E NÃO PAGOS	9
2.1	AÇÃO DE COBRANÇA ENQUANTO MEIO DE TUTELA	9
2.2	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A LEGITIMIDADE PASSIVA DA AÇÃO DE COBRANÇA	10
2.3	TUTELA PROVISÓRIA E ÔNUS DA PROVA	18
2.4	CONTRATO SOCIAL	20
3.	LUCROS ILÍCITOS E FICTÍCIOS	22
3.1	AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 1.009 DO CÓDIGO CIVIL	23
3.2	RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES, DOS SÓCIOS E DA SOCIEDADE	25
4.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	28
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	30

1. INTRODUÇÃO

As sociedades limitadas – enquanto empresárias – têm como principal objetivo o exercício profissional de atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços como meio de obter lucro. Apoiado nesse entendimento, deve-se compreender lucro como sendo o resultado financeiro apurado pela sociedade após a subtração dos custos e despesas do total das receitas obtidas pela empresa em determinado período.

A gestão dos lucros nas sociedades empresariais é um assunto de grande relevância jurídica, uma vez que envolve tanto direitos quanto obrigações dos sócios e administradores. Inclusive, um dos tópicos que mais gera controvérsias e litígios no ramo do direito empresarial corresponde à distribuição de lucros, que consiste na divisão dos ganhos líquidos da empresa entre seus sócios, como forma de remuneração do capital anteriormente investido e dos riscos assumidos neste intervalo.

Sobre o tema, os artigos 1.007, 1.008 e 1.009 do Código Civil determinam, respectivamente, que “salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas, mas aquele, cuja contribuição consiste em serviços, somente participa dos lucros na proporção da média do valor das quotas”; “é nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas”; e “a distribuição de lucros ilícitos ou fictícios acarreta responsabilidade solidária dos administradores que a realizarem e dos sócios que os receberem, conhecendo ou devendo conhecer-lhes a ilegitimidade”.

Nessa perspectiva, o presente artigo se propõe a analisar os aspectos legais relacionados aos lucros declarados e não pagos, bem como aos lucros ilícitos ou fictícios, com ênfase nas ações judiciais cabíveis para a tutela dos direitos envolvidos nessas situações.

Num primeiro momento, será explorada a problemática referente aos lucros declarados e não pagos. O estudo leva em consideração que os ganhos empresariais, quando não corretamente distribuídos, representam não apenas uma violação ao contrato social, mas também uma transgressão ao direito que cada sócio possui de participar dos resultados da sociedade.

Diante disso, apresenta-se a ação de cobrança enquanto instrumento jurídico apto a garantir o direito do sócio de receber sua devida parcela dos resultados positivos da empresa. Depois, aborda-se a jurisprudência relativa a tais causas, especialmente no tocante à legitimidade passiva da sociedade empresária e, em algumas hipóteses específicas, do sócio administrador, trazendo julgados de diversos tribunais do país.

Ato contínuo, discorre-se acerca das questões relacionadas à possibilidade de concessão de tutela provisória de urgência e à distribuição do ônus probatório nas ações de cobrança de lucros sociais, trazendo também considerações sobre a importância das disposições do contrato social relacionadas à política de participação nos ganhos da empresa.

Já numa segunda etapa, será estudada a temática dos lucros ilícitos e fictícios. Como ponto de partida, são apresentados conceitos formulados por renomados doutrinadores brasileiros sobre o assunto. Em seguida, indica-se a ação de responsabilidade civil com fundamento no artigo 1.009 do Código Civil como a medida judicial mais adequada para assegurar a reparação dos danos causados pela distribuição (e recebimento) dessas verbas.

Posteriormente, utiliza-se da classificação elaborada por Maria Helena Diniz – no que diz respeito ao fato gerador, fundamento e vinculação do agente – para se alcançar uma melhor compreensão acerca da responsabilidade civil dos sócios e administradores no que concerne à distribuição de lucros ilícitos e fictícios, categorizando-a enquanto contratual ou extracontratual, subjetiva ou objetiva e direta ou indireta.

Por fim, buscar-se-á analisar eventual responsabilidade da sociedade empresária pela distribuição de lucros ilícitos ou fictícios, trazendo diferentes posicionamentos de juristas sobre a matéria. Aponta-se que a possibilidade de se atingir o patrimônio da pessoa jurídica para recomposição dos prejuízos na referida hipótese é uma questão de grande divergência na doutrina, de modo que o que se pretende é contribuir e fomentar ainda mais o debate acadêmico sobre o tema.

2. LUCROS DECLARADOS E NÃO PAGOS

Os lucros declarados e não pagos dizem respeito aos resultados positivos da sociedade que foram devidamente declarados à autoridade fiscal, mas que não foram corretamente distribuídos aos sócios da empresa, seguindo o que foi estabelecido no contrato social.

2.1 AÇÃO DE COBRANÇA ENQUANTO MEIO DE TUTELA

A ação de cobrança é um procedimento judicial que tem como finalidade forçar o devedor a realizar o pagamento de uma dívida vencida. Nesse sentido, ela pode ser compreendida como uma forma de garantir que a parte adversa cumpra com suas obrigações financeiras, sob o risco de sofrer sanções jurídicas a serem impostas pelo juízo, tais como o pagamento de multas, a inclusão do nome em órgãos de proteção ao crédito, o bloqueio de valores, a execução de bens, entre outras.

Trata-se de uma ação que segue o rito comum ordinário, com possibilidades amplas de produção de provas e de defesa. A ação de cobrança está prevista no artigo 292, inciso I, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:

I - Na ação de cobrança de dívida, a soma monetariamente corrigida do principal, dos juros de mora vencidos e de outras penalidades, se houver, até a data de propositura da ação.

Como fundamentos legais da ação de cobrança, aponta-se especialmente os dispositivos 389 e 884 do Código Civil. O artigo 389 do diploma civil estabelece que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros, atualização monetária e honorários de advogado”, à medida que o artigo 884 veda o enriquecimento sem causa, determinando que “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Uma das possibilidades jurídicas envolvendo a ação de cobrança refere-se ao seu ajuizamento visando a distribuição de lucros sociais. Nessa hipótese, a referida ação deve ser entendida como uma medida judicial que tem por objetivo garantir o

direito conferido aos sócios de participar dos resultados positivos da sociedade, assentado nos artigos 1.007 e 1.008 do Código Civil.

Art. 1.007. Salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas, mas aquele, cuja contribuição consiste em serviços, somente participa dos lucros na proporção da média do valor das quotas.

Art. 1.008. É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.

Desse modo, a ação de cobrança de lucros declarados e não pagos é meio de tutela do direito do sócio de receber a parcela dos resultados da empresa proporcional a sua participação no capital social (quando estabelecida a obrigatoriedade da distribuição de lucros e salvo previsão específica que defina uma regra diferente no contrato social), permitindo a satisfação de créditos que este possua referentes à não-distribuição correta dos lucros.

2.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A LEGITIMIDADE PASSIVA DA AÇÃO DE COBRANÇA

Os principais tribunais do país reconhecem a possibilidade de ajuizar ação de cobrança para o pagamento de lucros sociais declarados e indevidamente distribuídos. Além disso, é pacífico o entendimento de que a sociedade empresária possui legitimidade para figurar no polo passivo dessa demanda.

A grande questão – ainda controversa – refere-se à legitimidade do sócio e/ou administrador para figurar juntamente com a sociedade no polo passivo da referida lide.

Sobre a noção de legitimidade *ad causam*, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini discorrem que “como regra geral, é parte legítima para exercer o direito de ação aquele que se afirma titular de determinado direito que precisa da tutela jurisdicional, ao passo que será parte legítima para figurar no polo passivo aquele a quem caiba a observância do dever correlato àquele hipotético direito”¹.

Alguns julgados não reconhecem a possibilidade de o sócio administrador responder pessoalmente pelo pagamento a título de distribuição de lucros,

¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, vol. 1. São Paulo: RT, 2015, p. 190.

argumentando que trata-se de verbas que devem ser adimplidas exclusivamente pela sociedade empresária.

Veja-se:

AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE. RECONVENÇÃO. COBRANÇA DE DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS CONTRA SÓCIO ADMINISTRADOR. ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. EXTINÇÃO DA RECONVENÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CORRETAMENTE DISTRIBUÍDOS NA SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. REDIMENSIONAMENTO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA DA RECONVENÇÃO. (...)

IV. Considerando que a reconvenção postula o pagamento de gratificações e a distribuição dos lucros auferidos desde a constituição da sociedade, verbas que, caso devidas, devem ser adimplidas pela sociedade empresária, não pode o reconvindo, seu sócio administrador, responder pessoalmente por elas sem que haja previamente a desconstituição da personalidade jurídica, na forma do previsto no art. 133, do CPC, o que não ocorreu no presente caso, motivo pelo qual não possui legitimidade para figurar no polo passivo. Extinção da reconvenção, de ofício, com base no art. 485, VI, do CPC.

(Apelação Cível Nº 70078943073 - Nº CNJ: 0259519-82.2018.8.21.7000 – Quinta Câmara Cível. Comarca de Novo Hamburgo. Relator: Desembargador Jorge André Pereira Gailhard. Julgado em 18/12/2018).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. NÃO-DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS POR SOCIEDADE EMPRESÁRIA. (...)

4. Tratando-se de ação de cobrança fundada na não-distribuição de lucros por sociedade empresária, é forçoso reconhecer que esta possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

5. A impossibilidade jurídica do pedido pressupõe inviabilidade de ação ante os preceitos legais, o que não se verifica no caso em tela, **pois plenamente cabível o ajuizamento de ação de cobrança em face de sociedade empresária visando à distribuição de resultados positivos.**

(Agravo de Instrumento Nº 70035775022, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 24/06/2010).

Extrai-se o seguinte excerto do voto do relator Desembargador Jorge André Pereira Gailhard: “Inicialmente, com a devida vênia, estou em julgar extinta a reconvenção, de ofício, por ilegitimidade passiva. Acontece que a reconvenção postula o pagamento de gratificações e a distribuição dos lucros auferidos desde a constituição da sociedade, verbas que, caso devidas, devem ser adimplidas pela sociedade empresária, não podendo o reconvindo, seu sócio administrador, responder pessoalmente por elas sem que haja previamente a desconstituição da personalidade jurídica, na forma do previsto no art. 133, do CPC, o que não ocorreu no presente caso. Assim, imperativo o reconhecimento da ilegitimidade passiva do reconvindo, devendo ser extinta, de ofício, a reconvenção, nos termos do art. 485, VI, do CPC, ficando, conseqüentemente, prejudicada a apelação com relação à reconvenção”.

A decisão indica a desconsideração da personalidade jurídica como elemento essencial e impreterível para que seja possível o direcionamento da ação de cobrança de lucros sociais contra o sócio administrador da empresa. Nesse contexto, frisa-se que para a desconstituição da personalidade jurídica é necessário que seja comprovado o abuso da personalidade jurídica, o qual é caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, a teor do artigo 50 do Código Civil.

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

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - Cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - Transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante;

III - Outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

Assim, para que o sócio administrador fosse parte legítima para responder pela distribuição incorreta dos ganhos da sociedade dever-se-ia provar que este se utilizou da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza, que fez o cumprimento repetitivo pela sociedade de suas obrigações (ou vice-versa), que transferiu ativos ou passivos sem efetivas contraprestações, ou então que realizou outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

Por sua vez, do voto do relator Desembargador Paulo Sérgio Scarparo destaca-se os seguintes trechos: “Com efeito, a pessoa do sócio não se confunde com a da sociedade, incumbindo a esta figurar no polo passivo de ação mediante a qual se postule, como no caso em tela, a distribuição de resultados positivos da empresa” e “Como já consignado, pretende o agravado o pagamento de lucros que teriam sido indevidamente retidos pela pessoa jurídica agravante. Assim, à evidência, a sociedade possui legitimidade para figurar no polo passivo, pois a ela incumbirá a satisfação do crédito do agravado, acaso julgado procedente o pedido”.

Nessa lógica, tem-se que a 5ª e a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao passo em que reconhecem a legitimidade passiva da sociedade

na ação de cobrança relacionada à distribuição de lucros da empresa, também acabam por eliminar a possibilidade de se incluir a pessoa do sócio no polo passivo, sob o argumento de que as duas figuras não se confundem.

No mesmo sentido é o posicionamento da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, que constatou no julgamento do Recurso de Apelação nº 1911-88.2013.8.26.0132 a ilegitimidade passiva *ad causam* dos sócios pessoas físicas em ação de cobrança relativa à distribuição de lucros sociais, sob a justificativa de que eventual inadimplemento da obrigação de partilha dos ganhos onera tão somente a sociedade empresária.

Processual. Societário. Cobrança. Distribuição de lucros. **Inclusão no polo passivo de pessoas físicas, tidas por sócias da empresa.** Sentença que condenou os réus, indistintamente, ao pagamento de rateio mensal em favor do autor. Descabimento. **Eventual inadimplemento da obrigação de distribuição dos ganhos que onera tão somente a sociedade. Inexistência de vínculo obrigacional entre os sócios a esse respeito. Ilegitimidade ad causam reconhecida de ofício quanto às pessoas desses.** Demandado Gustavo que nem sequer integra os quadros societários. Matéria cognoscível de ofício. Julgamento sem apreciação de mérito nesse particular. (...) (TJ-SP 0001911-88.2013.8.26.0132, Relator: Fabio Tabosa, Data de Julgamento: 16/06/2018, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 16/06/2018).

Da referida decisão, deve-se realçar o fragmento a seguir: “Mesmo no tocante aos sócios, como quer que seja, inexistente sequer em tese vínculo jurídico para com o autor em moldes tais que autorize o direcionamento contra eles de pretensão voltada ao cumprimento de obrigações que são da sociedade. Nem tampouco forneceu o autor justificativa circunstancial para tal direcionamento, sustentando eventual causa excepcional de responsabilização, incluindo os sócios no polo passivo ao que parece pela singela razão de figurarem juntamente com ele, autor, na sociedade. E não fica a situação alterada pela singela referência ao fato de terem eles, réus, segundo dito, o controle administrativo da pessoa jurídica, visto que em qualquer caso a obrigação pecuniária de pagamento (seja de *pro labore*, nos termos em que ajuizada a demanda, seja de pagamento de rateio de lucro líquido, como concretamente apreciada a pretensão) é da pessoa jurídica”.

Esse também é o entendimento da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

A saber:

DIREITO CIVIL. APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO (REPARTIÇÃO DE HAVERES E RESTITUIÇÃO DE LUCROS). RECURSO JÁ DOTADO DE EFEITO SUSPENSIVO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. REJEITADA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. SOCIEDADE EMPRESÁRIA. EXISTÊNCIA DISTINTA DA DE SEUS SÓCIOS. RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DOS SÓCIOS. APELAÇÕES CONHECIDAS E PARCIALMENTE PROVIDA A DO PRIMEIRO APELANTE. (...)

7. Os sócios da empresa são partes ilegítimas para figurar no polo passivo ação, pois são pessoas físicas diversas da pessoa jurídica, a qual deve responder pelo pedido indenizatório em face de o não recebimento do valor devido a título de distribuição proporcional de lucros da empresa Ré, visto que não há nenhuma previsão de sua responsabilização pessoal, tampouco incidente de desconsideração da personalidade jurídica da empresa demandada. (...)

(TJDFT – Acórdão 1407595, 07382575420188070001, Relator: Roberto Freitas Filho, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 10/3/2022, publicado no DJE: 24/3/2022).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. (...)

3. Legitimidade passiva. Sócio. Inocorrência. Em ação de cobrança movida por sócio cuja finalidade é o ressarcimento de valores decorrentes de pró-labore e dividendos da empresa, deve ser movida em desfavor da pessoa jurídica, isto é, sociedade empresária a qual faz parte, não sendo cabível a inclusão de outro sócio no polo passivo da demanda, **visto que não demonstrado, através dos fatos narrados à inicial, que o administrador (outro sócio), assumiu a obrigação de pagamento pessoal da verba controversa, tinha a obrigação de fazê-lo ou que atuou com culpa em tais questões financeiras e administrativas, nos termos do artigo 1.016 do Código Civil. (...)**

(TJ-GO 5433866-68.2017.8.09.0051, Relator: Ricardo Teixeira Lemos, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 30/11/2023).

Em seu voto, o relator Desembargador Ricardo Teixeira Lemos traz o raciocínio de que o sócio administrador apenas teria legitimidade para figurar no polo passivo da ação de cobrança caso existisse alguma previsão expressa no contrato social relacionada a sua responsabilização pessoal para o pagamento de tais verbas, ou então se ele tivesse atuado com culpa ao não distribuir corretamente os lucros sociais, atraindo a incidência do artigo 1.016 do Código Civil.

Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

Salienta-se que o que se encontra na grande maioria das ações de cobrança de lucros sociais ajuizadas no país é apenas a sociedade empresária presente no polo passivo, conforme exposto a seguir.

SOCIETÁRIO - OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM COBRANÇA - AUTOR APELADO QUE POSTULA A DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS - PRESCRIÇÃO – Inocorrência. O autor apelado JOSÉ CAETANO PIRES, na condição de sócio da ré MINÉRIOS GERAIS LTDA., tem direito à participação nos lucros da sociedade – Direito conferido aos sócios, nos termos dos artigos 1.007 e 1.008 do Código Civil DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS - Contrato social da ré apelante MINÉRIOS GERAIS LTDA. que

prevê distribuição de lucros de forma proporcional à participação societária, sendo o autor apelado titular de 50% das quotas do capital social - Ausência de “infração ao dever de lealdade” pelo autor, conforme decidido por esta 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial na Apelação nº 1009822-97.2017.8.26.0099. RECURSO DESPROVIDO.
(Apelação Nº 1005008-37.2020.8.26.0099. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Sérgio Shimura. Julgado em 22/11/2022).

Trata-se de acórdão proferido em face de recurso de apelação interposto pela empresa Minérios Gerais Ltda., que havia sido condenada a pagar à parte autora o valor correspondente aos lucros não distribuídos entre os anos de 2015 e 2019, equivalente a R\$ 1.730.898,31. A decisão traz passagens muito interessantes, particularmente:

“A distribuição dos lucros foi feita de forma desproporcional à participação societária, em violação ao que foi pactuado no contrato social da empresa. Ainda que se permita que os lucros sejam distribuídos de forma desigual entre os sócios, tal distribuição deve ser objeto de deliberação entre os sócios, o que não se vislumbrou no caso em tela. No caso em exame, os sócios pactuaram formalmente apenas o que consta do contrato social, no sentido de que os lucros ou prejuízos da sociedade serão divididos ou suportados pelos sócios na proporção das quotas de capital de cada um, o que não foi observado. A distribuição desigual não permite que apenas um dos sócios, ao seu alvedrio, resolva que somente ele receberá os lucros da sociedade, excluindo os demais sócios. Conforme o mencionado art. 1.008, CC, é vedada a exclusão de qualquer sócio na participação dos lucros e das perdas da sociedade. (...)”

A alegação da ré apelante de que o pagamento ao autor apelado trará resultado negativo nas contas da sociedade também não pode ser acolhida. Primeiro, que a procedência da ação não está condicionada à saúde financeira da empresa, a respeito da qual não há indicativo de que esteja deficitária. Segundo que tal alegação envolve fatos futuros e eventuais, não interferindo no resultado da demanda”.

Mais um exemplo bem-sucedido de ação de cobrança referente à distribuição de lucros sociais na qual somente a sociedade empresarial figura no polo passivo é apresentado abaixo.

APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS EM SOCIEDADE EMPRESARIAL. ÔNUS DA PROVA. Alegação de distribuição ficta dos lucros entre os sócios da empresa, a fim de evitar o chamamento deste para integralização de capital, não comprovada. **A ausência de demonstração do pagamento da parte dos lucros tocante ao demandante justifica a procedência do pedido.** RECURSO DESPROVIDO.
(Apelação Cível Nº 70030443014, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ângela Maria Silveira, Julgado em 09/09/2009).

No caso em tela, Rádio Fátima FM de Cruz Alta Ltda. interpôs recurso de apelação contra sentença que julgou procedente a ação de cobrança aforada por Ivalino Bullé, condenando a sociedade empresária ao pagamento de R\$ 41.600,00.

Na petição inicial foi exposto que o autor era possuidor de 32% do capital social da empresa demandada, contudo, havida a distribuição dos lucros entre os sócios, não recebeu a parte que lhe tocara, razão pela qual requereu a condenação da sociedade ao pagamento do valor devido, acrescido de correção monetária e juros legais.

A relatora Desembargadora Ângela Maria Silveira dispôs que “assim como considerado pelo Juízo a quo, é incontroverso o fato de ter havido a distribuição dos lucros da empresa demandada na data de 31.12.2005” e que “a alegada distribuição ficta de lucros, a fim de evitar uma chamada de capital para a aquisição de equipamento, da sede própria e a regularização junto ao Ministério das Comunicações, não resultou demonstrada”, negando assim provimento ao apelo.

Ressalta-se que apesar de não ser o mais comum na jurisprudência brasileira, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a possibilidade de a administradora da empresa figurar juntamente com a sociedade no polo passivo da ação de cobrança de lucros sociais.

O caso concerne à ação de cobrança ajuizada por Bruno Lavieri Lapetina em face de Revisa Engenharia Ltda. e Adriana Couto, na qual se discute a não distribuição correta dos lucros percebidos pela empresa requerida, da qual a parte autora é sócia.

Inicialmente, foi decidido pelo juízo de primeira instância que a ré Adriana Couto somente poderia responder pelo período em que atuou como administradora da empresa, acolhendo parcialmente a preliminar arguida para declarar que ela seria parte ilegítima para responder por eventuais perdas e danos ocorridos na administração antes do mês de maio de 2014, data em que supostamente teria tomado o encargo de administradora da sociedade empresarial.

Contra essa decisão, o requerente opôs embargos de declaração e posteriormente interpôs agravo de instrumento com a finalidade de que fosse reconhecido que a Sra. Adriana era sócia e administradora da empresa desde a sua constituição, em maio de 2009.

O agravo de instrumento foi provido e a decisão, conseqüentemente, alterada sob os argumentos de que “extrai-se do contrato social de fs. 22/35, cláusulas III.I e III.II, que a administração da sociedade era exercida pela sócia Adriana em conjunto com Marcos Lapetina, nomeado na mesma ocasião pelos sócios para também exercer

o cargo de administrador da sociedade. Considerando que o instrumento foi assinado em 11 de maio de 2009, é possível concluir que desde a constituição da sociedade, a agravada reúne as condições de sócia minoritária e administradora”.

A propósito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de cobrança de lucros sociais. Cabimento (CPC, parágrafo único do art. 354). Recurso interposto contra decisão de saneamento que reconheceu a ilegitimidade passiva, extinguindo parcialmente o processo com fundamento no art. 485, VI, CPC. Mérito. Alegação de que a agravada exerce a administração da sociedade desde a sua constituição, em maio de 2009. Previsão no contrato social e inexistência de afirmação em sentido contrário. Controvérsia reconhecida. Necessidade de reforma para que questão seja fixada como ponto controvertido. Limitação temporal afastada. Abertura da instrução quanto à distribuição desproporcional dos lucros desde aquela data. Decisão alterada. Recurso provido.

(Agravo de Instrumento Nº 2109278-09.2017.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Hamid Bdine. Julgado em 09/08/2017).

O acórdão do agravo de instrumento traz trechos muito pertinentes que podem ser utilizados para justificar a legitimidade passiva do administrador nas ações de cobrança alusivas à distribuição de lucros sociais, em especial:

“Por fim, há que se esclarecer que a necessidade de reforma não decorre da qualidade de sócia minoritária da agravada, como pretendia o agravante. Isso porque, o pedido formulado na inicial tem como causa de pedir o descumprimento de obrigações próprias da administração da sociedade.

Ainda que afirme que foi a qualidade de sócia da agravada que lhe permitiu receber os lucros sociais da empresa, é inequívoco que o ilícito não repousa no recebimento em si, mas no recebimento a maior, isto é, naquilo que ultrapassa o montante correspondente a sua participação societária. Entretanto, no recebimento há uma postura meramente passiva; a ação está consubstanciada no repasse, na distribuição dos lucros e esta é de responsabilidade dos administradores.

Aliás, o próprio agravante reconhece essa dinâmica quando diz que ‘a administração foi o meio de que se valeu a Sra. Adriana para retirar lucros desproporcionais à participação que detém na sociedade’. (...)

Nota-se, portanto, que a pretensão do agravante se funda, de um lado, no seu direito ao recebimento dos lucros sociais de forma proporcional a sua participação societária e, de outro, na responsabilidade dos administradores de efetuar o respectivo repasse”.

Adiante, sobreveio sentença julgando procedentes os pedidos formulados pelo autor para que as requeridas fossem condenadas ao pagamento referente à diferença de distribuição desproporcional de lucros nos exercícios de 2009 a 2015, no montante de R\$ 2.044.801,56, corrigido monetariamente a partir da data da distribuição incorretamente realizada.

A ré Adriana Couto interpôs recurso de apelação que, no entanto, não foi conhecido. Ocorre que, após a interposição do recurso, os advogados que patrocinavam os interesses da apelante renunciaram ao mandato e, apesar de ter sido regularmente notificada, ela não constituiu novos patronos. Assim, não sanado o vício processual, o caso foi de não conhecimento do apelo.

APELAÇÃO - Juízo de admissibilidade - Hipótese em que houve a regular renúncia do patrono da apelante - Intimação efetivada nos termos do art. 76, §2º do CPC – AR devolvido pelo motivo 'rejeitado' - Não conhecimento do recurso - Ônus da parte em manter atualizado o endereço (art. 77, V, do CPC) - Recurso não conhecido.
(Apelação Nº 1073857-97.2016.8.26.0100. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: J. B. Franco de Godoi. Julgado em 22/10/2021).

2.3 TUTELA PROVISÓRIA E ÔNUS DA PROVA

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já reconheceu a possibilidade da concessão de tutela provisória de urgência em ação de cobrança para o pagamento da distribuição de lucros nos casos em que tal prestação tem natureza alimentar ao sócio da empresa.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO – DECISÃO AGRAVADA QUE DEFERE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DETERMINANDO ÀS REQUERIDAS/AGRAVANTES O PAGAMENTO DA DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS EM FAVOR DA AUTORA/AGRAVADA, DE FORMA EQUÂNIME ÀS DEMAIS SÓCIAS E PROPORCIONALMENTE ÀS COTAS SOCIAIS – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS HÁBEIS EM DEMONSTRAR QUE HAVERIA ALGUM ACORDO DISTINTO PARA A DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS – PREVALÊNCIA, POR ORA, DAS REGRAS GERAIS DOS ARTIGOS 1.007 E 1.008 DO CÓDIGO CIVIL – PERIGO DE DANO – EXISTÊNCIA – NATUREZA DE VERBA ALIMENTAR À AGRAVADA – AUSÊNCIA DE PERIGO DE DANO INVERSO OU DE IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA – REQUISITOS DO ARTIGO 300 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PRESENTES – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
(Agravado de Instrumento Nº 0058069-43.2019.8.16.0000; 17ª Câmara Cível; Tribunal de Justiça do Paraná. Relator: Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin. Julgado em 10/07/2020).

Trata-se de acórdão proferido em face de agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu parcialmente a tutela provisória de urgência pleiteada pela agravada para determinar que as empresas Centro de Educação Infantil Premier Kids Ltda. - ME e Escola Primeira Infância S/S Ltda. - ME procedessem o depósito judicial mensal dos valores oriundos de distribuição antecipada de lucros pagos aos demais sócios, observada a proporção das cotas sociais da requerente.

A relatora esclareceu que “o perigo de dano de difícil ou incerta reparação decorre da natureza alimentar que r. pagamento tem à Agravada” e que “cai por terra a tese do perigo de dano inverso, prejudicial portanto às Requeridas/Agravantes, vez que tais pagamentos decorrem das obrigações naturais da sociedade até sua eventual dissolução”.

Complementou ainda que “não se vislumbra, por outro lado, a irreversibilidade da medida, considerando que eventuais valores devidos pela Agravada poderão ser compensados em futura e eventual apuração de haveres da sociedade”, mantendo assim a concessão da tutela provisória de urgência para que a autora/agravada fosse incluída na distribuição de lucros sem qualquer distinção e proporcionalmente às suas cotas sociais.

Finalmente, deve-se esclarecer também que o ônus da prova na ação de cobrança de lucros sociais incumbe à parte autora, de maneira que não havendo comprovação do dever de ressarcimento, a improcedência do pedido é a medida que se impõe.

Veja-se:

AÇÃO DE COBRANÇA - DIFERENÇA NA DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS SOCIETÁRIOS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO AUTORAL - ÔNUS DA PROVA - AUTOR - INTELIGÊNCIA DO ART. 333, I DO CPC - SENTENÇA MANTIDA.
(Apelação Cível Nº 1.0079.09.971829-2/001 – Comarca de Contagem; Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: Desembargador Wanderley Paiva. Julgado em 13/03/2013).

No caso em questão, narra o autor/apelante ter sido sócio da empresa requerida, sendo que em auditoria realizada na sede da sociedade supostamente teria sido apurado em seu favor um crédito no valor de R\$ 167.254,57. Contudo, ele não se desincumbiu do ônus que lhe cabia, qual seja, a comprovação dos fatos constitutivos de sua pretensão.

O entendimento jurisprudencial consolidado é de que, “pretendendo o autor a cobrança de valores referentes a diferença na distribuição de lucros em empresa na qual era sócio, cumpre a ele fazer prova de que é dever do requerido arcar com tais danos”. Dessa forma, diante da ausência de provas aptas a dar ensejo à pretensão autoral, foi negado provimento à apelação para manter a sentença tal como proferida.

2.4 CONTRATO SOCIAL

A perspectiva de procedência da ação de cobrança de lucros declarados e não pagos está intimamente ligada ao conteúdo do contrato social da empresa em relação à qual a parte autora deseja receber sua parcela dos ganhos.

Isso porque, na sociedade limitada, a política de distribuição dos resultados financeiros é matéria a ser negociada entre os sócios, de preferência mediante cláusula do contrato social. Nessa perspectiva, o ideal é que a temática relativa à participação nos lucros esteja devidamente disciplinada no contrato social da empresa, visando garantir sua efetividade.

Entretanto, no silêncio do contrato social a respeito da forma de distribuição dos lucros, é possível que seja adotada a Lei das Sociedades Anônimas de maneira supletiva, caso haja previsão expressa nesse sentido, nos termos do artigo 1.053, parágrafo único, do Código Civil.

Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.

Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

Sendo essa a situação, destaca-se que o artigo 202 da Lei 6.404/76 estabelece que, lacunoso o estatuto social, pelo menos metade do lucro líquido ajustado do exercício deve ser destinado aos acionistas.

Art. 202. Os acionistas têm direito de receber como dividendo obrigatório, em cada exercício, a parcela dos lucros estabelecida no estatuto ou, se este for omissivo, a importância determinada de acordo com as seguintes normas:

I - Metade do lucro líquido do exercício diminuído ou acrescido dos seguintes valores:

a) importância destinada à constituição da reserva legal (art. 193); e
b) importância destinada à formação da reserva para contingências (art. 195) e reversão da mesma reserva formada em exercícios anteriores;

II - O pagamento do dividendo determinado nos termos do inciso I poderá ser limitado ao montante do lucro líquido do exercício que tiver sido realizado, desde que a diferença seja registrada como reserva de lucros a realizar (art. 197);

III - Os lucros registrados na reserva de lucros a realizar, quando realizados e se não tiverem sido absorvidos por prejuízos em exercícios subsequentes, deverão ser acrescidos ao primeiro dividendo declarado após a realização.

Na hipótese de o contrato social ser omissivo tanto em relação à distribuição dos lucros quanto à aplicação subsidiária da Lei das Sociedades Anônimas, tem-se que cabe à assembleia de sócios deliberar acerca do destino do lucro apurado no período.

Nesse caso, nota-se que não é possível impor à sociedade a obrigação de dividir lucros entre os sócios, se esses assim não deliberaram. Essa foi justamente a situação que ocorreu no julgamento da Apelação Cível nº 1.0000.22.239718-4/001, ocasião na qual a 21ª Câmara Cível Especializada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais reputou como indevida a cobrança da parte autora (que detinha 20% das quotas sociais) relacionada à participação nos lucros, ante a ausência de disposições acerca da distribuição dos resultados e da aplicação supletiva da Lei 6.404/76 no contrato social, bem como em razão da falta de deliberação sobre a matéria na assembleia de sócios.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - INÉPCIA DA INICIAL E FALTA DE INTERESSE DE AGIR - PRELIMINARES REJEITADAS - DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS - SOCIEDADE LIMITADA - CONTRATO SOCIAL SEM PREVISÃO DE OBRIGATORIEDADE NA DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS - NÃO ADOÇÃO DA LEI DE SOCIEDADE ANÔNIMA DE FORMA SUPLETIVA - DELIBERAÇÃO DOS SÓCIOS POR MAIORIA - DESTINO DO LUCRO À DISTRIBUIÇÃO ENTRE OS SÓCIOS - AUSÊNCIA DE PROVA DA SUA OBRIGATORIEDADE - COBRANÇA INDEVIDA. (...)

- A distribuição de lucros deve estar disciplinada no contrato social e, na sua ausência, pode ser adotada a lei de sociedade anônima que impõe a divisão de pelo menos parte dos lucros, mas apenas se houver a adoção dessa legislação de forma supletiva.

- No silêncio do contrato social, seja quanto à forma de distribuição de lucros, seja quanto à adoção da lei especial, cabe à assembleia de sócios deliberar acerca do destino do lucro apurado no período.

(TJ-MG - AC: 50019908220218130707, Relator: Des. José Eustáquio Lucas Pereira, Data de Julgamento: 26/07/2023, 21ª Câmara Cível Especializada, Data de Publicação: 26/07/2023).

Do voto do relator Desembargador José Eustáquio Lucas Pereira, enfatiza-se as seguintes passagens:

"Mas os sócios minoritários devem estar atentos, ao firmarem o contrato social, para que a redação da cláusula sobre a destinação do resultado não acabe frustrando suas expectativas. Explico-me: se o contrato social não elege a LSA como diploma de regência supletiva e contiver algo como "ao término do exercício social, serão levantados os demonstrativos obrigatórios pela lei, cabendo aos sócios deliberar a destinação do resultado", essa fórmula aparentemente inócua esconde um dos mecanismos de maior lesividade aos interesses da minoria. De fato, se a negociação resulta em texto que atribui, genericamente, aos sócios a deliberação acerca da destinação do resultado, irá prevalecer, sempre, a vontade da maioria societária. Enquanto o titular ou titulares de mais da metade do capital social considerarem conveniente à sociedade a retenção dos lucros, nenhum percentual destes será repartido entre os sócios. Como não existe, no Código Civil, seja no Capítulo relacionado à sociedade limitada, seja no pertinente à sociedade civil, nenhuma disposição sobre destinação de resultados, e, à falta de expressa previsão no contrato social atinente à aplicação subsidiária da LSA, é na disciplina da sociedade civil que se encontrarão as normas de regência supletiva, segue-se que a vontade do sócio majoritário é livre para deliberar a retenção da totalidade dos lucros, lesando os interesses básicos dos minoritários. (...)

No caso dos autos, verifica-se que o contrato social e suas alterações não tratam da distribuição de lucros entre os sócios (ordem nº 23/27), prevendo apenas que lucros e prejuízos serão distribuídos proporcionalmente às cotas sociais. (...)

E também não consta a eleição da Lei de S.A. para aplicação supletiva.

Assim, diante do silêncio no contrato social, em cada exercício, a reunião ou assembleia de sócios deverá decidir qual o destino do valor apurado a título de lucro, podendo ser, por exemplo, reinvestido na sociedade ou distribuído entre os sócios, integralmente ou parcialmente. (...)

Acrescente-se que não há nos autos o que foi decidido em Assembleia de Sócios realizada no dia 30/04/2021, muito menos que restou acertada a distribuição de lucros entre os sócios ou que a sócia autora foi preterida, enquanto os demais sócios receberam pelos lucros, ônus que cabia à parte autora, nos termos do art. 373, I, do CPC. (...)

Portanto, não há como impor à sociedade a obrigação de dividir lucros entre os sócios, se esses assim não deliberaram, não cabendo, ainda, ao Poder Judiciário substituir a vontade dos sócios, posto que essa deve prevalecer, com a intervenção mínima diante da Lei de Liberdade Econômica”.

Assim, os sócios devem sempre estar atentos às disposições do contrato social no tocante à política de participação nos ganhos, na medida em que o direito de receber sua parcela dos resultados está condicionado à previsão expressa de obrigatoriedade da distribuição dos lucros por parte da sociedade empresária.

3. LUCROS ILÍCITOS E FICTÍCIOS

De início, deve-se esclarecer o que se entende por lucros ilícitos e fictícios. Cezar Peluso expõe que “a violação das regras contábeis e a elaboração de lançamentos sem vinculação exata com as operações concretizadas geram, respectivamente, lucros ilícitos e fictícios”².

Sobre o tema, Manoel de Queiroz Pereira Calças afirma que “o pagamento de lucros ilícitos, isto é, não contabilizados, ou fictícios, que resultam de manipulação do balanço de resultado econômico, acarreta a responsabilidade solidária dos administradores que a promoverem, bem como dos sócios que receberam os dividendos, conhecendo ou devendo conhecer-lhes a ilicitude, impondo-se, por tal motivo, a restituição”³.

² PELUSO, Cezar. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916 - 4. cd. rev. e atual. - Barueri, SP: Manole, 2010, p. 1005.

³ NANNI, Giovanni E. Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo (2nd edição). Editora Saraiva, 2021, p. 872.

Para mais, Alfredo de Assis Gonçalves Neto explica que “lucros ilícitos são os decorrentes de valores não contabilizados, que não figuram na escrituração da sociedade, mas em contas paralelas, decorrentes de negócios jurídicos ocultos, não documentados e, portanto, não considerados nem mencionados nas contas do exercício social” e “fictícios, e também ilícitos, são os valores decorrentes de contas, manipuladas ou não, distribuídos sem lastro”⁴.

Ainda, segundo Gonçalves Neto “na expressão ‘ilícitos’, contida no texto legal, deve ser inserida, também, a distribuição que não observa a proporção de participação dos sócios nos lucros sociais. Essa situação ocorre quando há lucros suscetíveis de distribuição, mas ela é feita aquinhoando um sócio ou mais sócios em detrimento de toda ou de parte da participação proporcional que caberia ao sócio ou aos sócios remanescentes”⁵.

3.1 AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 1.009 DO CÓDIGO CIVIL

Conforme preceitua o artigo 1.009 do Código Civil, “a distribuição de lucros ilícitos ou fictícios acarreta responsabilidade solidária dos administradores que a realizarem e dos sócios que os receberem, conhecendo ou devendo conhecer-lhes a ilegitimidade”.

Ante tal previsão legal, pode-se pensar na possibilidade de se ingressar com ação de responsabilidade civil em face dos administradores e dos sócios da empresa na hipótese de ocorrência da distribuição de lucros ilícitos e/ou fictícios, tendo como alicerce jurídico o dispositivo 1.009 do diploma civil brasileiro.

De maneira geral, a responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar o dano causado a outrem. Didaticamente, Sérgio Cavalieri Filho esclarece que “responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”⁶.

⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de Empresa: Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 9 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 237.

⁵ Ibid., p. 238.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 15. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2022.

De acordo com os ensinamentos de Maria Helena Diniz, pode-se classificar a responsabilidade civil quanto ao seu fato gerador, em relação ao seu fundamento e relativamente à vinculação do agente⁷.

A respeito do fato gerador, a responsabilidade civil pode ser compreendida como contratual ou extracontratual. Quando o dano decorre de um ilícito contratual, caracterizado pela violação ao dever convencionado, ou propriamente pelo inadimplemento da obrigação contratada, se está diante da responsabilidade civil contratual.

Já na responsabilidade civil extracontratual, o dever de indenizar surge do ato ilícito em si, na medida em que o agente infringe o dever legal de conduta imposto genericamente nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

No que se refere ao fundamento, pode-se destringir a responsabilidade civil em subjetiva e objetiva. Na responsabilidade civil subjetiva, a prova da culpa *lato sensu* (abrangendo dolo e culpa em sentido estrito) é pressuposto necessário do dano indenizável. Por sua vez, na responsabilidade objetiva é dispensável provar a culpa do agente, bastando a demonstração do dano e o nexo causal entre a conduta e o prejuízo, conforme disposto no parágrafo único do artigo 927 do Codex Civil.

Art. 927. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Por último, no tocante à vinculação do agente, a responsabilidade civil pode ser direta ou indireta. De forma simples, a responsabilidade civil direta é aquela em que o agente causador do dano é o responsável por sua reparação, enquanto a responsabilidade civil indireta diz respeito aos casos em que o responsável pela

⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume VII. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

reparação é pessoa distinta da causadora direta da lesão, a exemplo do artigo 932 do Código Civil.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - O tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - O empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - Os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

3.2 RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES, DOS SÓCIOS E DA SOCIEDADE

A classificação proposta por Maria Helena Diniz pode ser utilizada como premissa para uma melhor compreensão acerca da responsabilidade civil dos sócios e administradores referente à distribuição de lucros ilícitos e fictícios.

Em relação ao fato gerador, a responsabilidade civil tanto dos administradores quanto dos sócios deve ser entendida como extracontratual, na medida em que decorre diretamente da lei, mais especificamente do artigo 1.009 do Código Civil.

Nessa lógica, verifica-se que tal responsabilidade surge em razão do descumprimento de um dever legal, não estando relacionada à violação de disposições do contrato social ou de qualquer outro instrumento convencionado entre as partes.

No que tange ao fundamento, a responsabilidade civil dos sócios e administradores atinente à distribuição de lucros ilícitos e fictícios é subjetiva, sendo a culpa do agente requisito essencial que justifica e fundamenta sua configuração.

Nada obstante, há uma diferença significativa em relação ao ônus da prova do elemento culpa para os sócios e para os administradores. Isso porque, por um lado, é necessário à parte autora da ação de responsabilidade civil provar o conhecimento (ou dever de conhecimento) dos sócios quanto à ilegitimidade dos ganhos por eles recebidos, como se observa do trecho final do artigo 1.009 do diploma civil, seguindo a regra geral prevista no dispositivo 373, inciso I, do Código de Processo Civil.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - Ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - Ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

De outra forma, tem-se uma situação jurídica de culpa presumida dos administradores que realizam a distribuição de lucros ilícitos ou fictícios, na medida em que o fato lesivo é considerado, por si só, como culposos.

Pode-se compreender a culpa presumida como uma “modalidade de responsabilidade subjetiva, nas quais, em regra, com o intuito de facilitar a reparação do dano, a legislação inverte o ônus da prova, presumindo-se a culpa do causador do dano”⁸.

Deve-se reforçar que nas hipóteses de culpa presumida não há eliminação da culpa como pressuposto da responsabilidade civil, mas apenas e tão somente a transferência do ônus de sua prova, cabendo ao lesante, *in casu*, o administrador (e não mais à vítima) fazer a prova contrária.

Aponta-se que tal presunção de culpa decorre das obrigações dos administradores, sendo dever destes demonstrar a licitude do lucro distribuído. Ressalta-se que a responsabilidade dos administradores nas sociedades limitadas é regida pela aplicação subsidiária das normas relativas à sociedade simples, uma vez que o regramento específico das sociedades limitadas, qual seja, os artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil, não dispõe sobre o tema, aplicando-se assim o dispositivo 1.011 do diploma civil.

Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

No que concerne à vinculação do agente, a responsabilidade civil decorrente da distribuição de lucros ilícitos e fictícios é direta para os administradores e indireta para os sócios, porquanto no recebimento de tais ganhos há uma postura meramente passiva dos sócios, estando o ato ilícito configurado no repasse realizado pelos administradores.

Assim, a responsabilidade civil é direta para os administradores, pois eles são os responsáveis imediatos por causar o dano, ao passo que é indireta para os sócios que, apesar de não serem os agentes causadores da lesão, serão responsabilizados

⁸ BRAGA NETTO, Felipe. Responsabilidade Civil. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 81.

em razão de conhecerem (ou deverem conhecer) a ilegitimidade das quantias por eles recebidas.

Ademais, deve-se ressaltar que o Código Civil de 2002 ampliou a responsabilidade dos administradores no tocante à distribuição de lucros ilícitos ou fictícios. De acordo com Anderson Schreiber, “ao se referir a administrador, o Código Civil está se dirigindo a quem foi alçado ao cargo de direção da pessoa jurídica, quer pelo contrato social, quer por ato separado, pouco importando a sua condição de sócio” de maneira que “todo administrador de sociedade, quer seja sócio ou não, passa a ser responsável pelos atos que praticar, podendo ser responsabilizado pessoalmente por todos os atos que causem danos à sociedade”⁹.

Por fim, uma situação de grande divergência doutrinária diz respeito à responsabilidade da sociedade pela distribuição de lucros ilícitos e fictícios. Isso porque o artigo 1.009 do Código Civil versa expressamente apenas acerca da responsabilidade civil dos administradores e dos sócios, não fazendo menção à eventual possibilidade de responsabilização da empresa pelos prejuízos ocasionados.

Nesse cenário, alguns autores sustentam a tese de que a sociedade empresária não seria responsável pela distribuição de lucros ilícitos e fictícios realizada pelos seus administradores, de modo que o patrimônio da pessoa jurídica não poderia ser atingido para recomposição dos danos gerados.

Entre os juristas que apresentam tal posicionamento está Cezar Peluso, que defende que “os administradores, portanto, respondem, pessoal e diretamente, pelos danos causados, vinculando, quando demonstrada a distribuição de lucros ilícitos ou fictícios, o próprio patrimônio individual ao pagamento de indenizações decorrentes. Não se investiga, aqui, a má-fé dos gestores, estabelecendo-se solidariedade entre todos aqueles dotados de poderes de gerência”¹⁰.

Por outro lado, há também parte da doutrina que apoia a ideia de que a responsabilidade dos sócios e administradores pela distribuição de lucros ilícitos e fictícios é subsidiária, de maneira que a solidariedade prevista no dispositivo 1.009 do

⁹ SCHREIBER, Anderson. Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1445.

¹⁰ PELUSO, op. cit., p. 1005.

diploma civil se verificaria apenas na hipótese de a sociedade não possuir patrimônio suficiente para adimplir com as obrigações.

Nessa perspectiva é a compreensão de James Eduardo Oliveira, que adota o pensamento de que “a distribuição de lucros ilícitos ou fictícios só acarreta a responsabilidade solidária dos administradores em caso de situação patrimonial deficitária da sociedade”, de forma que “se apesar da distribuição irregular de lucros o patrimônio da sociedade continua suficiente para adimplir suas obrigações perante terceiros, não há que se cogitar da responsabilização solidária dos administradores”¹¹.

Ainda nesse sentido, deve-se mencionar o Enunciado 59 da I Jornada de Direito Civil, que determina que “os sociogestores e os administradores das empresas são responsáveis subsidiária e ilimitadamente pelos atos ilícitos praticados, de má gestão ou contrários ao previsto no contrato social ou estatuto, consoante estabelecem os arts. 990, 1.009, 1.016, 1.017 e 1.091, todos do Código Civil”.

Destarte, conclui-se que a questão relativa à responsabilidade da sociedade empresária se mostra uma temática ainda controversa no direito brasileiro, alvo de diferentes interpretações e cuja discussão se mostra muito válida para averiguar se os sócios e administradores responderiam tão somente de modo subsidiário pelas lesões causadas em decorrência da distribuição de lucros ilícitos e fictícios, ou então se sua responsabilização seria pessoal e direta, afastando assim a legitimidade da pessoa jurídica para figurar no polo passivo da lide.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar os desafios jurídicos relacionados aos lucros declarados e não pagos, bem como aos lucros ilícitos ou fictícios, discorrendo acerca dos meios de tutela dos direitos envolvidos nessas situações.

Foi apresentada a ação de cobrança como medida judicial apta a assegurar o direito do sócio de receber a parcela dos resultados da empresa declarados à autoridade fiscal proporcional a sua participação no capital social.

¹¹ OLIVEIRA, James E. Código Civil Anotado e Comentado, 2ª edição. Grupo GEN, 2010, p. 898.

A análise jurisprudencial realizada evidenciou que o entendimento predominante é de que, em regra, a legitimidade para figurar no polo passivo da ação de cobrança de lucros sociais é da sociedade empresária. No entanto, é possível que o sócio administrador detenha legitimidade passiva nas hipóteses de desconstituição da personalidade jurídica, de previsão de sua responsabilização pessoal ou de atuação com culpa no desempenho de suas funções.

Ainda, foi demonstrada a possibilidade da concessão de tutela provisória de urgência nos casos em que a prestação relativa aos ganhos declarados e não pagos tem natureza alimentar ao sócio da empresa, além de ter sido reforçada a importância do contrato social como instrumento regulador da política de distribuição dos lucros.

Ato contínuo, foi explorado o tema dos lucros ilícitos e fictícios, trazendo a ação de responsabilidade civil com fundamento no artigo 1.009 do Código Civil como mecanismo legal de significativa relevância para garantia da reparação dos danos ocasionados pela distribuição irregular de tais verbas.

Ademais, foi utilizada a classificação proposta por Maria Helena Diniz para melhor compreender a responsabilidade civil dos administradores e sócios pela distribuição (e recebimento) de lucros ilícitos ou fictícios. Apesar da responsabilidade de ambos poder ser categorizada na qualidade de extracontratual e subjetiva, deve-se pontuar a situação jurídica de culpa presumida dos administradores decorrente de seus deveres e obrigações.

Finalmente, foi destacada a divergência doutrinária quanto à responsabilidade da sociedade pela distribuição de lucros ilícitos ou fictícios, especialmente em razão do artigo 1.009 do diploma civil não fazer menção à eventual possibilidade de responsabilização da empresa pelos prejuízos gerados, apresentando o posicionamento de diferentes juristas sobre a matéria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAGA NETTO, Felipe. **Responsabilidade Civil**. São Paulo, Saraiva, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume VII. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**: Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 9 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NANNI, Giovanni E. **Comentários ao Código Civil**: Direito Privado Contemporâneo (2nd edição). Editora Saraiva, 2021.

OLIVEIRA, James E. **Código Civil Anotado e Comentado**. 2ª edição. Grupo GEN, 2010.

PELUSO, Cezar. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916 - 4. cd. rev. e atual. - Barueri, SP: Manole, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**, vol. 1. São Paulo: RT, 2015.