

# Cadernos Jurídicos

## Direito Empresarial

ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA

Ano 16 - Número 39 - Janeiro-Março/2015



Escola Paulista da Magistratura  
São Paulo, 2015



## ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA

### *Diretor*

DESEMBARGADOR FERNANDO ANTONIO MAIA DA CUNHA

### *Vice-Diretor*

DESEMBARGADOR MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS

### *Conselho Consultivo e de Programas*

DESEMBARGADOR ITAMAR GAINO  
DESEMBARGADOR ANTONIO CARLOS VILLEN  
DESEMBARGADOR ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ  
DESEMBARGADOR LUIZ AUGUSTO DE SIQUEIRA  
DESEMBARGADOR FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO  
DESEMBARGADORA MARIA DE LOURDES RACHID VAZ DE ALMEIDA  
JUIZ CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY

### *Coordenador da Biblioteca e Revistas*

DESEMBARGADOR WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI

### *Coordenador da edição de Direito Empresarial*

JUIZ MARCELO BARBOSA SACRAMONE

# **Cadernos Jurídicos**

## **Direito Empresarial**

ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA

---

CADERNOS JURÍDICOS / Escola Paulista da Magistratura  
V. 1, nº 1 (2000) - São Paulo: Escola Paulista da Magistratura

Quadrimestral

2000, v. 1 (1 - 2)

2001, v. 2 (3 - 4 - 5 - 6)

2002, v. 3 (7 - 8 - 9 - 10 - 11 - 12)

2003, v. 4 (13 - 14 - 15 - 16 - 17 - 18)

2004, v. 5 (19 - 20 - 21 - 22 - 23 - 24)

2005, v. 6 (25)

2006, v. 7 (26 - 27 - 28)

2007, v. 8 (29 - 30)

2008, v. 9 (31)

2009, v. 10 (32)

2011, v. 12 (33)

2012, v. 13 (34 - 35)

2013, v. 14 (36 - 37)

2014, v. 15 (38)

2015, v. 16 (39)

Direito

CDU 34(05)

Jurisprudência

CDU 35(05)

---

ISSN 1806-5449



**Escola Paulista da Magistratura**  
Rua da Consolação, 1.483 - 1º ao 4º andar  
01301-100 - São Paulo - SP  
(11) 3256-6781 / 3257-0356  
[www.epm.tjsp.jus.br](http://www.epm.tjsp.jus.br)  
[imprensaepm@tjsp.jus.br](mailto:imprensaepm@tjsp.jus.br)

1. Da cessão fiduciária de crédito na recuperação judicial: análise da jurisprudência <i>Manoel de Queiroz Pereira Calças e Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira e Silva</i> .....	9
2. Recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte Modificações introduzidas pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014 <i>Manoel Justino Bezerra Filho</i> .....	21
3. Efeitos da recuperação judicial sobre as garantias prestadas por terceiros <i>Pedro Rebello Bortolini e Renata Mota Maciel M. Dezem</i> .....	33
4. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos <i>Daniel Carnio Costa</i> .....	59
5. Aspectos legais da crise da empresa e sua viabilidade na lei de recuperação judicial <i>Márcia Blanes</i> .....	79
6. A função social da empresa e o desenvolvimento nacional <i>Paulo Henrique Ribeiro Garcia</i> .....	91
7. Destituição dos membros do Conselho de Administração de sociedades anônimas eleitos pelos minoritários, preferencialistas e trabalhadores <i>Marcelo Barbosa Sacramone</i> .....	119
8. Exclusão e retirada de sócios na sociedade Ltda. <i>Luiz Fernando Silva Oliveira</i> .....	137
9. Breves notas a respeito da não superação do conceito de <i>affectio societatis</i> em matéria de resolução de acordo de acionistas <i>Alexandre Bucci</i> .....	157
10. Contratos de seguro, mutualismo, solidariedade e boa-fé: análise de decisões judiciais <i>Eduardo Calvert</i> .....	171
11. Resilição contratual - Relações civis-empresariais - Interpretação do art. 473, parágrafo único, CC - Consequências do exercício da resilição unilateral - Indenização x prolongamento do contrato <i>Paulo Rogério Bonini</i> .....	191



## Prefácio

Fomos honrados com a missão de prefaciá-la presente edição dos “Cadernos Jurídicos” da Escola Paulista da Magistratura, que passaram a publicar artigos doutrinários temáticos. Já foram lançadas edições sobre os temas “Saúde”, “Direito Urbanístico” e “Violência Doméstica”. Agora, foi contemplado o Direito Empresarial, em uma obra que é fruto dos trabalhos do Núcleo de Estudos em Direito Empresarial da EPM.

É preciso recordar que os autores dinamizaram o Direito Empresarial na Escola Paulista da Magistratura. A partir da realização do 5º Curso de Pós-Graduação, que ajudamos a coordenar, formou-se o Núcleo de Estudos que, depois de várias reuniões e reflexões sobre os mais variados temas do Direito Empresarial, apresentou como resultado a oferta de verdadeira obra doutrinária.

Os autores dos artigos que ilustram esta edição dos “Cadernos Jurídicos” possuem profundo conhecimento do Direito Empresarial. Os textos traduzem o pensamento doutrinário sobre aspectos controvertidos da recuperação das empresas, bem como a respeito de Direito Societário e outros que envolvem as variadas e complexas relações dos empresários.

Também é importante ressaltar que se trata da primeira publicação temática da EPM elaborada exclusivamente por magistrados, atendendo a um dos objetivos centrais da criação dos Núcleos de Estudos, que é incentivar a produção doutrinária dos magistrados sobre temas práticos da judicatura, de forma a contribuir para o aprimoramento da área e do próprio Judiciário.

A Escola Paulista da Magistratura, honrada e agradecida, cumprimenta os autores e se sente realizada em apresentar esta coletânea de artigos de Direito Empresarial, esperando que possam servir para a reflexão dos magistrados, assim como dos advogados, estudantes e outros profissionais que atuam na área.

***Fernando Antonio Maia da Cunha***  
Diretor da EPM

***Manoel de Queiroz Pereira Calças***  
Vice-Diretor da EPM





# Da cessão fiduciária de crédito na recuperação judicial: análise da jurisprudência

*Manoel de Queiroz Pereira Calças*<sup>1</sup>

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

*Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira e Silva*<sup>2</sup>

Advogada

## 1. Introdução

A Lei nº 11.101/2005, ao disciplinar a recuperação judicial, exclui expressamente diversas categorias de créditos de sua abrangência. O art. 49 “caput”, após afirmar que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, relaciona os titulares de créditos que não se subordinam ao instituto da recuperação. Não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial os créditos dos credores titulares da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóveis cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio (§ 3º do art. 49). Excluídos também estão da recuperação judicial os créditos decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio para exportação – ACC – disciplinados no art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728/65. (§ 4º do art. 49 e inciso II do art. 86).

O Código Tributário Nacional estabelece que a cobrança judicial do crédito tributário não se sujeita à recuperação judicial (art. 187), mercê do que o art. 6º da Lei de Recuperação e Falências, ao impor a suspensão das ações e execuções contra o devedor que obtiver o deferimento do processamento de sua recuperação judicial, preconiza no parágrafo 7º que “as execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial”.

Em resumo, ressalvadas as exceções acima apontadas, todos os créditos de responsabilidade da empresa devedora que existirem na data do pedido de recuperação judicial, ainda que não vencidos, submetem-se a seus efeitos. De tal previsão legal resulta que não se sujeitam à recuperação judicial os débitos da empresa recuperanda que forem constituídos após requerimento da recuperação.

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito Largo São Francisco (USP), da PUCSP, da UNINOVE e da Faculdade de Direito de Bauru (ITE). Vice-Diretor da Escola Paulista da Magistratura.

<sup>2</sup> Doutora, Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *Visiting academic* da *Phanthéon-Assas/Université Paris 2*. Professora convidada da Universidade de Montpellier 1. Professora de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Bauru (ITE).

Importa ressaltar que a jurisprudência da Câmara especializada em direito empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, consolidou o entendimento de que os créditos provenientes de fatos, relações ou negócios jurídicos anteriores ao pedido de recuperação, cuja declaração e reconhecimento derivarem de sentença prolatada após o ajuizamento da recuperação judicial, submetem-se aos efeitos da recuperação judicial. Fundamenta-se tal jurisprudência na assertiva de que tais créditos já existiam antes do ajuizamento da recuperação judicial, e a sentença que o reconhecer tem apenas o efeito de declarar a sua existência e a obrigação da recuperanda de realizar o respectivo pagamento.

Neste sentido:

*Habilitação de crédito. Ausência de trânsito em julgado da decisão que reconhece a existência do crédito e determina seu “quantum” não constitui óbice à inserção do crédito em plano de recuperação judicial. Inteligência do artigo 49 da Lei nº 11.101/05. Hipótese em que o direito de crédito tem existência anterior ao pedido de recuperação judicial, apenas pendia de reconhecimento e determinação exata de seu valor pelo Poder Judiciário. Crédito constituído antes do pedido de recuperação, mas ilíquido, se encontra sujeito aos efeitos da moratória, apenas com a peculiaridade de ensejar pedido de reserva da importância devida, nos termos do § 3º do art. 6º da Lei nº 11.101/05, no aguardo do trânsito em julgado da sentença condenatória proferida na fase de conhecimento. Recurso provido (Agravo de Instrumento nº 0229597-50.2011.8.26.0000, Rel. Des. FRANCISCO LOUREIRO, j. em 31/07/2011, v.u.). No mesmo sentido: Agravo de Instrumento nº 029698-95.2012.8.26.0000, Rel. Des. MAIA DA CUNHA, j. em 26/02/2013, v.u.*

Neste ensaio, examinaremos uma das questões mais polêmicas vinculadas à sujeição de créditos aos efeitos da recuperação judicial: a cessão fiduciária de recebíveis, também chamada de trava bancária.

## 2. Propriedade fiduciária

O negócio fiduciário tem sua origem no instituto da fidúcia que era previsto no direito romano. Havia dois tipos de fidúcia: I) a “fiducia cum amico”, que não tinha escopo de garantia e constituía negócio jurídico pelo qual uma pessoa alienava os seus bens mediante a condição de lhe serem restituídos quando cessassem as circunstâncias que a motivaram, tais como uma viagem, ausência por longo tempo, uma guerra, desentendimentos políticos. O fiduciante transmitia seus bens a uma pessoa amiga ou a um familiar, com o ajuste de que referidos bens ser-lhe-iam restituídos após superados os motivos da celebração do negócio fiduciário; II) a outra modalidade de fidúcia era a chamada “fiducia cum creditore” ou “fiducia pignoris causa cum creditore”, pela qual o proprietário vendia bens a seu credor, reservando-se o direito de recuperá-lo quando efetuasse o pagamento de sua dívida. A grande característica do negócio fiduciário era a transferência de um bem ou de direito ao adquirente que assumia a obrigação de devolução ao alienante, após ser atingido o fim colimado no negócio. A maioria dos romanistas sustenta que a fidúcia romana finca suas raízes na Lei das XII Tábuas e, inicialmente, tinha por fundamento, exclusivamente, a confiança (“ex fide bona”, boa-fé), a lealdade e a honestidade, razão pela qual,

o descumprimento da obrigação de restituir o bem transmitido fiduciariamente, implicava somente sanções de natureza moral (“fides fiducia”). Posteriormente, o negócio fiduciário foi garantido por uma ação especial, conhecida por “actio fiduciae contraria”, na qual se atribuía ao fiduciário o descumprimento de um dever moral, mercê do que a condenação acarretava uma declaração de infâmia. Em virtude dos abusos praticados, a fidúcia viu-se abandonada pelo direito romano. (Otto de Souza Lima, *Negócio Fiduciário*, p. 9 e seguintes; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, p. 361/362).

Posteriormente, a fidúcia ressurgiu no direito romano, instituída em pacto adjeto, convencionada secreta e incidentalmente ao negócio translativo da propriedade, que era realizado mediante fórmulas verbais solenes por intermédio da “*macipatio*” ou pela “*in jure cessio*”, denominando-se “*pactum fiduciae*”. Após larga utilização do negócio fiduciário no período clássico, foi ele abolido no direito justiniano.

Caio Mário da Silva Pereira noticia que a supressão do negócio fiduciário do “*Corpus Iuris Civilis*” do século VI implicou sua não receptividade nos sistemas romano-cristãos. Assim, é que o Código Napoleão de 1804, bem como o BGB alemão de 1896, não o acolheram. Em razão disso, todos os códigos que perfilharam a orientação francesa e tedesca não disciplinaram o negócio fiduciário, tal qual ocorreu com o Código Civil brasileiro de 1916. Por seu turno, os países que seguem o sistema da Common Law instituíram o “trust”, com a finalidade de garantia (*Instituições de Direito Civil*, vol. IV, p. 362).

Em nosso direito positivo, a introdução do negócio fiduciário ocorreu na Lei nº 4.728/1965 que regula o mercado de capitais e disciplina o instituto sob o modelo romano da “*fiducia cum creditore*”, conferindo-lhe a natureza jurídica de direito real com escopo de garantia de coisa móvel infungível. Posteriormente, houve alteração da redação do art. 66 da Lei de Mercado de Capitais pelo Decreto-lei nº 911/69, seguindo-se a instituição da alienação fiduciária de imóvel pela Lei nº 9.514/97, com expressa menção de tratar-se de direito real sobre o imóvel objeto do financiamento imobiliário.

Na Lei nº 9.514/97, a alienação fiduciária é definida como o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel (art. 22). Preceitua referida lei que a propriedade fiduciária do imóvel constitui-se mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título. Outrossim, constituída a propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel (art. 23 e parágrafo único).

O Código Reale (Lei nº 10.406/2002) introduz, com todas as galas no capítulo que trata da propriedade resolúvel, a propriedade fiduciária, disciplinada nos artigos 1.361 a 1.368, definindo-a nos seguintes termos: “Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”. “Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa” (art. 1.361 e §§ 1º e 2º).

Por fim, com a Lei nº 10.931/2004, no art. 55, promove-se a alteração da Lei nº 4.728/65, que introduz o art. 66-B, com a seguinte redação: “O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garan-

tia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos”. Esta Lei, a par de acrescentar o art. 1.368-A no Código Civil, acarreta importante inovação em nosso direito positivo, ao permitir a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito.

Diz o parágrafo 66-B:

*§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.*

*§ 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de créditos aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.*

Da exegese dos dispositivos legais acima reproduzidos, pode-se concluir que foi a Lei nº 10.931/2004 que introduziu a cessão fiduciária de créditos no direito brasileiro, mercê da qual, o credor fiduciário, no caso de inadimplemento do devedor fiduciante, poderá receber os valores correspondentes aos créditos que lhes foram cedidos fiduciariamente e usá-los no pagamento de seu crédito, devolvendo ao devedor fiduciante o saldo remanescente eventualmente existente.

Da leitura dos dispositivos legais que atualmente regem a matéria objeto deste estudo, releva ressaltar, por amor à precisão conceitual, que as expressões “alienação fiduciária em garantia” e “propriedade fiduciária” não se confundem. Apesar de ser frequente nos meios forenses o uso das duas expressões como se fossem sinônimas, em rigor, alienação fiduciária em garantia configura o negócio jurídico que constitui a garantia fornecida pelo devedor, enquanto a propriedade fiduciária é modalidade de direito real com escopo de garantia. Em suma: a alienação fiduciária em garantia gera a instituição da propriedade fiduciária.

PONTES DE MIRANDA formula relevante ensinamento sobre a alienação fiduciária em garantia. Ele menciona a existência dos direitos reais limitados em garantia, anotando as figuras jurídicas de dação em segurança. Enfatiza que não se pode confundir as constituições e as transferências de direitos reais limitados em segurança com os direitos reais de garantia.

No sistema positivo brasileiro, os direitos reais de garantia são o penhor, a caução de crédito, a hipoteca e a anticrese. Para o jurista, os direitos reais de garantia não se confundem com os direitos reais em garantia. “Na cessão fiduciária de segurança, o cessionário pode cobrar o crédito quando já exigível, no seu interesse (pois foi garantido

com a cessão) e no do credor cedente, que se libera e tem direito a receber o excesso sobre o seu débito. Por onde se vê que, ao se tornar exigível o crédito cedido, tem o cessionário autorização para cobrar” (Tratado de Direito Privado, vol. XXIII, § 2.826, p. 285).

A nosso sentir, correto o entendimento de que a cessão fiduciária de créditos constitui direito real em garantia e implica transferência da titularidade do respectivo crédito, mercê do que, vencido o crédito cedido, poderá o cessionário cobrá-la do devedor com o escopo de usar o valor recebido para pagamento do débito do devedor-cedente e, se saldo houver, restitui-lo ao cedente.

### 3. A cessão fiduciária de créditos está encartada no parágrafo 3º do artigo 49?

Esta é a indagação que causa perplexidade, dúvidas e controvérsias na doutrina e na jurisprudência e que tentaremos responder com base na interpretação da Lei nº 11.101/2005 realizada pelos tribunais brasileiros.

O art. 49, parágrafo 3º, no que interessa a estas reflexões, estipula que o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial, e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

**Indaga-se: o titular de cessão fiduciária de crédito está enquadrado no conceito de “titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis”, para o fim de ser reputado como não submetido aos efeitos da recuperação judicial?**

Na jurisprudência há dois entendimentos divergentes sobre tal questão:

I. Corrente que afirma que os titulares de cessão fiduciária de crédito não se confundem com os titulares da posição de “proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis”, razão pela qual estão aqueles subordinados aos efeitos da recuperação judicial.

Os juízes que afirmam a submissão da cessão fiduciária de crédito à recuperação judicial enfatizam que o parágrafo 3º do art. 49, ao mencionar “bens móveis ou imóveis”, refere-se a “bens infungíveis”, mercê do que, tratando-se de norma que inadmitte hermenêutica extensiva, equivocada a inclusão da cessão fiduciária no referido dispositivo legal, haja vista sua insuperável fungibilidade. Ademais, sustentam que a circunstância de o legislador não ter mencionado, de forma expressa, a exclusão da cessão fiduciária de créditos dos efeitos da recuperação judicial, indica a intenção do legislador de excluir somente os créditos garantidos pela propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis. Destacam que a regra geral constante do “caput” do art. 49 é a sujeição à recuperação judicial de todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. Considerando-se que o § 3º do art. 49 disciplina a exceção, ou seja, os créditos que não se submetem aos efeitos da recuperação, inadmissível ao intérprete aplicar exegese extensiva.

Neste sentido a jurisprudência emanada do Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

*Propriedade fiduciária de títulos de crédito. Sujeição aos efeitos da recuperação judicial. Não incidência da exceção prevista na legislação*

*falimentar. 1. A redação do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 estatui, claramente, que os créditos daqueles em posição de proprietário fiduciário de bem móvel e imóvel não se submetem aos efeitos da recuperação judicial. 2. Assim como o próprio agravante insiste em afirmar em suas razões recursais, o mesmo se revela como proprietário fiduciário de títulos de crédito que, por óbvio, não se confundem com a classificação de bens móveis ou imóveis. 3. Se a legislação admite a cessão fiduciária tanto de coisa móvel quanto, como no caso em apreço, de títulos de crédito, deveria esta última hipótese também estar prevista, de modo expreso pela lei específica, como excluída dos efeitos da recuperação, o que não é o caso. (Al nº 030089000142, rel. Des. JORGE GOES COUTINHO, j. em 24/6/2008).*

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem precedente que examina a questão da cessão fiduciária de recebíveis decorrentes de vendas feitas com cartão de crédito (trava bancária) que exclui o referido crédito da abrangência do § 3º do art. 49, sob o fundamento de ser norma excepcional cuja interpretação deve ser feita restritivamente, consoante ementa a seguir transcrita:

*Direito empresarial. Recuperação judicial de empresa. Credor que se apresenta como proprietário fiduciária mas, na verdade, é credor pignoratício. Sujeição dos créditos garantidos por penhor ao processo de recuperação judicial. Legitimidade da decisão judicial que autoriza o levantamento da metade dos recebíveis, liberando tais verbas do mecanismo conhecido como “trava bancária”. Aplicação dos princípios da preservação da empresa e da função social do contrato (Agravado de Instrumento nº 2009.002.01890, Rel. Des. ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, j. em 18/02/2009).*

II. Posição diversa proclama a exclusão dos titulares de créditos cedidos fiduciariamente dos efeitos da recuperação judicial, sob o argumento de que a lei, ao aludir à propriedade fiduciária de bens móveis, sem mencionar a distinção entre bens móveis fungíveis e infungíveis, incluiu na exceção os direitos pessoais de caráter patrimonial, que o art. 83, III, do Código Civil, considera “móveis para efeitos legais”. Por outro lado, o conceito de cessão fiduciária de crédito compõe, ao lado da alienação fiduciária de bens móveis ou imóveis, a categoria de negócio fiduciário que gera a propriedade fiduciária, mercê do que, sem fundamento a inclusão dos créditos objeto de cessão fiduciária de crédito na recuperação judicial.

A Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo firmou, de forma pioneira, entendimento, atualmente sumulado, que exclui os créditos decorrentes de cessão fiduciária de recebíveis (trava bancária), dos efeitos da recuperação judicial, desde que o negócio fiduciário esteja regularmente constituído antes do requerimento judicial da recuperação.

O acórdão pioneiro, da lavra do Des. ROMEU RICUPERO, assim foi ementado:

*Recuperação judicial. Despacho judicial que deferiu o desbloqueio de bens por parte do agravante, liberando-os para a agravada e recupe-*



*randa. Inadmissibilidade. Cédula de crédito bancário com contrato de constituição de alienação fiduciária em garantia (cessão fiduciária de direitos de crédito). Os direitos de créditos são bens móveis para os efeitos legais (art. 83, III, do CC) e se incluem no § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005. Propriedade fiduciária constituída com o registro do contrato. Aplicação do disposto no art. 49, §§ 3º e 5º, da Lei 11.101/2005. Recurso interposto tempestivamente, ou seja, dentro do prazo legal, contado a partir do dia em que o agravante teve efetivamente vista dos autos. Agravo de instrumento conhecido e provido (Agravo de Instrumento nº 585.273.4/7-00, j. em 19/11/2008, v.u.). No mesmo sentido: Agravo de Instrumento nº 994.09.291105-0, Rel. Des. PEREIRA CALÇAS.*

A interpretação reiterada da Câmara especializada em falências e recuperações do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no sentido de que os direitos de crédito são bens móveis para os efeitos legais (art. 83, III, CC) e, via de consequência, estão abrangidos pelo § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005 foi consolidada na **Súmula 59** da Corte paulista, in “verbis”: “Classificados como bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de créditos podem ser objeto de cessão fiduciária”.

A exegese jurisprudencial sobre a cessão fiduciária de créditos na recuperação judicial acarretou outra discussão: **o registro do instrumento da cessão fiduciária de crédito é formalidade exigida para a constituição ou apenas para a publicidade do negócio jurídico fiduciário?**

Sobre esta questão a Câmara especializada em recuperações judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo firmou posicionamento no sentido de que a propriedade fiduciária só se considera constituída mediante o registro do contrato de alienação fiduciária no Registro de Títulos e Documentos, exigindo, ademais, que, para ser excluído dos efeitos da recuperação judicial, o instrumento de cessão fiduciária de crédito deve ter sido registrado na forma da lei antes do ajuizamento do pedido de recuperação judicial da empresa fiduciante.

Confira-se:

*Propriedade fiduciária que se constitui mediante o registro do título no Registro de Títulos e Documentos. Inteligência do art. 1.361, § 1º, do Código Civil. Contratos regularmente registrados na forma da lei que constitui a cessão fiduciária de crédito, direito real em garantia. Crédito não sujeito aos efeitos da recuperação judicial (Agravo de Instrumento nº 680.360.4/7-00 (9032737-88.2009.8.26.0000) Rel. Des. PEREIRA CALÇAS, j. em 15/12/2009, v.u.).*

Na mesma senda, considerando-se, porém, como quirografário, o crédito derivado de cessão fiduciária cujo instrumento não foi registrado antes do requerimento da recuperação judicial, nos termos da ementa abaixo:

*Recuperação judicial. Decisão que excluiu crédito decorrente de cédula de crédito bancária garantida por cessão fiduciária de títulos de crédito dos efeitos da recuperação judicial. Inteligência do art. 49, §*

*3º, da Lei nº 11.101/2005. Cessão fiduciária de crédito tem a mesma natureza de alienação fiduciária de bens móveis e configura propriedade fiduciária. Imprescindibilidade do registro do título no Registro de Títulos e Documentos. Interpretação do art. 1.361, § 3º, do Código Civil. Natureza constitutiva do registro. Ausência do registro implica inexistência da propriedade fiduciária. Crédito sujeito aos efeitos da recuperação judicial, como quirografário. Agravo provido (Agravo de Instrumento nº 691.778.4/0-00 (0275945-97.2009.8.26.0000), Rel. Des. PEREIRA CALÇAS, j. em 04/05/2010, v.u.).*

Impende ressaltar que a Câmara especializada paulista, para firmar a exclusão do crédito decorrente de cessão fiduciária em garantia dos efeitos da recuperação, exigiu que a constituição do aludido crédito observasse, rigorosamente, a formalidade do § 1º do art. 1.361 do Código Civil que assim preconiza: “Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor”.

O Des. FRANCISCO LOUREIRO, ao comentar referido dispositivo legal, afirma: “O § 1º do art. 1.361 disciplina a forma e o registro do contrato e termina com antiga polêmica sobre a natureza do registro. Explicita o preceito que a propriedade fiduciária se constitui com o registro. Não há mais sentido em discutir-se se o registro tem efeito constitutivo ou publicitário, e perde vigência a Súmula 489 do STF, do seguinte teor: A compra venda de automóvel não prevalece contra terceiros de boa-fé, se o contrato não foi transcrito no Registro de Títulos e Documentos”. Positivou a lei a Súmula nº 92 do STJ: “A terceiro de boa-fé não é oponente a alienação fiduciária não anotada no Certificado de Registro do veículo automotor”. E prossegue o comentarista: “A questão agora não é mais oponibilidade em face de terceiros de boa-fé, mas de inexistência de propriedade fiduciária sem o prévio e correto registro. Antes do registro, há simples crédito, sem qualquer garantia real nem propriedade resolúvel transferida ao credor” (Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência, p. 1.406).

A jurisprudência formada sobre a natureza constitutiva do registro público do instrumento de cessão fiduciária de crédito cristalizou-se no verbete da Súmula 60 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “A propriedade fiduciária constitui-se com o registro do instrumento no registro de títulos e documentos do domicílio do devedor”.

Outra questão também foi suscitada sobre os créditos derivados de cessão fiduciária: reconhecendo-se como correto que a cessão fiduciária de créditos ou recebíveis constitui modalidade de propriedade fiduciária, o que implica sua não submissão aos efeitos da recuperação judicial, seria de rigor a observância da parte final do § 3º do art. 49, “in verbis”: “não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”. **Em suma: os créditos dos recebíveis objeto de cessão fiduciária têm a natureza de “bens de capital” e, por isso, durante o prazo de 180 dias, não poderão ser apropriados pelo credor fiduciário?**

Examinando expressamente o tema, a Câmara especializada firmou o entendimento de que os créditos cedidos fiduciariamente pela empresa devedora não se enquadram no conceito de “bens de capitais essenciais a sua atividade empresarial”, mercê do que não incide a proibição assinalada na parte final do § 3º do art. 49.



Nesta linha, confira-se a ementa do precedente:

*Cédula de crédito bancário garantida por cessão fiduciária de direitos de crédito. Direitos de crédito (recebíveis) tem a natureza legal de bens móveis (art. 83, III, CC) e se incluem no § 3º do art. 49, da Lei nº 11.101/2005. Propriedade fiduciária que se constitui mediante o registro do título no Registro de Títulos e Documentos. Inteligência do art. 1.361, § 1º, do Código Civil. Contrato registrado na forma da lei que constitui a cessão fiduciária de crédito, direito real em garantia. Crédito não sujeito aos efeitos da recuperação. Recebíveis não são bens de capital na forma prevista na parte final do § 3º do art. 49 (Agravo de Instrumento nº 655.134.4/8-00, Rel. Des. PEREIRA CALÇAS, j. em 15/12/2009, v.u.). No mesmo sentido: Agravo de Instrumento nº 680.360.4/7-00.*

Em síntese, a Câmara especializada julgou que a ressalva constante da parte final do § 3º do art. 49, que “*não permite a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial*”, não incide sobre créditos cedidos fiduciariamente, entendendo-se que bens de capital ou de produção são os equipamentos e instalações indispensáveis para que a recuperanda exerça sua atividade empresarial.

O Superior Tribunal de Justiça apreciou a incidência ou não da ressalva final do parágrafo 3º do art. 49, conforme consta de judicioso voto da Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, que assim se pronunciou: “em se tratando de cessão fiduciária de crédito, bem móvel incorpóreo, não é cabível essa ressalva final, pois o art. 18 da Lei nº 9.514, aplicável à cessão fiduciária de títulos de crédito, conforme a remissão da Lei nº 10.931, dispõe que o contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos até a liquidação da dívida garantida – seguindo-se ao art. 19, o qual defere ao credor o direito de posse do título – a qual pode ser conservada e recuperada, inclusive contra o próprio cedente (inciso I), bem como o direito de receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente, outorgando-lhe ainda o uso de todas as ações e instrumentos judiciais ou extrajudiciais para receber os créditos cedidos, ou seja, na forma da lei que rege a cessão fiduciária de títulos de crédito, a própria posse do título cabe ao credor, que tem a prerrogativa de receber diretamente dos devedores os créditos cedidos até o limite da dívida garantida. Portanto, nem haveria mesmo que se dizer que tais bens incorpóreos não poderiam ser retirados do estabelecimento do devedor porquanto esses títulos, de regra, estão na posse do credor para que ele possa receber diretamente do devedor os créditos cedidos fiduciariamente” (Recurso Especial nº 1.263.500-ES, j. em 5/2/2013).

Perfilhamos integralmente a sustentação complementar do voto da Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, pois, com efeito, considerando-se que a cessão fiduciária implica a transferência do direito de crédito – bem móvel incorpóreo por definição legal – ao credor fiduciário, o qual, se o crédito cedido for representado por título de crédito, recebe, por tradição, a posse das cártulas respectivas. Afrontaria, portanto, aos mais comezinhos postulados da lógica, perquirir se é admissível a incidência da regra final do § 3º do art. 49 que proíbe a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. Afinal das contas, as cártulas ou os instrumentos representativos dos créditos cedidos ao credor fiduciário já se encontram em seu poder a fim de que ele promova a respectiva cobrança dos devedores originários. **Indaga-se: como proibir a retirada de algo que não se encontra mais no estabelecimento do fiduciante?**

Arrematando nossas reflexões, outra questão foi trazida ao julgamento dos tribunais: a cessão fiduciária só poderia ter por objeto bens presentes (créditos já existentes), sendo inadmissível cessão sobre créditos futuros ou recebíveis ainda não constituídos no momento da celebração do negócio fiduciário.

A controvérsia foi dirimida com a aplicação do art. 31 da Lei nº 10.931/2004, assim redigido: “A garantia da Cédula de Crédito Bancário poderá ser fidejussória ou real, neste último caso constituída por bem patrimonial de qualquer espécie, disponível e alienável, móvel ou imóvel, material ou imaterial, **presente ou futuro**, fungível ou infungível, consumível ou não, cuja titularidade pertença ao próprio emitente ou a terceiro garantidor da obrigação principal”.

A Câmara especializada decidiu que “a cédula de crédito bancária está garantida pela cessão fiduciária de direitos creditórios, que como se viu, são bens móveis para os efeitos legais (Súmula 59 TJSP). Se são bens móveis, reais, pode ser, portanto, presentes ou futuros” (Agravo de Instrumento nº 2021503-92.2013.8.26.0000, Rel. Des. TEIXEIRA LEITE, j. em 06/02/2014, v.u.).

Resumindo o posicionamento da jurisprudência especializada do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: a cessão fiduciária de créditos pode ter por objeto “recebíveis performados” (operações já realizadas), ou “recebíveis a performar” ou “recebíveis não performados” (prestação de serviços ou vendas a serem realizadas no futuro).

O Superior Tribunal de Justiça, por ora, tem precedentes que versam apenas sobre a sujeição dos créditos derivados de cessão fiduciária em face da recuperação judicial da empresa-fiduciante. Vejamos:

*Recurso Especial. Recuperação judicial. Contrato de Cessão Fiduciária de Duplicatas. Incidência da Exceção do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005. Art. 66-B da Lei 4.728/1965.*

*Em face da regra do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por cessão fiduciária. (Recurso Especial nº 1.263.500-ES, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, j. em 05/02/2013, v.u.).*

*Conforme a jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte o crédito garantido por cessão fiduciária não se submete ao processo de recuperação judicial, uma vez que possui a mesma natureza de propriedade fiduciária, podendo o credor valer-se da chamada trava bancária (AgRG no Recurso Especial nº 1.326.851-MT, Rel. Min. SIDNEI BENETI, j. em 19/11/2013, v.u.). No mesmo sentido: Recurso Especial nº 1.202.918/SP, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, j. em 07/03/2013.*

#### 4. Conclusão

Examinando-se os precedentes jurisprudenciais referidos impõe-se o reconhecimento de que:

1. Resultou consolidado o entendimento de que a cessão fiduciária de crédito tem natureza jurídica de negócio fiduciário e está enquadrada na expressão “proprietário fiduciário de bens móveis”, contida no parágrafo 3º do art. 49, da Lei nº 11.101/2005,

mercê do que, os créditos objeto de contrato de cessão fiduciária em que empresa em recuperação judicial figura como fiduciante não se submetem aos efeitos da recuperação judicial.

2. O registro do instrumento de cessão de crédito no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor tem natureza constitutiva. O ato registrário deve ser promovido antes do requerimento da recuperação judicial para a instituição da propriedade fiduciária e a consequente exclusão do respectivo crédito dos efeitos da recuperação da empresa fiduciante. Inteligência do § 1º do art. 1.361 do Código Civil.

3. A ressalva contida na parte final do § 3º do art. 49, que “não permite a retirada do estabelecimento dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”, não incide sobre o crédito cedido fiduciariamente, bem móvel incorpóreo, visto que já transferida a titularidade e a posse ao credor fiduciário, para que ele possa promover diretamente a cobrança do devedor originário. Em síntese, crédito cedido fiduciariamente não é considerado bem de capital na acepção econômico-jurídica do termo.

4. A legislação de regência admite que a cessão fiduciária tenha por objeto créditos presentes (recebíveis performados) ou futuros (recebíveis a performar).

## 5. Bibliografia citada ou consultada

CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il Negozio Giuridico Nel Diritto Privato Italiano*, Napoli: Morano Editore, 1949.

\_\_\_\_\_. *I Negozi Fiduciari*. Padova: Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1933.

GOMES, Orlando. *Alienação Fiduciária em Garantia*, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

LIMA, Otto de Souza. *Negócio Fiduciário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *In Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência*, Coordenador Ministro Cezar Peluso, 4ª edição rev. e atual., São Paulo: Ed. Manole, 2010.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, revista e atualizada por Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho*, volume IV, 22ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense-Gen, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, volumes 21, 23 e 51, Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1966.



# Recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte - Modificações introduzidas pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014

*Manoel Justino Bezerra Filho<sup>1</sup>*

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

**Sumário:** I. Introdução - II. Estrutura da Lei Complementar 147, de 7.8.2014 - III. Inclusão do § 5º no artigo 24 da LREF - IV. Inclusão do inciso IV no artigo 26 da LREF - V. Inclusão do inciso IV no artigo 41 da LREF - VI. Alteração do § 2º do artigo 45 da LREF - VII. Alteração do inciso III do artigo 48 da LREF - VIII. Inclusão do § único no artigo 68 da LREF - IX. Alteração do inciso I do artigo 71 da LREF - X. Alteração do inciso II do artigo 71 da LREF - XI. Alteração do § único do artigo 72 da LREF - XII. Inclusão da letra “d” no inciso IV do artigo 83 da LREF - XIII. Reflexos no Cram Down do artigo 58 da LREF - XIV. Conclusão.

## I - Introdução

1.1 - “Leis e salsichas, melhor não saber como são feitas, pois senão não conseguiríamos digeri-las”, é a frase atribuída, com mais forte laivo de chacota do que de verdade histórica, a Otto von Bismarck, o célebre “Chanceler de Ferro”, que no século XIX conseguiu unificar os países germânicos em um estado nacional único. Verdade ou não, ocorre que sempre nos deparamos com leis que, por sua péssima redação e pela abissal distância entre o que diz o texto e o que se pretendia instituir, acabam por dar razão à proclamação atribuída ao velho e respeitado Chanceler. Exemplo acabado de lei “difícil de digerir”, encontramos nos artigos 70 a 72 da Lei 11.101, de 9.2.2005, a Lei de Recuperação e Falências (LREF), que trouxe para o mundo legislativo o plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte (ME e EPP). Saudada – a meu ver de forma imerecida e indevida –, como a grande mola propulsora da salvação da sociedade empresária em crise, vem a lei sendo bastante utilizada, especialmente no que tange à chamada “recuperação comum”, destinada a sociedades empresárias de médio e grande porte e, praticamente sendo ignorada, quanto à “recuperação especial de ME e EPP”.

1.2 - A parca aplicação desta recuperação especial (arts. 70 a 72) justifica-se, pois em sua redação original abrangia única e exclusivamente os credores quirografários, como ocorria na concordata preventiva do Decreto-lei 7.661, de 21.6.1945, que veio substituir. Aliás, consistiam tais artigos em uma cópia piorada das linhas mestras que norteavam a proscriita concordata preventiva. Como na concordata, a lei atual prevê também prazo fixo para pagamento dos credores a ela submetidos, pagamento que se iniciava em 180

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Comercial pela USP. Especialista em Filosofia e Teoria Geral do Estado pela USP. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor e Coordenador da Escola Paulista da Magistratura, área de Direito Empresarial.

dias a partir da distribuição do pedido de recuperação e que poderia estender-se por 36 parcelas mensais, corrigidas e com juros de 12% ao ano. Tão acentuada falta de qualidade da lei, decorrência da pressa com que foram enxertados na lei os artigos 70 a 72, levou a que as ME e EPP, quando se resolviam valer-se da LREF, viessem a optar não pela recuperação especial e sim pela recuperação simples, destinada às empresas de médio e grande porte, conforme opção colocada à disposição pelo § 1º do artigo 70.

1.3 - Tardou portanto a alteração, que esta recuperação especial exigia desde o primeiro minuto após a promulgação da LREF, mas acabou vindo, não se podendo dizer que veio em boa hora ou em boa forma, trazendo novamente à lembrança a advertência do histórico Chanceler de Ferro. Como todos sabem, as alterações introduzidas vieram por força da promulgação da Lei Complementar 147, de 7 de agosto de 2014 (LC), cuja expedita sanção por parte da Presidência da República pegou de surpresa todos os estudiosos da matéria. A inusitada rapidez porém explicou-se logo em seguida, pois tratou-se de lei anunciada como portadora de benesses aos pequenos empresários e que precisava ser promulgada antes das eleições presidenciais que tiveram seu segundo turno em outubro de 2014, para que pudesse ser explorada nos discursos de campanha, como ocorreu de forma exaustiva, sob o pálio do chamado “pacote de bondades da candidata oficial”. De qualquer forma, habemus legem e, sem embargo da advertência do Chanceler de Ferro lembrada logo no início deste texto, cabe a nós, agora, examinar o que foi promulgado e, como sempre, tentar encontrar o que de bom existe na lei, para tentar aplicá-la da forma mais produtiva aos interesses da economia da nação brasileira.

## II - Estrutura da Lei Complementar 147/2014 da LREF

2.1 - A Lei Complementar (LC), com 16 artigos, dedica seu artigo 5º às alterações que introduziu na LREF, cujos termos vão a seguir transcritos, para facilidade do acompanhamento da explanação.

*Art. 5º A Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, passa a vigorar com as seguintes alterações:*

*“Art. 24. ....*

*§ 5º A remuneração do administrador judicial fica reduzida ao limite de 2% (dois por cento), no caso de microempresas e empresas de pequeno porte.” (NR)*

*“Art. 26. ....*

*IV - 1 (um) representante indicado pela classe de credores representantes de microempresas e empresas de pequeno porte, com 2 (dois) suplentes.*

*.....” (NR)*

*“Art. 41. ....*

*IV - titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.*

*.....” (NR)*

*“Art. 45. ....*

*§ 2º Nas classes previstas nos incisos I e IV do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.*

*.....” (NR)*

“Art. 48. ....

*III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;*

.....” (NR)

“Art. 68. ....

*Parágrafo único. As microempresas e empresas de pequeno porte farão jus a prazos 20% (vinte por cento) superiores àqueles regularmente concedidos às demais empresas.” (NR)*

“Art. 71. ....

*I - abrangerá todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49;*

*II - preverá parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, acrescidas de juros equivalentes à taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, podendo conter ainda a proposta de abatimento do valor das dívidas;*

.....” (NR)

“Art. 72. ....

*Parágrafo único. O juiz também julgará improcedente o pedido de recuperação judicial e decretará a falência do devedor se houver objeções, nos termos do art. 55, de credores titulares de mais da metade de qualquer uma das classes de créditos previstos no art. 83, computados na forma do art. 45, todos desta Lei.” (NR)*

“Art. 83. ....

*IV - .....*

*d) aqueles em favor dos microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006;*

.....” (NR)

2.2 - Como se vê, a LC não apenas alterou artigos que cuidam especificamente da recuperação judicial especial, como também alterou diversos outros artigos, para viabilizar a inserção na lei destas referidas alterações. Por questão de método, passaremos a examinar doravante cada uma das alterações feitas. É possível admitir que os redatores da lei seriam especialistas qualificados em ME e EPP, não tendo porém se socorrido de especialistas com igual qualificação em matéria recuperacional. Não atentaram os redatores que, ao alterar mesmo que um único artigo, pode-se interferir em todo o sistema da recuperação, que foi o que aqui ocorreu e veio a trazer dificuldades para a aplicação sistemática, que apenas será resolvida com a improvável nova alteração da lei, ou com a provável e sempre presente atividade doutrinária e jurisprudencial. Para tentar colaborar com tal atividade é que se arrisca, desde logo, uma tentativa de sistematização das alterações. O método aqui adotado será examinar cada uma das alterações, na ordem em que estão na Lei Complementar, para cada uma delas tentando localizar as interferências sistemáticas.

### III - Inclusão do § 5º no artigo 24 da LREF

3.1 - O § 1º do artigo 24 da LREF, em sua redação original, estabelecia que a remuneração do administrador judicial “... em qualquer hipótese ... não excederá 5% ... do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor da venda dos bens na falência”. Sem qualquer dificuldade para a compreensão e aplicação do texto, houve a inclusão de mais um parágrafo, o quinto, para estabelecer que “A remuneração do administrador judicial fica reduzida ao limite de 2% (dois por cento), no caso de microempresas e empresas de pequeno porte.”

3.2 - O claro intuito do legislador foi favorecer a ME e EPP, estabelecendo um limite menor para o pagamento do administrador judicial. As pesadas responsabilidades que recaem sobre o administrador judicial (apenas como exemplo, observe-se o artigo 32, o artigo 134 do CTN, etc.) têm trazido dificuldades aos juízes em geral para que consigam interessados em assumir tal encargo, não se sabendo se a redução percentual que a lei trouxe seria mesmo aconselhável. De qualquer forma, o texto é claro e objetivo, não oferecendo maiores dificuldades para compreensão e aplicação.

### IV - Inclusão do inciso IV no artigo 26 da LREF

4.1 - O artigo 26 da LREF tinha apenas três incisos, cada um prevendo um determinado tipo de classe de credores para fins de constituição do Comitê de Credores. A LC incluiu mais um inciso, alçando a ME e a EPP ao quarto tipo de classe de credores, prevendo: “IV - 1 (um) representante indicado pela classe de credores representantes de microempresas e empresas de pequeno porte, com 2 (dois) suplentes”.

4.2 - As classes, tanto do artigo 26 quanto do artigo 41, foram fixadas pela LREF a partir do tipo de crédito existente. Este sistema da lei não foi respeitado pela LC, que criou esta nova classe a partir do tipo de credor e não do tipo de crédito. Como se verá mais adiante, ao desprezitar o “sistema” da LREF, a LC cria inúmeras dificuldades para sua aplicação. A LC literalmente “misturou” coisas de natureza diversa, tratando de forma absolutamente idêntica coisas diferentes, nivelando “tipo de crédito” com “tipo de credor”. Claro que sempre se poderia aventar a possibilidade de aplicação analógica do § 2º do artigo 41, de tal forma que uma ME/EPP que, por exemplo, tivesse créditos com garantia real, seria representada no inciso II ou no inciso IV, na proporção de seu crédito. No entanto, tal solução não levaria a bom resultado, não sendo passível de aplicação, conforme adiante examinado nos itens “6.2” e “6.3”.

4.3 - De qualquer maneira, ao invés de três classes no artigo 26, agora a LREF passa a ter quatro classes. Anote-se apenas que esta alteração, aparentemente, não terá possivelmente nenhum resultado prático, pois a observação da LREF, nestes seus nove anos de vigência, já demonstrou que o Comitê de Credores caracteriza o que, jocosamente, apelida-se de “lei que não pegou”. Com efeito, pesquisando-se os processos em andamento, dificilmente – ou nunca – encontra-se pedido de recuperação no qual exista esse comitê. Os credores, ao que parece, preferem que seus direitos sejam fiscalizados por seus próprios advogados, não havendo aparente disposição para enfrentar um novo gasto que teriam com o pagamento do membro do comitê, membro que por óbvio não trabalharia sem remuneração compatível, tendo em vista ainda a pesada responsabilidade atribuída a cada membro pelo artigo 32 da LREF.



4.4 - Ademais, o membro do Comitê é representante da universalidade dos credores daquela determinada classe, enquanto o advogado constituído pelo credor prende-se diretamente aos interesses daquele único credor, é o que a observação das experiências diárias permite concluir.

## V - Inclusão do inciso IV no artigo 41 da LREF

5.1 - Em princípio, as observações do item “4.2” acima aplicam-se também ao inciso IV incluído no artigo 41, nos seguintes termos: “**IV** - titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte”. No entanto, no presente caso, a falta de respeito ao sistema da LREF trará consequências que, a partir da letra da lei constituem problemas aparentemente insolúveis a partir da letra da lei e que, claro, terão que ser resolvidos pela doutrina e pela jurisprudência ante a incompletude da LC.

5.2 - É que, ao criar quatro classes, a LC deixou de alterar o artigo 58, que prevê *cram down* a partir de três classes, de tal forma que agora “a conta não fecha”. Este aspecto, de extrema importância, será examinado no final do texto, quando do exame do artigo 58.

5.3 - Observe-se ainda que o crédito da ME/EPP a ser incluído no inciso IV do artigo 41 da LREF, poderá ser enquadrado nas classes II ou III deste artigo 41. Imagine-se, apenas para exemplo, que uma ME tenha um crédito com garantia real e que, por isto mesmo, deveria compor a classe II. Esta já é a primeira séria consequência da confusão que a LC vai desencadear, a partir da confusão entre “natureza do crédito” e “natureza do credor”, como já acima apontado. Sobre este ponto, remete-se à leitura dos itens “4.2”, “6.2” e “6.3”. Esta confusão também se espalha para a alteração a seguir examinada.

## VI - Alteração do § 2º do artigo 45 da LREF

6.1 - A LREF previa o sistema de contagem de voto a ser observado para os componentes da classe I do artigo 41, ou seja, os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente do trabalho. Este sistema de contagem foi adotado também para o credor ME/EPP, passando a vigorar o § 2º do artigo 45, com a seguinte redação: “**§ 2º** Nas classes previstas nos incisos I e IV do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito”.

6.2 - No entanto, repetindo o que já foi dito acima, é de se observar que o crédito da ME/EPP poderá ser enquadrado também no inciso II do artigo 41, se, por exemplo, seu crédito gozar da garantia real, situação na qual votaria, em tese, com esta classe II e não com a classe IV ora introduzida. No entanto, se assim se pensasse, poucos créditos da ME/EPP sobriariam para o inciso IV, pois dele seriam extraídos todos os créditos com garantia real (II) e todos os créditos quirografários, com privilégio especial, geral ou subordinados (III).

6.3 - Assim, a única solução que se vislumbra ante a imprecisão sistemática da letra da lei, seria considerar que por se tratar de créditos titulados por ME/EPP, sempre estará integralmente classificado no inciso IV e sempre votará por cabeça, independentemente

do valor do crédito. Parece não haver outra forma de aplicar o que ficou disposto na LC quanto a este ponto.

## VII - Alteração do inciso III do artigo 48 da LREF

7.1 - O inciso III da LREF previa o prazo de oito anos para que a ME/EPP pudesse requerer nova recuperação, prazo que foi diminuído com a nova redação, que diz: “**III** - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;”. Trata-se de alteração sem maiores dificuldades para a compreensão, anotando-se apenas que é mais um benefício trazido para a ME/EPP que para tal questão de prazo, agora fica equiparada às demais sociedades empresárias, cujo prazo de cinco anos já estava fixado no inciso II do artigo.

7.2 - Coerentemente com o espírito da LC, este artigo aproximou a recuperação judicial especial da ME/EPP da recuperação judicial comum destinada às sociedades empresárias de médio e grande porte.

## VIII - Inclusão de § único no artigo 68 da LREF

8.1 - Houve a inclusão de parágrafo único no artigo 68, que em seu caput prevê a promulgação de legislação específica para parcelamento de débitos fiscais da sociedade empresária em recuperação. Este parágrafo único, ora acrescido, prevê que “As micro-empresas e empresas de pequeno porte farão jus a prazos 20% (vinte por cento) superiores àqueles regularmente concedidos às demais empresas.”. Quando da promulgação da LC, em 7.8.2014, não havia ainda esta legislação específica para parcelamento, que veio a ser introduzida pela Lei 13.043, de 13.11.2014, que por seu artigo 43 alterou a Lei 10.522, de 19.7.2002, com o acréscimo do artigo 10-A. Este artigo 10-A estabelece que a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial poderá parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional em 84 parcelas, trazendo outras determinações pertinentes.

8.2 - O objeto específico do presente exame são as alterações introduzidas pela LC, não sendo aqui o caso de examinar com mais detalhes a alteração introduzida com o artigo 10-A acima referido. De qualquer maneira, apenas para lembrança, rememore-se que o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Resp 1.187.404 - STJ - Corte Especial, v.u. - 19.6.2013 - Rel. Luis Felipe Salomão, fixou o entendimento de que o dispositivo do artigo 57 da LREF era inoperante, pois ausente legislação específica para o parcelamento. Com tal entendimento, ficava autorizada a concessão da recuperação judicial sem a apresentação da certidão fiscal prevista no artigo 57, entendimento que agora fica alterado, pois a ausência fica suprida pela promulgação da Lei 13.043/2014, como acima examinado. Como dito, este não é objeto específico do presente exame, apenas lembrado aqui para melhor completude do estudo. A Lei 13.043, de 13.11.2014, está sendo objeto de estudo específico, a ser oportunamente concluído.

8.3 - Para o objeto deste nosso exame da LC, o que interessa é verificar que a ME/EPP terá direito a prazos vinte por cento superiores ao concedidos às sociedades empresárias de médio e grande porte. Como o prazo concedido a estas últimas pelo artigo 10-A da Lei 10.522, de 19.7.2002, é de 84 meses (84 parcelas mensais), conclui-se que o

prazo para a micro será 100 ou 101 meses (matematicamente 100,8 meses). De qualquer forma, este aspecto quanto ao aumento de 20% no prazo, será certamente solucionado com o cumprimento do artigo 44 da Lei 13.043/2014, que estabelece que “A Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inclusive por meio de ato conjunto quando couber, editarão os atos necessários à efetivação do disposto nesta Seção”. Tais atos deverão esclarecer devidamente este ponto.

8.4 - Mais uma vez, nem seria necessário reiterar, o que se constata é que as alterações da LC foram todas no sentido de tentar trazer maiores benefícios à ME/EPP, o que pode ser adotado como orientação principiológica, para a necessária interpretação de suas disposições.

### **IX - Alteração do inciso I do artigo 71 da LREF**

9.1 - Os artigos 70 a 72 da LREF é que tratam do plano de recuperação judicial para ME/EPP. O artigo 70 não foi alterado pela LC, que apenas trouxe alterações nos outros dois artigos. No artigo 71, foi alterado o inciso I, que estipulava que estavam sujeitos à recuperação apenas os créditos quirografários. Houve ampliação dos créditos sujeitos à recuperação especial, aproximando-se bastante, neste ponto, do artigo 49 da recuperação comum, ao prever, no novo inciso I, que “abrangerá todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49;”.

9.2 - Certamente, um dos óbices para que a recuperação judicial especial viesse a ser aceita e adotada na prática forense pela ME/EPP foi o fato de apenas abranger os créditos quirografários, a exemplo do que ocorria com a concordata preventiva do Decreto-lei 7.661/1945, a antiga Lei de Falências. A dilação de prazo apenas relativamente aos quirografários abrangia pequena parcela do débito do empresário, insuficiente assim para que pudesse alterar a situação econômico-financeira, a ponto de propiciar real possibilidade de recuperação. Ao abrir o leque da abrangência, também visou dar melhores condições para que a recuperação pudesse ser alcançada.

9.3 - Essa talvez seja a mais profunda alteração introduzida pela LC, a ponto de poder transformar o instituto da recuperação judicial especial em caminho que passe a ser mais frequentemente procurado pelas ME/EPP em crise econômico/financeira superável.

### **X - Alteração do inciso II do artigo 71 da LREF**

10.1 - Na LREF, o inciso II previa parcelamento dos débitos sujeitos à recuperação em até 36 parcelas mensais e consecutivas, prazo de parcelamento que foi mantido na redação atual, tendo havido alteração na taxa de juros e na possibilidade de deságio. Em sua nova redação, diz a lei que o plano “preverá parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, acrescidas de juros equivalentes à taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, podendo conter ainda a proposta de abatimento do valor das dívidas;”.

10.2 - O legislador talvez tenha feito uma aposta arriscada ao substituir a correção monetária e os juros de 12% a.a. da redação anterior, pelos juros da taxa SELIC, pois re-

ferida taxa sofre alterações para mais ou para menos, que não guardam, nem poderiam guardar, qualquer relação direta com a situação de crise pela qual passa a sociedade empresária. Aliás, como se sabe, quanto maior a crise financeira do País, maior a taxa SELIC. De qualquer maneira, é uma determinação clara e simples de ser aplicada, não exigindo maiores considerações ou aprofundamentos para seu entendimento.

10.3 - Alteração bastante interessante é esta que diz que o plano pode conter proposta de abatimento do valor das dívidas, o que não existia na redação anterior. A possibilidade de abatimento ou deságio existia apenas para a recuperação judicial comum, que não traz qualquer parâmetro fixo para a oferta a ser feita pelo recuperando no plano que vier a ser apresentado, oferta que, porém, poderia ser amplamente discutida na assembleia geral de credores (AGC), em caso de objeção. Na recuperação judicial especial, introduzida a possibilidade de deságio no plano apresentado, o problema que surge é a impossibilidade de discussão do valor, ante a inexistência de AGC. Impossível qualquer discussão, vez que a objeção será apresentada por petição do credor discordante, estará diminuída sensivelmente, ou mesmo eliminada, a possibilidade de acordo entre devedor e credores, aumentando assim o risco de decretação de falência em caso de objeção de mais da metade dos credores.

## XI - Alteração do § único do artigo 72 da LREF

11.1 - Segundo previa o § único do artigo 72 na redação original da LREF, qualquer credor sujeito à recuperação judicial especial é que tinha legitimidade para apresentar objeção. Aqui, certamente por absoluto descuido de redação, o direito de objeção não se referiu aos credores sujeitos à recuperação especial, e sim aos credores componentes das classes previstas no artigo 83. Diz o referido parágrafo, em sua nova redação: “O juiz também julgará improcedente o pedido de recuperação judicial e decretará a falência do devedor se houver objeções, nos termos do art. 55, de credores titulares de mais da metade de qualquer uma das classes de créditos previstos no art. 83, computados na forma do art. 45, todos desta Lei.” Como se verá, o legislador disse coisa diferente do que efetivamente pretendia dizer, conclusão a que se pode chegar por vários métodos de interpretação, até pelo sistema de interpretação *ad absurdum*. Quando a lei diz “mais da metade de qualquer uma das classes de créditos previstos no art. 83, computados na forma do art. 45, todos desta Lei”, na realidade quis dizer “mais da metade dos créditos previstos no inciso I do art. 71”. Ou seja, se não tivesse havido qualquer alteração no referido parágrafo único do artigo 72, a lei teria dito exatamente o que pretendia dizer, mantendo o sistema existente na legislação específica da recuperação.

11.2 - Com efeito – e agora raciocine-se *ad absurdum* –, se efetivamente fosse considerada a objeção de “mais da metade de qualquer uma das classes previstas no art. 83”, chegaríamos à situação limite, na qual, em tese, qualquer credor sujeito aos efeitos da recuperação especial, poderia sozinho levar à falência da ME/EPP, por menor que fosse o valor de seu crédito. Imagine-se, por exemplo, uma recuperação especial na qual haja apenas dois credores quirografários (ou dois credores de qualquer uma das classes previstas no art. 83) e que o credor maior apresente objeção. Coloque-se isto em números; o credor quirografário maior é credor por R\$ 10.000,00, o menor o é por R\$ 5.000,00; em tal situação, a objeção do credor quirografário de R\$ 10.000,00 levaria a ME/EPP ao decreto de falência, claro absurdo que o sistema da lei não poderia permitir.

11.3 - Por outro lado, o parágrafo termina estabelecendo que os votos serão computados “na forma do art. 45, todos desta lei”. O artigo 45, *caput*, estabelece que os votos sejam colhidos de “todas as classes de credores referidas no art. 41”. Não há qualquer previsão neste artigo 45 que permita a coleta de votos a partir das classes do artigo 83, pois a referência dirige-se às classes do artigo 41. Também por isto verifica-se que este § único do artigo 72, quando fala “classes de créditos previstos no art. 83”, na verdade quis dizer “classes de créditos previstos no art. 41”. Esta é a interpretação a ser dada a este parágrafo.

## XII - Inclusão da letra “d” no inciso IV do artigo 83 da LREF

12.1 - Como já visto nas alterações introduzidas nos artigos 26, 41 e 45, a LC criou uma classe específica para estes credores ME/EPP, com todas as implicações decorrentes de abandonar o sistema da lei, que considera os créditos pelo “tipo de crédito” e não pelo “tipo de credor”. Ao desconsiderar este sistema da LREF, a LC criou algumas dificuldades, como já apontado nos itens “4.2”, “5.1” e “6.2”, aos quais se remete o leitor, para evitar a repetição de questões já examinadas. Pela letra “d”, ora acrescida ao inciso IV do artigo 83 da LREF, os créditos da ME/EPP são classificados, no quadro geral de credores, como “créditos com privilégio especial”.

12.2 - Mantido o mesmo critério de análise já anteriormente adotado, o que se vê é que a inclusão desta letra “d” poderá trazer benefícios ou prejuízos à ME/EPP. Com efeito, se acaso tratar-se de crédito com garantia real, haverá prejuízo, pois o crédito de tal natureza seria classificado normalmente no inciso II do artigo 83 e, portanto, o crédito “cai” para o inciso IV. Por outro lado, se o crédito é quirografário, haverá benefício, pois o crédito “sobe” do inciso VI para o inciso IV. No entanto, a LC é clara no sentido de estabelecer a classificação como com privilégio especial, o que aliás encontra respaldo até na já existente letra “b”, que estabelece como com privilégio especial “os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta lei”. O “salvo em disposição contrária desta lei” não se aplica ao caso sob exame, pois a nova classificação é feita por lei complementar, sobre a qual não pode prevalecer disposição contrária de lei ordinária, como é o caso da LREF.

12.3 - Caso extremamente curioso e que poderá dar oportunidade a inúmeras tentativas de fraude contra o interesse da comunidade dos credores, poderá ocorrer se o credor ME/EPP, prevendo a falência do devedor, transfere a terceiro seu crédito com garantia real, exatamente para evitar a classificação no inciso IV e permitir a classificação no inciso II deste artigo 83 da LREF. Por uma questão de coerência metodológica, o cessionário não poderá pretender a classificação no inciso II, pela simples razão secular de direito, segundo a qual ninguém pode transferir mais direitos do que aqueles de que é detentor. Ou seja, se à própria ME/EPP não seria permitida a classificação no inciso II, também ao cessionário não pode ser concedido este direito.

12.4 - Por outro lado, se o crédito transferido é, por exemplo, quirografário, não poderá o cessionário habilitar-se como credor com privilégio especial, aqui porém por outro fundamento. É que, como já visto, por toda a LC perpassa a intenção de favorecimento ao credor ME/EPP, considerada para tanto a classificação, não a partir do “tipo de crédito” e sim a partir do “tipo de credor”. Sendo assim, não seria justo prejudicar a universalidade dos credores da falência, concedendo a uma não ME/EPP o privilégio que

apenas a ela foi estabelecido em lei, chocando-se frontalmente com o também secular princípio do *par conditio creditorum*, que não permite qualquer tipo de favorecimento a qualquer credor, a não ser aqueles especificamente previstos em lei.

### XIII - Reflexos no *cram down* do artigo 58 da LREF

13.1 - No tópico anterior, completou-se o exame de todos os artigos da LC que trouxeram alterações para os artigos da LREF. No entanto – e conforme já anotado acima –, o sistema criado pela LREF não foi devidamente sopesado pelo legislador da LC, de tal forma que não se considerou que alterações tópicas iriam interferir em outros artigos da lei, que deveriam também ter sido alterados para evitar incongruências. Provavelmente, diversos aspectos merecerão estudo detalhado, à medida que a aplicação prática da lei aos casos do dia a dia venha a demonstrar a dificuldade de adaptação sistemática. De qualquer forma, um dos aspectos que precisa ser resolvido desde logo é o que respeita à criação de mais uma classe no artigo 41 (“IV - titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte”), sem que houvesse a correspondente adaptação do artigo 58, ora sob análise.

13.2 - A leitura do § 1º do artigo 58 demonstra, como é natural, que o *cram down* pode surgir a partir de certo tipo de votação, considerando-se a existência das três classes anteriormente contempladas no artigo 41 que agora, com a alteração da LC, passou a contemplar quatro classes. O § 1º do artigo 58 estabelece que o juiz poderá conceder a recuperação judicial mesmo que o plano não tenha sido aprovado na forma do artigo 45, desde que sejam preenchidas as condições estabelecidas em seus (do § 1º do artigo 58) incisos I, II e III, que vão a seguir examinados.

13.3 - O inciso I do artigo 58 estabelece a primeira condição a ser preenchida, ou seja, há necessidade de que mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classe, tenham aprovado o plano. O fato de agora haver quatro classes no artigo 41 em nada interfere na aplicação deste inciso I, como se verifica desde logo. Desconsidera-se aqui qualquer especificidade da classe quanto ao tipo de contagem de voto – contagem por valor do crédito, contagem por cabeça ou contagem por dupla maioria de valor e cabeça –, pois a contagem será feita pelo valor do crédito não importando o inciso no qual esteja o credor inserido. Repita-se, o fato de antes da LC haver três classes de credores no artigo 41 e agora passar a haver quatro classes não traz qualquer dificuldade hermenêutica para o exame deste inciso I do artigo 58.

13.4 - No entanto, esta dificuldade surge para a aplicação dos incisos II e III do artigo 58, pois ambos os incisos estabelecem sistema de contagem a partir da previsão da existência de três classes, de tal forma que, com quatro classes, “a conta não fecha”, como já acima lembrado. A questão é matemática, mas a solução tem que ser sistemática, única forma possível de permitir a mais correta aplicação das alterações introduzidas.

13.5 - O inciso II estabelece que há necessidade de aprovação em duas classes, complementando o inciso III que na classe em que tiver havido rejeição, terá que haver o voto favorável de mais de um terço dos credores, contados na forma dos §§ 1º e 2º do artigo 45. Assim, pela análise do inciso III verifica-se que a lei continua trabalhando com a previsão de rejeição em uma única classe, ao manter a expressão “III - na classe que



o houver rejeitado”. Portanto, o exame conjunto de ambos os incisos (II e III), permite que se leia o inciso II com a certeza de que está aqui a se falar em possibilidade de *cram down* desde que haja rejeição em uma única classe. Em consequência, a aprovação teria que ocorrer em três classes; ou, se houver apenas três classes, a aprovação em pelo menos duas delas; ou ainda, se houver apenas duas classes, a aprovação em pelo menos uma delas. Na quase absolutamente improvável hipótese de haver uma única classe, não há que se falar em *cram down*, por óbvio.

13.6 - Assim, a regra geral que se poderia tirar seria a seguinte: o *cram down* poderá ser aplicado se houver voto favorável de mais da metade do valor de todos os créditos (inciso I) e desde que, havendo mais de uma classe, haja rejeição em uma única classe, classe na qual será necessário que haja o voto favorável de mais de um terço dos credores contados os votos na forma dos §§ 1º e 2º do artigo 45.

13.7 - Como se vê, o exame meramente gramatical da lei não permitiria que se chegasse a bom resultado interpretativo, sendo necessário que se valha do exame sistemático, reiterando-se aqui que a LC foi elaborada com assessoria de estudiosos e conhecedores da lei de ME/EPP, que no entanto não dispensaram um cuidado mais acentuado ao “sistema” da LREF.

#### XIV - Conclusão

14.1 - O que se pretendeu aqui, como anotado desde o início, foi um ligeiro exame das alterações trazidas pela LC para a LREF, com o intuito de colaborar com a discussão que certamente será extensa, sobre os reflexos das alterações na estrutura da recuperação. Apenas a jurisprudência e a doutrina é que, com o tempo, conseguirão aplainar os solavancos que a mal construída LC provocou de imediato na LREF, o que demandará um tempo ainda um pouco dilatado.

14.2 - Conforme já anotado de passagem no item “8.1” acima, legislação específica para parcelamento veio a ser introduzida pela Lei 13.043, de 13.11.2014, que por seu artigo 43 alterou a Lei 10.522, de 19.7.2002, com o acréscimo do artigo 10-A. Este artigo 10-A estabelece que a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, poderá parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional em 84 parcelas, trazendo outras determinações pertinentes. Esta mesma Lei 13.043/2014, por seu artigo 101, introduziu no Decreto-lei 911/1969 o artigo 6º-A, que faz menção ao pedido de recuperação judicial ou extrajudicial.

14.3 - Estas alterações estão sendo objeto de outro estudo, sendo que a Lei 13.043/2014, apenas foi mencionada aqui como mero lembrete, pois o âmbito do presente estudo, por uma questão de método, limitou-se apenas às alterações decorrentes da Lei Complementar 147, de 7.8.2014.





# Efeitos da recuperação judicial sobre as garantias prestadas por terceiros

**Pedro Rebello Bortolini<sup>1</sup>**

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Renata Mota Maciel M. Dezem<sup>2</sup>**

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Efeitos do deferimento do processamento da recuperação judicial (a suspensão das ações e execuções contra o devedor por 180 dias). 2.1. A fiança. 2.2. O aval. 3. Efeitos da concessão da recuperação judicial (novação recuperacional?). 4. O descumprimento do plano de recuperação. 5. A extinção das garantias pelo plano de recuperação (oponibilidade aos credores dissidentes). 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

## 1. Introdução

As questões versadas neste trabalho são das mais polêmicas envolvendo a nova lei de recuperação de empresas e falências (Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, doravante referida apenas por LRF). Dizem respeito aos efeitos da recuperação judicial sobre as garantias prestadas em benefício do devedor por terceiros (muitas vezes seus sócios e/ou administradores).

Acerca desse tema, porém, é preciso fazer algumas distinções, nem sempre observadas pela doutrina e pela jurisprudência.

Em primeiro lugar, as questões envolvendo as garantias na recuperação judicial devem ser estudadas a partir de duas situações distintas, relacionadas a eventos processuais diferentes, que não se confundem, sobretudo quanto aos seus efeitos.

A primeira situação diz respeito ao deferimento do *processamento* da recuperação judicial, que gera a suspensão das execuções contra o devedor pelo prazo de 180 dias (LRF, art. 6º, § 4º)<sup>3</sup>. Debate-se se essa suspensão também favoreceria os garantidores do devedor, ou se contra eles os credores do devedor poderão iniciar ou prosseguir suas execuções graças ao disposto no art. 49, § 1º, da LRF<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Mestre em Direito Comercial pela USP. Especialista em Direito Societário pela GVLAW. Graduado em Direito pela PUC-SP.

<sup>2</sup> Especialista em Processo Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Doutoranda em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo.

<sup>3</sup> Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. § 4º. Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

<sup>4</sup> Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. § 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

A segunda situação envolve a *concessão da recuperação* pelo juiz, que importa na novação das dívidas do devedor (LRF, art. 59, *caput*)<sup>5</sup>. Aqui se discute se essa novação, imposta pela lei, tem o condão de extinguir as garantias anteriormente prestadas, ou então de impedir que os credores as exijam.

Em segundo lugar, também é preciso atentar para a modalidade da garantia prestada: à fiança, por exemplo, não se podem aplicar, pelo menos sem nenhuma distinção, as mesmas razões que valem para o aval, como inadvertidamente têm feito alguns autores e juízes.

Sem a pretensão de, ao menos neste momento, formular soluções às matérias aqui debatidas, a presente exposição cuidará de apresentar as controvérsias de modo sistematizado, a fim de fomentar a discussão a partir de premissas que permitam o desenvolvimento dos raciocínios propostos.

## 2. Efeitos do deferimento do processamento da recuperação judicial (a suspensão das ações e execuções contra o devedor por 180 dias)

O art. 6º, *caput*, da LRF estabelece que a decretação da falência ou o deferimento do *processamento* da recuperação judicial suspende<sup>6</sup> o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

Conquanto referido artigo estabeleça, sem distinção, a suspensão das ações e execuções tanto na falência quanto na recuperação judicial, é preciso observar que a norma tem finalidade e funções distintas relativamente a um e outro instituto.

Na falência, a suspensão das ações (por prazo indeterminado) tem finalidade precipuamente processual, visando a organizar a execução coletiva contra o devedor comum e garantir a paridade (formal) entre os credores.

Aqui, o sobrestamento das ações e execuções não suspende a exigibilidade dos créditos; pelo contrário, na falência, mesmo as dívidas ainda não vencidas passam a ser imediatamente exigíveis (LRF, art. 77), conquanto submetidas ao procedimento de execução coletiva ou concursal.

Já na recuperação judicial, a suspensão das ações e execução (agora pelo prazo limitado de 180 dias) concede ao devedor um “fôlego” para organizar a sua atividade e discutir o plano de recuperação com os credores em posição um pouco mais confortável. Vale dizer, obsta a própria exigibilidade das suas dívidas<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

<sup>6</sup> Cuida-se da chamada *automatic stay*, em referência ao instituto equivalente do direito norte-americano: “A *order for relief* produz, como efeito imediato, a paralisação automática de toda providência, judicial ou extrajudicial, que estiver sendo tomada por um credor e para receber seu crédito. Dá-se ao fenômeno, que não se restringe aos procedimentos em curso, vedando também a instauração de novos (desde que se refiram a créditos anteriores), o nome de *automatic stay*”. (PAULO F. C. SALLES DE TOLEDO. *A empresa em crise no direito francês e americano*. Dissertação de Mestrado, São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 1987, p. 22).

<sup>7</sup> A propósito da distinção, FÁBIO ULHOA COELHO leciona: “Suspendem-se as execuções individuais contra o empresário individual ou sociedade empresária que requereu a recuperação judicial para que eles tenham fôlego necessário para atingir o objetivo pretendido da reorganização da empresa. A recuperação judicial não é execução concursal e, por isso, não se sobrepõe às execuções individuais em curso. A suspensão, aqui, tem fundamento diferente. Se as execuções continuassem, o devedor poderia ver frustrados os objetivos da recuperação judicial, em prejuízo, em última análise, da comunhão dos credores” (*Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 74).

Daí que, sendo inexigível do devedor a prestação à que se obrigou, indaga-se se, ainda assim, seria possível demandar os garantidores dessa obrigação, sobretudo porque o art. 49, § 1º, da LRF dispõe que os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso<sup>8</sup>.

Ou seja: estando suspensa a exigibilidade da obrigação do devedor (por conta do processamento da recuperação), também estará a daquele que lhe garante o cumprimento (muitas vezes, ou quase sempre os sócios e administradores)?

A questão é complexa e sobre ela divergem a doutrina e a jurisprudência, embora nos últimos anos tenha se sedimentado o entendimento de que a suspensão das ações e execuções em face do devedor não atinge os garantidores, independentemente da natureza da garantia (e.g., fiança ou aval).

A propósito do tema, confira-se a lição de JOÃO OTÁVIO DE NORONHA e SÉRGIO MOURÃO CORRÊA LIMA<sup>9</sup>:

*Em regra, a suspensão disposta pelo caput do art. 6º atinge somente o devedor, em regime de falência, de recuperação judicial ou de liquidação extrajudicial. Portanto, a prescrição e as ações e execuções contra os coobrigados continuam em curso (art. 49, § 1º). É o caso, por exemplo, de execução de nota promissória emitida por devedor principal e avalizada por dois garantidores. Declarada a falência do emitente, o processo executivo será suspenso contra falido, prosseguindo normalmente contra os avalistas.*

Nesse exato sentido vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça<sup>10</sup>, na esteira de inúmeros julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>11</sup>:

**PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 557, § 1º, DO CPC. CABIMENTO. RECUPERAÇÃO**

<sup>8</sup> De forma semelhante, o art. 148 da antiga lei de falências (Decreto-lei nº 7.661/45) dispunha que “a concordata ... não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores deste e os responsáveis por via de regresso”. Ressalte-se, porém, que à concordata não se sujeitavam os créditos privilegiados, mas apenas os quirografários (art. 147).

<sup>9</sup> In: CORRÊA LIMA, Osmar Brina [et. al.] (Coords.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 88. No mesmo sentido leciona FÁBIO ULHOA COELHO: “A recuperação judicial do garantido (avalizado ou afiançado) não importa nenhuma consequência relativamente ao direito do credor exercitável contra o garante (avalista ou fiador). Por isso, a recuperação judicial daquele não importa a suspensão da execução contra este”. (*Comentários à Lei de Falências*. 9 ed. São Paulo Saraiva: 2013. p. 181).

<sup>10</sup> STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1191297-RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.6.2013. No mesmo sentido, confira-se: STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 170.672/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 05/02/2013; STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1268682/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, j. 20/11/2012; STJ, 4ª T., REsp 1269703/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 13/11/2012; STJ, 2ª Seção, AgRg no CC 116.173/AL, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 10/04/2013; STJ, 3ª T., REsp 1.095.352/SP, rel. Min. Massami Uyeda, j. 9.11.2010. Em sentido contrário, localizou-se um único precedente do Superior Tribunal de Justiça, fundado em decisão monocrática proferida no Ag nº 1077960/SP, rel. Aldir Passarinho Júnior, j. 30.6.2009.

<sup>11</sup> TJSP, 23ª Câmara. Dir. Priv., Al 7.117.360-1, rel. Des. José Marcos Marrone, j. 7.3.2007; TJSP, 20ª Câmara. Dir. Priv., Al nº 7.158.895-5, rel. Des. Álvaro Torres Júnior, j. 16.10.2007; TJSP, 23ª Câmara. Dir. Priv., Al nº 7.277.615-1, rel. Des. Oseas Davi Viana, j. 31.7.2008; TJSP, 13ª Câmara. Dir. Priv., Al nº 0080644-52.2008.8.26.0000, rel. Des. Heraldo de Oliveira, j. 26.11.2008; TJSP, 21ª Câmara. Dir. Priv., Al nº 0065879-08.2010.8.26.0000, rel. Des. Mauricio Ferreira Leite, j. 11.3.2010; TJSP, 14ª Câmara. Dir. Priv., Al nº 0432511-40.2010.8.26.0000, rel. Des. Thiago de Siqueira, j. 23.2.2011; TJSP, 16ª Câmara. Dir. Priv., Al nº 0047669-69.2011.8.26.0000, rel. Des. Miguel Petroni Neto, j. 13.12.2011; TJSP, Al nº 0285928-52.2011.8.26.0000, 21ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. Itamar Gaino, j. 7.3.2012; TJSP, 14ª Câmara. Dir. Priv., Al nº 2089483-22.2014.8.26.0000, rel. Des. Melo Colombi, j. 28.8.2014. Em sentido contrário: TJSP, 21ª Câmara. Dir. Priv., Embargos infringentes nº 9087774-71.2007.8.26.0000, rel. Des. Antonio Marson, j. 3.12.2008.

*JUDICIAL. ART. 6, CAPUT, DA LEI N. 11.101/2005. EXECUÇÃO CONTRA COBRIGADOS, FIADORESE OBRIGADOS DE REGRESSO. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. É cabível a aplicação do art. 557, § 1º, do CPC quando manifesto que o acórdão recorrido encontra-se em confronto com a jurisprudência dominante do próprio tribunal ou de tribunais superiores. 2. A suspensão prevista no art. 6º, caput, da Lei n. 11.101/2005 atinge somente a empresa devedora em regime de falência, recuperação judicial ou liquidação extrajudicial, não impedindo o curso das execuções contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da citada lei), com ressalva dos sócios com responsabilidade ilimitada e solidária. 3. Agravo regimental desprovido. (...) Com efeito, a suspensão prevista no referido dispositivo atinge somente a empresa devedora em regime de falência, recuperação judicial ou liquidação extrajudicial, não impedindo o curso das execuções contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da citada lei), com ressalva dos sócios com responsabilidade ilimitada e solidária.*

A partir dessa orientação dominante foi elaborado o Enunciado nº 43 da I Jornada de Direito Comercial promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “A suspensão das ações e execuções previstas no art. 6º da Lei n. 11.101/2005 não se estende aos coobrigados do devedor”.

É preciso levar em conta, porém, que as decisões e opiniões doutrinárias até aqui proferidas estão intimamente ligadas à tradição positivista do nosso direito, apegando-se à independência formal entre o devedor e seus garantes, à autonomia da garantia (no caso do aval) e à experiência da concordata, mas sem maiores reflexões sobre os impactos dessa posição sobre negociação do plano de recuperação, sobre a coletividade de credores ou sobre a consecução dos princípios informadores da lei falimentar, notadamente da preservação da empresa (paradoxalmente invocado para justificar todo tipo de transgressão do texto da norma<sup>12</sup>).

Isso talvez possa ser explicado porque, no mais das vezes, essa matéria não é apreciada pelo juízo da falência, mas pelos vários juízos em que se processam as execuções individuais contra os garantidores, as quais não se sujeitam à *vis attractiva*<sup>13</sup> do juízo universal<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Confira-se, por exemplo, o Enunciado nº 42 da I Jornada de Direito Comercial promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada em outubro de 2012: “O prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor”. Esse enunciado, que traduz a jurisprudência que vem se formando a respeito do tema, contraria a disposição literal do § 4º do art. 6º da LRF, que prevê, com meridiana clareza, que “a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação” (destacou-se).

<sup>13</sup> Nesse sentido, confira-se: “não incide a vis attractiva do artigo 76 da Lei nº. 11.101/05, que institui o juízo universal apenas na falência. Da mesma forma que ocorria quando da vigência do Decreto-lei nº. 7.661/1945, a atual Lei nº. 11.101/05 não instituiu o ‘juízo universal da recuperação judicial’ (TJSP, 2ª Câmara de Direito Empresarial, AI nº 0109144-55.2013.8.26.0000, Rel. Tasso Duarte de Melo, j. 4.11.2013). Até porque os juízes da recuperação são renitentes em apreciar pedido de extensão dos efeitos da suspensão aos garantidores, por entenderem que falece ao devedor legitimidade para postular na defesa de interesses de terceiros. Nesse sentido, confira-se: TJSP, 1ª Câmara Empresarial, Apelação nº 0053960-08.2013.8.26.0100, rel. Des. Teixeira Leite, j. 20.3.2014.

<sup>14</sup> Ainda assim, nas poucas vezes em que se debruçaram sobre a questão (incidentalmente), as Câmaras Empresariais do Tribunal de Justiça de São Paulo, com competência para o julgamento dos recursos advindos dos processos de recuperação

Não se advoga que a jurisprudência e doutrina estejam equivocadas, mas é imperioso salientar que a discussão do tema ainda não gravitou em torno da repercussão que produz sobre a própria recuperação, nem cogitou dos seus reflexos sobre o modelo de “negociação estruturada” à que se filiou a nova lei concursal<sup>15</sup>.

Nesse sistema de negociação estruturada (*structured bargaining*), concebe-se o processo de recuperação judicial como mecanismo para solucionar a crise da empresa de forma eficiente, segundo a ideia de que a negociação entre os credores e com o devedor, quando realizada de acordo com a estrutura legal, tende a produzir comportamentos cooperativos, de convergência de interesses, em lugar do comportamento individualista: “Confia-se que desse processo de negociação estruturada (regulada pela lei) possa resultar a solução consentânea com o interesse público na preservação da empresa viável e na liquidação da empresa inviável”<sup>16</sup>, de modo que o processo se coloca a serviço daqueles objetivos dispostos nos arts. 47 e 75 da LRF e que se traduzem no princípio da preservação da empresa.

Ocorre que, em determinados casos, esse equilíbrio de forças entre o devedor e seus credores, ou entre os próprios credores, poderá ser rompido caso determinadas partes envolvidas puderem, individualmente e em prejuízo da coletividade, exigir o pagamento do crédito diretamente dos garantidores, sobretudo quando estes forem os próprios sócios ou administradores do devedor, como sói ocorrer.

Poucas vezes levantaram o potencial problema gerado pela falta de uniformidade de tratamento entre o devedor e os garantidores.

JULIO KAHAN MANDEL<sup>17</sup>, logo por ocasião da edição da lei, lembrou que os créditos garantidos por fiança ou aval são normalmente aqueles titulados pelos bancos, de sorte que o prosseguimento das suas execuções contra os garantidores (sócios ou parentes) equivalia a mais uma das várias vantagens de que gozam as instituições financeiras, a ensejar de desequilíbrio entre os credores e tumultuar o andamento da recuperação.

Por sua vez, MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO<sup>18</sup> ponderou o desestímulo à recuperação judicial e às finalidades da lei caso o devedor possa, a despeito da aprovação do plano, ser acionado regressivamente pelos garantidores demandados individualmente.

---

judicial e falência, comungaram do mesmo entendimento majoritário das Câmaras de Direito Privado, que julgam os recursos advindos dos processos de execução: “Recuperação judicial Pretensão de exclusão dos apontamentos existentes nos cadastros de inadimplentes e suspensão dos efeitos dos protestos. Indeferimento. Admissibilidade. Suspensão do art. 6º da Lei 11.101/05 que não atinge e nem suprime o direito material dos credores, tanto que não impede o prosseguimento das ações e execuções contra os coobrigados do devedor Enunciado 54 da I Jornada de Direito Comercial” (TJSP, 1ª Câmara de Direito Empresarial, AI nº 2032842-48.2013.8.26.0000, rel. Des. Enio Zuliani, j. 6.2.2014).

<sup>15</sup> “Os §§ 2º e 3º do art. 56 (além de outros dispositivos) revelam que a Lei, embora tenha claramente se filiado ao sistema da negociação entre devedor e credores (*structured bargaining*), afastando-se do modelo de índole fortemente processualista adotado pelo Dec.-Lei de 1995, mantém um *processualismo* ingênuo ao regular o processo de negociação, olvidando os aspectos econômicos que o envolvem.” (EDUARDO SECCHI MUNHOZ. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes (Coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 275).

<sup>16</sup> EDUARDO SECCHI MUNHOZ. “Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 36, 2007, p. 191.

<sup>17</sup> *Nova lei de falências e recuperação de empresas anotada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 102.

<sup>18</sup> “Esse credor, após receber o valor menor do devedor original em recuperação, voltar-se-ia contra o garantidor, que não teria como se livrar do pagamento, até porque sempre poderia valer-se do direito de regresso contra o garantido. No entanto, nesse caso, estaria frustrado o próprio espírito da lei, que pretende dar oportunidade de recuperação ao devedor em crise. É que, embora o devedor fizesse um acordo com seu credor para pagar um valor em condições mais favoráveis (no caso, em valor menor do que o original), ainda assim viria a responder, em regresso, pelo abatimento que teria conseguido com o

Nos Estados Unidos, cujo sistema falimentar inspirou fortemente a Lei nº 11.101/2005, o problema da extensão da suspensão aos garantidores é debatido desde longa data, sobretudo em razão dos efeitos econômicos que essa suspensão (ou a falta dela) produz sobre o sucesso da reorganização e a coletividade de credores.

Assim como ocorre aqui, o pedido de reorganização fundado no *Chapter 11* do *Bankruptcy Code* não implica a suspensão automática das ações contra os coobrigados e garantidores do devedor<sup>19</sup>.

Porém, essa suspensão pode ser excepcionalmente deferida *pele juízo da reorganização* se demonstrado que o prosseguimento das ações contra os coobrigados será capaz de comprometer a aprovação do plano ou os objetivos da reorganização. Até aqui, desde logo se observam duas distinções importantes: primeiro, confere-se legitimidade ao próprio devedor para requerer a extensão da *automatic stay* aos coobrigados; segundo, reconhece-se a competência do próprio juízo concursal para determinar a suspensão.

Embora não exista previsão específica a esse respeito no *Bankruptcy Code*<sup>20</sup>, atribui-se essa prerrogativa ao juízo da reorganização à vista do disposto no §105(a) desse diploma<sup>21</sup>, que lhe confere autoridade geral (e genérica) para emitir ordens ou proferir julgamentos destinados a impor a execução da lei ou das próprias determinações, ou para evitar o abuso do processo<sup>22</sup>.

---

credor. Com certeza, em tal situação, não estaria sendo atendida a finalidade da lei, pois haveria apenas simples postergação do pagamento, tornando-se inócuo qualquer acordo que fosse feito entre devedor em crise e credor. Em consequência, a sociedade empresária estaria desestimulada de se socorrer da recuperação judicial que a lei lhe oferece” (“A responsabilidade do garantidor na recuperação judicial do garantido”. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 105, set./2009, p. 131).

<sup>19</sup> “Actions against surety, co-debtor, or guarantor are not stayed. See e.g. *Reliant Energy Services, Inc. v. Enron Canada Corp.*, 349 F.3d 816, 825 (5<sup>th</sup> Cir. 2003) (“[by its terms the automatic stay applies only to the debtor, not to co-debtors under Chapter 7 or Chapter 11]”) (MICHAEL COOK [et. al.]. *The Bankruptcy Code’s automatic stay*. N. Iorque: 2008. Disponível em: <http://www.srz.com>. Acesso em: 10.09.2014).

<sup>20</sup> Exceto nos procedimentos de reorganização fundados no *Chapter 13*, destinados a pessoas físicas que possuam renda regular ou dívidas até certo montante. Nesse caso a suspensão é automática em relação a terceiros coobrigados, observadas as disposições do § 1301 do *Bankruptcy Code* (*Stay of action against codebtor*).

<sup>21</sup> *Bankruptcy Code*, §105(a): “The court may issue any order, process, or judgment that is necessary or appropriate to carry out the provisions of this title. No provision of this title providing for the raising of an issue by a party in interest shall be construed to preclude the court from, sua sponte, taking any action or making any determination necessary or appropriate to enforce or implement court orders or rules, or to prevent an abuse of process”.

<sup>22</sup> “The automatic stay protects the debtor and its property from claims that are asserted or that could have been asserted against the debtor or its property pre-petition. However, situations arise where a debtor attempts to extend this automatic protection to certain nondebtor parties who have some relationship to the debtor and whose participation in or impact on the Chapter 11 process will affect the debtor’s reorganization. Parties who might have this type of relationship include non-bankrupt co-debtors, officers, directors, guarantors, sureties and insurers. As a result, the benefit of the automatic stay has been applied to nondebtors against whom a creditor may also have claims. The United States Bankruptcy Code, 11 U.S.C. §§101-1330, provides a fundamental significant benefit to a debtor by automatically staying litigation upon the filing of a bankruptcy petition under 11 U.S.C. §362(a). That benefit is statutorily reserved solely for the debtor and only under special circumstances defined by the bankruptcy courts over recent years. Relief in instances where a debtor attempts to extend this automatic protection to nondebtor parties is afforded under 11 U.S.C. §105(a) (procedurally, the relief is sought by way of the commencement of an adversary proceeding by the debtor under Fed. R. Bankr. P. 7001(9), seeking injunctive relief). Section 105(a) grants bankruptcy courts broad equitable power and authority to act in furtherance of the Bankruptcy Code and provides that: The court may issue any order, process or judgment that is necessary or appropriate to carry out the provisions of this title [11 U.S.C. §§101-1330]. Notwithstanding this seemingly limitless power, §105 does have its boundaries. While it may not be used to affect the substantive rights and remedies of a party that can be specifically asserted under the Bankruptcy Code or the Federal Rules of Bankruptcy Procedure, §105 is a debtor’s tool of last (and sometimes first) resort to stop litigation between nondebtors dead in its tracks. Hence, §105 may be used, and has been used, to provide injunctive relief where creditors are attempting to assert claims outside of the bankruptcy proceeding against nondebtor parties or where the litigation by the creditors will impact negatively on the bankruptcy process unless it is stopped” (MICHAEL S. ETKIN; e IRA M. LEVEE. “Automatic Stay Doctrine Applies to Certain Related Nondebtors”. *New Jersey Law Journal*: 2001. Disponível em: <http://www.lowenstein.com/publications/articles/detail.aspx?PubID=106>. Acesso em: 10.09.2014).



Em síntese, as cortes norte-americanas só têm admitido a suspensão das execuções em face dos coobrigados e garantidores sob circunstâncias extraordinárias e desde que demonstrado “(1) que mal irreparável à reorganização do devedor ocorrerá se os processos contra os codevedores prosseguirem; (2) que existe uma boa chance de sucesso da reorganização ameaçada pelos processos não falimentares; e (3) que não haverá (ou será mínimo) o prejuízo causado ao credor se tais processos permanecerem suspensos”<sup>23</sup>.

Entre essas circunstâncias estão justamente casos em que os garantidores são os próprios sócios ou os administradores do devedor. Sabe-se que os bancos, ao concederem empréstimos e linhas de créditos, exigem o aval ou a fiança dos sócios e administradores do devedor ainda que o patrimônio pessoal muito aquém da dívida. A finalidade disso, obviamente, não é garantir a dívida, mas servir de instrumento de pressão sobre aqueles que dirigem a empresa, o que é especialmente preocupante num sistema como o nosso, em que a proposição do plano de recuperação compete exclusivamente ao devedor.

Além disso, a experiência demonstra que são os próprios sócios e administradores do devedor que, por serem dos mais interessados na recuperação da empresa, são os responsáveis pela obtenção dos fundos necessários ao soerguimento, por vezes empenhando até mesmo recursos próprios. Assim, se esse recursos ficarem expostos à execuções individuais, por conta de garantias dadas por obrigações do próprio devedor, a chance de insucesso da recuperação aumenta significativamente, em prejuízo de toda a coletividade de credores<sup>24</sup>.

Outras situações excepcionais, para a jurisprudência americana, abarcariam os casos em que a manutenção das execuções contra os coobrigados seja por algum motivo capaz de reduzir os ativos do devedor (em prejuízo de toda a coletividade de credores), ou em que a identidade entre o devedor e os coobrigados fosse tal que pudessem ser considerados essencialmente a mesma pessoa<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> “The automatic stay in bankruptcy acts to stay all actions to collect a debt against a debtor. In most cases the automatic stay does not apply to co-debtors, such as guarantors. Therefore, lenders who had the foresight to require guarantors or co-makers on a loan can usually proceed against them and retain a separate source for recovery of the debt even though the primary debtor is in bankruptcy. Nevertheless, Chapter 11 debtor will sometimes seek to stay collection suits against guarantors claiming that the suit will be injurious to the reorganization effort, that the co-debtors’ assets may be a source of post-petition financing, or that co-debtor managers may be unduly distracted and burdened by litigation. The bankruptcy courts all have the equitable powers necessary to extend the automatic stay to non-debtor guarantors and makers, but they rarely exercise them. Before the courts will consider an injunction of collection action, the Chapter 11 debtor must show: (1) that irreparable harm to the reorganizing debtor will occur if the proceedings against co-debtors continue; (2) that there is a likelihood of a successful reorganization which is threatened by the non-bankruptcy proceedings; and (3) that there will be no (or minimal) harm to the creditor if such actions are stayed. In cases where the courts have actually stayed such litigation, they have taken pains to cite the ‘unusual circumstances’ present” (H. JASON GOLD [et. al.]. “Actions Against Co-Debtors in Chapter 11”. Disponível em: <http://www.wileyrein.com/publications.cfm?sp=articles&id=3484>. Acesso em: 10.09.2014).

<sup>24</sup> “Although the liability of a co-debtor may not be substantial, there are still those instances where the debtor needs this injunctive relief because the nondebtor party (i) is a potential source of capital that would disappear were a judgment obtained against that nondebtor, or (ii) is an officer, director or agent of the debtor, whose ability to participate in the reorganization process will be impaired if compelled to defend the action unless enjoined. See *In re Third Eighty-Ninth Assocs.*, 138 B.R. 144 (S.D.N.Y. 1992)”. (MICHAEL S. ETKIN; e IRA M. LEVEE. *Op. cit.*).

<sup>25</sup> “One such circumstance where an injunction may issue is where there is such identity between the debtor and the co-debtor that they could be considered essentially the same party. Courts have held that when a judgment against a co-debtor will have a direct effect on the bankruptcy estate, such non-bankruptcy proceedings violate the purpose of the automatic stay and jeopardize the bankruptcy court’s ability to effectively administer the bankruptcy estate. A second situation where bankruptcy courts may issue injunctions to stay proceedings is where proceedings against the co-debtor would reduce or diminish the property of the bankrupt debtor (such as the debtor’s insurance fund or pool) to the detriment of the debtor’s creditors as a whole”. (H. JASON GOLD [et. al.]. *Op. cit.*).

Enfim, são apenas alguns exemplos das implicações de ordem econômica relacionadas à manutenção das execuções contra os garantidores, que têm reflexo direto sobre as negociações travadas em torno do plano de recuperação (inclusive sobre a legitimidade das deliberações da Assembleia Geral de Credores) e que merecem resposta da doutrina e da jurisprudência, ainda que para ratificar a posição que vem sendo firmada.

De qualquer forma, sem embargo dessa discussão, não nos parece que a matéria possa ser resolvida de modo uniforme para todos os casos. Mesmo sob enfoque estritamente positivista, merece tratamento específico conforme sejam a natureza e a modalidade da garantia prestada, como ressaltado no início deste ensaio.

## 2.1. A fiança

Dispõe o art. 818 do Código Civil que “pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, *caso este não a cumpra*”. A fiança trava-se entre o *fiador* e o *credor* e tem natureza de contrato subsidiário, por ter a execução condicionada à inexecução do contrato principal<sup>26</sup>.

Em regra, defere-se ao fiador o benefício da excussão, que lhe garante o direito de exigir que o credor acione o devedor principal em primeiro lugar. Cuida-se de exceção que, invocada oportunamente pelo fiador, permite-lhe recusar o pagamento da dívida antes que o credor tenha, sem êxito, tentado executar os bens do devedor<sup>27</sup> (CC, art. 827, caput)<sup>28</sup>.

Esse benefício só não aproveita ao fiador (i) se ele o renunciou expressamente, (ii) se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário, ou (iii) se o devedor for insolvente, ou falido (CC, art. 828).

No entanto, o benefício não tem caráter absoluto, pois para invocá-lo o fiador deverá “nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito” (CC, art. 827, parágrafo único).

Vale dizer que, para alcançar bens do fiador, não é necessário esgotar todas as possibilidades de cobrança contra o afiançado. Basta, apenas, que inexistam bens livres e desembargados no mesmo município da execução.

Além disso, estando suspensa a execução contra o devedor, ao credor não aproveitará a nomeação do fiador, já que não poderá efetivar a penhora. Assim, poder-se-ia até mesmo argumentar que, nesse caso, durante a suspensão prevista no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/05 seria impossível a nomeação de bens livres pelo devedor, a ensejar a exclusão do benefício de ordem.

Logo, qualquer que seja a modalidade de fiança, é relevante investigar se a suspensão da exigibilidade da obrigação do devedor (por conta do processamento da recuperação) impede o credor de dirigir-se contra o fiador, o que ganha ainda mais importância (e complexidade) nas hipóteses de exclusão do benefício de ordem previstas no art. 828, I e II, do Código Civil, notadamente nos casos em que o fiador assume o compromisso como principal pagador ou devedor solidário, como normalmente ocorre.

<sup>26</sup> Cf. ORLANDO GOMES. *Contratos*. 26 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 536.

<sup>27</sup> Cf. ORLANDO GOMES. *Op. cit.*, p. 539.

<sup>28</sup> Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.



Para essa finalidade, convém primeiro entender o objeto e a natureza da obrigação assumida pelo fiador.

Acerca do primeiro conceito, PONTES DE MIRANDA<sup>29</sup> esclarece que “o fiador não promete pagar se o devedor principal não paga, nem promete pagar em lugar do devedor principal. Promete o *adimplemento pelo devedor principal*. Se esse não adimpler, como o fiador prometeu, há infração da promessa de ato de outrem. Não há assunção de dívida alheia e toda confusão a respeito é nociva à exposição científica. A *assunção de dívida alheia* pode ser *cumulativa ou substitutiva* (Tomo XXIII, §§ 2.819-2.820), porém mesmo aquela não é a fiança. Quem assume a dívida alheia faz-se devedor da mesma dívida, quer se extinga, quer não, a do devedor originário”.

Mais adiante, reafirma que “o fiador responde pela dívida do devedor principal, porque foi o adimplemento por esse o que ele prometeu ao credor. Por isso mesmo, o objeto do contrato, ou, em geral, da dívida do devedor principal não é o objeto da dívida do fiador. O objeto da dívida do fiador é o adimplemento pelo devedor principal, e não o que o devedor principal deve. Tem de prestar o que o devedor principal deve porque prometeu o adimplemento por esse”.<sup>30</sup>

São distintas, portanto, as obrigações do devedor e do fiador, ainda que, na prática, o conteúdo da prestação de ambas seja o mesmo: “O adimplemento pelo fiador é adimplemento de dívida própria, e não de outrem; porque se vinculou a prestar o adimplemento pelo devedor. Não é adimplemento por terceiro. Apenas se parece com o adimplemento *por terceiro na eficácia liberatória da dívida de outrem*.”<sup>31</sup>.

Por outro lado, acerca da natureza da fiança, afirma-se ser sempre acessória à obrigação cujo adimplemento assegura.

Cuidando-se, pois, de obrigações distintas, a do devedor de pagar a dívida, e a do credor de garantir o adimplemento pelo devedor, sendo esta acessória àquela, será então que, estando o devedor dispensado do adimplemento (por circunstância que lhe suspende a exigibilidade), algo poderia ser exigido do fiador?

A despeito de a fiança ser acessória à obrigação do devedor (o que permite argumentar que o acessório segue o destino do principal), decorre dos arts. 823 e 837 do Código Civil<sup>32</sup> que o fiador não pode assumir obrigação maior que a do devedor, assistindo-lhe “*todas as exceções extintivas da obrigação que competem ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso de mútuo a pessoa menor*”:

*A dívida do fiador é acessória, porque ele deve o adimplemento pelo devedor. Não há identidade das dívidas, porque prometeu que outrem faça a cerca não é prometer fazer a cerca. Se o fiador não pudesse opor o que o devedor poderia opor, a dívida do fiador seria mais dura do que a do devedor. Por isso, tem-se de atribuir ao fiador a*

<sup>29</sup> *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. 44, p. 91.

<sup>30</sup> *Op. cit.*, p. 149.

<sup>31</sup> PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 153.

<sup>32</sup> Art. 823. A fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas, e, quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa que ela, não valerá senão até ao limite da obrigação afiançada. Art. 837. O fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do mútuo feito a pessoa menor.

*oponibilidade de todas as objeções e exceções que o devedor poderia opor. Tais objeções e exceções existem para os dois devedores, independentemente, porque quem promete que outrem faça a cerca não promete mais do que a pessoa encarregada teria de fazer.* (PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 180).

Ora, se o adimplemento não pode ser exigido do devedor, logicamente não o poderá ser do fiador, que só responde se aquele (devedor), devendo promover o adimplemento da sua obrigação, deixa de fazê-lo. No caso, nada podendo ser exigido do devedor principal, porque suspensa a exigibilidade da sua obrigação, mais não se poderá exigir do fiador, que tem a sua obrigação *subordinada* a do devedor<sup>33</sup>.

Ademais, conquanto a inexigibilidade do crédito não seja propriamente uma exceção *extintiva* da obrigação – na verdade, ela lhe encobre a eficácia, pois retira do credor a pretensão de cobrá-la –, nem por isso o fiador pode ser impedido de invocá-la. Com efeito, comenta PONTES DE MIRANDA<sup>34</sup>:

*A respeito das exceções que competem ao devedor principal, a lei somente se referiu às exceções extintivas. No art. 1.502 do Código Civil fala-se de exceções extintivas da obrigação principal. O que se há de entender é que basta a exceção que atinja a obrigação sem atingir a dívida. Os legisladores raramente distinguem, na redação das leis, o que é extintivo da dívida, o que é extintivo da obrigação e o que apenas encobre a eficácia. A prescrição, por exemplo, não extingue a dívida, nem a obrigação (...) Todavia, o fiador ou o subfiador pode opor a exceção de prescrição da dívida principal.” (...) “A fiança é à dívida, e não à obrigação. Mas, se advém a mutilação da dívida pela desaparecimento ou pelo encobrimento da eficácia da dívida, extingue-se a fiança, uma vez que o fiador reaja.*

Não parece haver dúvida que, prescrita a ação para demandar a obrigação do devedor, nada se pode exigir do fiador. Não fosse assim, se a prescrição para o devedor em nada influenciasse na relação do credor com o fiador, nenhum sentido haveria no art. 204, § 3º, do Código Civil, que estabelece que “a interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador”.

A lógica desse dispositivo é elementar: enquanto exigível do devedor principal o seu adimplemento, o fiador não se desonera da sua obrigação, que é justamente o adimplemento *pelo devedor* (daí por que a interrupção contra o devedor prejudica o fiador). Do contrário, sendo inexigível o adimplemento *pelo devedor*, inexigível a própria obrigação do fiador.

O fato de tratar-se de fiador solidário, ou que presta a fiança como devedor principal – o que é a praxe –, mudaria essa situação?

Novamente segundo PONTES DE MIRANDA, a solidariedade do fiador é *atípica*, porque, conquanto implique pré-exclusão do benefício da excussão, não faz afiançado e

<sup>33</sup> “O fiador não se vincula a mais do que aquilo a que o devedor principal se vinculou. Por isso mesmo, se a dívida principal se extingue, ou se prescreve a pretensão que lhe corresponde, a fiança cessa.” (PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 93).

<sup>34</sup> *Op. cit.*, p. 182-183 e 212.

fiador devedores da mesma obrigação. A obrigação do fiador é sempre diversa, consistindo, repita-se, em garantir o adimplemento *pelo devedor*. Tanto é assim que, mesmo tratando-se de fiador solidário ou que se obriga como devedor principal, o pagamento feito por ele ao credor não extingue a dívida; esta sobrevive, sub-rogando-se o fiador nos direitos do credor contra o devedor principal:

*A relação em que se acham devedor principal e fiador não é, de regra, a de solidariedade. Solidário com o devedor principal é o fiador principal pagador: faz-se solidário sem que se apague a acessoriedade, o que significa pôr-se na fronteira a eficácia.*

*A solidariedade fidejussória somente ocorre se foi preestabelecida. Nas dívidas solidárias, há identidade do interesse passivo dos devedores. O interesse passivo do fiador e o que possa ser vantagem para ele não são iguais ao interesse passivo e ao que possa ser vantagem para o devedor, mesmo se se trata de fiança de fiança. A assunção de dívida solidária pode ter sido com intuito de garantia, mas, ainda assim, não se confunde com a fiança, nem muda de estrutura. Nas dívidas solidárias, o vínculo de cada devedor é independente; na fiança, depende do vínculo da dívida garantida.*

*Mesmo quando o fiador se faz devedor principal, a sua principalização não o torna sujeito passivo na relação entre o credor e o devedor. Não há, na cláusula de devedor principal, assunção de dívida alheia. Por isso, é preciso ter-se todo o cuidado e toda a atenção na invocação de regras jurídicas sobre solidariedade das dívidas quando se cogita de fiador solidário. A solidariedade, na fiança, é atípica”.<sup>35</sup>*

À vista de todas essas razões, parece que mesmo o fiador solidário, ou o que se obriga como “devedor principal”, não integram o polo passivo da mesma obrigação do afiançado. Não se forma uma pluralidade de sujeitos da mesma obrigação.

Ademais, prova a atipicidade da solidariedade na fiança a circunstância de o fiador solidário poder opor as exceções pessoais do devedor principal (CC, art. 837), o que não ocorre com a solidariedade típica (Código Civil, art. 281)<sup>36</sup>.

Tudo isso justifica que a inexigibilidade da obrigação do devedor possa ser oposta também pelo fiador solidário, ou que se obrigou como devedor principal.

Passemos então a investigar se a suspensão das ações e execuções contra o devedor, resultante do processamento da recuperação judicial, também opera a favor dos seus fiadores, normalmente os próprios sócios e administradores da empresa em recuperação.

A maior parte dos autores e da jurisprudência é contrária a essa possibilidade. Em suma, defende que o art. 49, §1º, da LRF, ao garantir aos credores do devedor em recuperação judicial *seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso*, permite-lhes fazer valer os seus direitos contra esses terceiros, independentemente de as ações e execuções contra o devedor estarem suspensas por força do art. 6º, § 4º da LRF.

<sup>35</sup> Pontes de Miranda. *Op. cit.*, p. 105.

<sup>36</sup> Art. 281. O devedor demandado pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais e as comuns a todos; não lhe aproveitando as exceções pessoais a outro co-devedor.

Nesse sentido, refutando em absoluto a suspensão das execuções contra os fiadores, estão MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO<sup>37</sup>, PAULO SÉRGIO RESTIFFE<sup>38</sup> e JOÃO BOSCO CASCARDO DE GOUVÊA<sup>39</sup>, entre outros.

Mesmo entendimento tem prevalecido no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*EMENTA: RECUPERAÇÃO JUDICIAL - COBRIGADOS - PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA ESTES - POSSIBILIDADE - À semelhança do que ocorria no sistema do Decreto-lei 7661/1945, o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial (art 52 da Lei 11.101/2005) ou a concessão da recuperação (art 58), não interfere nas relações do credor com os coobrigados do devedor em recuperação, podendo a execução ser normalmente ajuizada contra tais coobrigados, na forma do § 1º do art. 49 e parte final do artigo 59. - Agravo não provido.” (Agravo de Instrumento n° 7.126.147-7, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Manoel Justino Bezerra Filho, j. 22.5.2007).*

*“...Recuperação Judicial - Suspensão das execuções movidas contra a beneficiária do favor legal - Avalistas, fiadores e garantes de modo geral não ficam sujeitos aos efeitos da recuperação, prosseguindo, contra eles, as execuções respectivas. (Apelação n° 7.321.941-9, 21ª Câmara de Direito Privado, Rel. Silveira Paulilo, j. 13.5.2009)*

Admitindo a suspensão apenas em favor do fiador beneficiado pela excussão, afirmam ARNOLDO WALD e IVO WAISBERG<sup>40</sup>:

*Os efeitos dos 180 dias de suspensão das ações (art. 6º, § 4º), para estes sujeitos, dependerão da natureza da garantia oferecida. No caso específico dos fiadores, havendo benefício de ordem, a ação ou execução fica suspensa, pois o devedor principal em recuperação está ao abrigo do prazo suspensivo. Dessa forma, a fiança só poderá ser demandada após esgotadas as possibilidades contra o devedor principal. Situação diversa ocorre com os fiadores que tiverem renunciado ao benefício de ordem. Nessa hipótese, é legítimo o prosseguimento de ação contra estes mesmo durante o prazo de suspensão, pois a proteção concedida ao devedor não foi estendida aos seus garantidores.*

Acerca de questão semelhante, mas havida durante o regime falimentar anterior, FÁBIO KONDER COMPARATO<sup>41</sup> emitiu o parecer de que, por força do art. 148 do Decreto-lei n° 7.661/45<sup>42</sup>, o fiador não poderia opor ao credor a suspensão operada pela concor-

<sup>37</sup> “O credor com garantia de terceiro (v.g., aval, fiança etc.), mesmo sujeitando-se aos efeitos da recuperação, pode executar o garantidor”. (A nova lei de recuperação e falências comentada. 3 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 134).

<sup>38</sup> *Recuperação de Empresas*. Barueri-SP: Manole, 2008, p. 235.

<sup>39</sup> “Penso como o Professor Manuel Justino Bezerra Filho que os coobrigados poderão ser executados”. (*Recuperação e Falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 139).

<sup>40</sup> *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Coord. Osmar Brina Corrêa-Lima et al. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 341.

<sup>41</sup> “Efeitos da concordata preventiva do devedor principal sobre a relação de fiança”. In: *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 491-497.

<sup>42</sup> Art. 148. A concordata não produz novação, não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores deste e os responsáveis por via de regresso.

data em benefício do devedor (art. 161, § 1º, II, daquela mesma lei<sup>43</sup>), pois essa suspensão consistiria exceção pessoal do concordatário, que só a ele aproveita.

Para COMPARATO, apesar de o art. 1.502 do Código Civil de 1916 (repetido pelo art. 837 do código vigente, acima transcrito) deferir ao fiador todas as “exceções extintivas que compitam ao devedor”, na verdade essas exceções estariam limitadas “tão-somente às que não sejam ligadas à pessoa deste”<sup>44</sup> (devedor):

*Ora, já o frisamos, a concordata é um favor legal concedido ao empresário comercial em função de suas qualidades e de sua situação pessoal. Todas as condições da ação de concordata, previstas no art. 140 da Lei de Falência, dizem respeito à pessoa do autor ou à sua empresa (...)*

*Nessas condições, seria absurdo que esse benefício legal, concedido de modo personalíssimo a um comerciante, pudesse aproveitar ao seu fiador como defesa para o não-pagamento da dívida afiançada. Pode-se até dizer que, mesmo inexistente o art. 148 da Lei de Falências, a solução aí estabelecida haveria sempre de ser aplicada, como expressão de um princípio jurídico.*<sup>45</sup>

Mas seriam procedentes as razões de COMPARATO no regime da atual lei falimentar?

Mais do que no regime anterior, acentuou-se no vigente a separação da pessoa do empresário da figura da empresa. Por isso, talvez não se possa afirmar que a suspensão das ações e execuções seja mais um benefício pessoal do empresário do que um instrumento para a preservação da empresa.

Por outro lado, a lei atual incorpora, de forma expressa, os princípios da função social e da manutenção da empresa (LRF, art. 47)<sup>46</sup>, sendo então de indagar-se se, permitindo-se o prosseguimento das execuções contra os fiadores – quase sempre os sócios e/ou administradores da empresa em recuperação –, será possível atender-se à finalidade da lei (a mesma indagação, com importância redobrada, valerá para o aval, como se verá adiante).

É preciso considerar que a manutenção das execuções contra os sócios e administradores pode tornar a falência mais interessante do que a recuperação. Pois a falência permite, tanto aos credores quanto aos garantidores que se sub-rogarem nos direitos dos credores, avançar sobre os bens da empresa: caso coobrigados tenham de pagar a dívida, poderão desde logo exercer os direitos decorrentes da sub-rogação (CC, art. 831)<sup>47</sup>. Porém, mantida a empresa em recuperação, mas sem estender-se a suspensão aos coobrigados, os credores só poderiam dirigir sua pretensão contra os garantidores, os quais, mesmo pagando a dívida e sub-rogando-se no crédito, não poderiam exercer imediatamente a sua pretensão contra a empresa, por força do art. 6º, § 4º, da LRF.

<sup>43</sup> Art. 161... § 1º Estando em termos o pedido, o juiz determinará seja processado, proferindo despacho em que: II - ordenará a suspensão de ações e execuções contra o devedor, por créditos sujeitos aos efeitos da concordata.

<sup>44</sup> *Op. cit.*, p. 496.

<sup>45</sup> *Op. cit.*, p. 497.

<sup>46</sup> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

<sup>47</sup> Art. 831. O fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor...

Sem contar que, permitindo-se a execução contra os sócios e administradores, outorga-se, na prática, brutal instrumento de pressão a determinados credores (bancos), que poderá gerar desvios na discussão sobre o plano de recuperação.

Muitas vezes, o patrimônio pessoal dos administradores e sócios garantes nem de longe servirá para satisfazer os credores, mas nem por isso estes deixarão de acioná-los se isso aproveitar-lhes em uma negociação.

Por fim, sobre a incidência do art. 49, § 1º, da LRF, ressalta-se que, mesmo suspensa a exigibilidade da obrigação dos garantes, conservam os devedores as suas garantias, isto é, elas não deixam de existir porque momentaneamente inexigíveis. Aparentemente, desse raciocínio não resulta nenhuma incompatibilidade com a letra da lei, nem a torna sem função: sua aplicação reserva-se notadamente à novação resultante da concessão da recuperação judicial, nos termos dos arts. 59, caput, e 61, § 2º, da LRF.

## 2.2. O aval<sup>48</sup>

Mais difícil sustentar a incidência do art. 6º, § 4º, da LRF às obrigações garantidas por sócios e administradores mediante aval.

Segundo definição de JOÃO EUNÁPIO BORGES<sup>49</sup>,

*O aval - instituição de direito cambial - tem por finalidade garantir o pagamento da letra de câmbio e da nota promissória, assim como de outros títulos (cheques e duplicata) em parte assimilados aos cambiais.*

*(...) Criando, pelo saque, a letra de câmbio, ou emitindo a nota promissória, o sacador ou o emitente assume a obrigação de pagar a dívida cambial. Endossando-a, o tomador se obriga igualmente ao pagamento. Aceitando-a, o sacado junte-se à mesma obrigação: o pagamento da letra. Sacador ou emitente, aceitante, endossador e avalista, a todos que firmaram a letra incumbe a mesma responsabilidade: garantir o pagamento, e efetuar-lo quando exigido.*

*Enquanto, porém, a função de garantia é um simples acessório das outras declarações cambiais, cuja finalidade precípua é a de criar a letra de câmbio (saque) ou transmiti-la (endosso) ou completá-la pelo aceite, a função específica e única do aval é a garantia do pagamento - o aval é a garantia tipicamente cambiária, literal e expressa.*

Diferenciando o aval da fiança, PONTES DE MIRANDA<sup>50</sup> defende a autonomia do aval e a sua acessoriedade meramente formal, destacando a sua validade (e eficácia) a despeito da invalidade da declaração de vontade que avalizou (CC, art. 899, § 2º). Afirma, ainda, a vedação imposta ao avalista de opor as exceções próprias do avalizado, tudo a impedir a invocação, neste caso, de boa parte das razões expostas nos itens precedentes:

<sup>48</sup> Sobre o aval ver: DE LUCCA, Newton. O aval. *Revista de Direito Mercantil*. Ano XXIII (Nova Série) n. 53 Janeiro/Março de 1984, p. 41/71.

<sup>49</sup> *Do Aval*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 15.

<sup>50</sup> *Op. cit.*, p. 118.



*O aval é manifestação de vontade de garantia, negócio jurídico unilateral de garantia, não, porém, fiança. (...) O aval vale a despeito da invalidade da declaração de vontade (saque, aceite, subscrição, endosso, aval) que se avalizou, o que somente ocorre com a fiança em caso de invalidade por incapacidade. O aval, a despeito de ser garantia, é autônomo. A sua acessoriedade é só formal (Tomo XXXIV, § 3.895, 4). O avalista não pode opor as exceções próprias do avalizado.*

Em parecer que trata do aval dado em garantia da empresa concordatária, FÁBIO KONDER COMPARATO<sup>51</sup> rejeita peremptoriamente a possibilidade de estenderem-se ao avalista os benefícios conferidos ao devedor em concordata:

*O desenvolvimento do raciocínio, tanto à luz da natureza de garantia objetiva e autônoma do aval quanto no tocante ao alcance dos efeitos da concordata preventiva, relativamente aos coobrigados com o concordatário, levou-nos à mesma conclusão: a norma especial do art. 213 da Lei de Falências diz respeito a obrigações próprias do concordatário e não pode ser invocada pelo seu avalista, ao ser executado, por se tratar de exceção de direito alheio, a qual repugna tanto ao instituto do aval quanto ao da concordata.*

À vista da autonomia do aval e do disposto no art. 49, § 1º, da LRF, a jurisprudência vem entendendo ser absolutamente inviável suspenderem-se as execuções movidas contra o sócio/administrador avalista<sup>52</sup>.

Além disso, acerca do aval, devem ser também ponderadas as mesmas razões expostas no tocante à fiança, por conta das dificuldades impostas à recuperação da empresa em razão do prosseguimento das execuções contra os sócios e administradores. O que se disse lá vale igualmente aqui.

Por fim, seria de cogitar-se se a causalidade da declaração avalizada (extremamente acentuada nos contratos bancários) não poderia ser invocada para, mitigando-se a autonomia do aval, estender a suspensão também aos avalistas, sobretudo quando não ocorre a circulação do título<sup>53</sup>.

### 3. Efeitos da concessão da recuperação judicial

Dispõe o art. 59 da LRF que a concessão da recuperação judicial “**implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei**”.

<sup>51</sup> “Responsabilidade do avalista na concordata preventiva do avalizado”. In: *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 490.

<sup>52</sup> STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1191297-RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.6.2013. No mesmo sentido, confira-se: STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 170.672/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 05/02/2013; STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1268682/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, j. 20/11/2012; STJ, 4ª T., REsp 1269703/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 13/11/2012; STJ, 2ª Seção, AgRg no CC 116.173/AL, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 10/04/2013; STJ, 3ª T., REsp 1.095.352/SP, rel. Min. Massami Uyeda, j. 9.11.2010. Em sentido contrário, localizou-se um único precedente do Superior Tribunal de Justiça, fundado em decisão monocrática proferida no Ag nº 1077960/SP, rel. Aldir Passarinho Júnior, j. 30.6.2009.

<sup>53</sup> “Note-se que a abstração tem por pressuposto a circulação do título de crédito. Entre os sujeitos que participaram do negócio originário, o título não se considera desvinculado deste.” (FÁBIO ULHOA COELHO. *Curso de Direito Comercial*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 379.

Indaga-se acerca da incompatibilidade da novação do art. 59 da LRF (por alguns chamada de “novação recuperacional”<sup>54</sup>) com a novação disciplinada pelos artigos 360 a 367 do Código Civil, sobretudo porque esta extingue os acessórios e as garantias da dívida (CC, art. 364)<sup>55</sup>, ao passo que aquela os mantém (LRF, arts. 49, § 1º, 59 e 61, § 2º).

Mas se a novação não extingue a garantia, questiona-se se o credor poderá exigí-la mesmo se o plano de recuperação homologado estiver sendo devidamente cumprido pelo devedor.

As questões se colocam, portanto, em dois planos distintos, referindo-se primeiro à própria existência (ou subsistência) da garantia, e depois à sua eficácia.

Considerável número de julgados, que se apoia no entendimento prevalecente da doutrina<sup>56</sup>, entendeu que a “novação recuperacional” não extingue as garantias dadas ao cumprimento das obrigações novadas, nem impede os credores de exigí-las, independentemente do cumprimento ou não do plano de recuperação.

Confira-se, por exemplo, estes acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal de Justiça de Goiás:

*EXECUÇÃO - Suspensão - Inadmissibilidade - Recuperação judicial da devedora principal - Prossegue a ação contra o coobrigado, pois o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial (art. 52 da Lei 11.101/2005) ou a concessão do pedido de recuperação judicial (art. 58), não interfere nas relações do credor com os coobrigados do devedor em recuperação - Embora o art. 59 do mesmo diploma mencione que o plano de recuperação judicial implica “novação”, ele igualmente ressalva a ação contra os coobrigados, quando se refere à expressão “sem prejuízo das garantias”. Execução fundada em contrato de câmbio não está sujeita aos efeitos da recuperação judicial do devedor principal - Inteligência do § 4º do art. 49 da Lei 11.101/2005 - Dispositivo legal que deve ser aplicado, pois a Constituição Federal não confere ao juiz a produção de atos normativos ou a elaboração da lei, não podendo qualquer crítica ultrapassar o aspecto econômico da questão - Suspensão em razão do deferimento de recuperação judicial da devedora excedeu o prazo de 180 dias, previsto no art. 6º, § 4º, da Lei 11.101 de 9-2-05 - Vencido o período de 180 dias, a execução está liberada para o prosseguimento - Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 7.158.895-5, Tribunal de Justiça de São Paulo, 21ª Câmara de Direito Privado, Rel. Álvaro Torres Júnior, j. 16.11.2007).*

*Cinge-se a presente insurreição em elucidar se a deliberação alvo de protesto (fls. 2.847/2.859) fora contraditória, ao reconhecer a autoridade suprema da assembléia-geral e a liceidade do item 8.2 do*

<sup>54</sup> Dentre eles, MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS. “Novação recuperacional”. In: *Revista do Advogado*, nº 105, set./2009, p. 125.

<sup>55</sup> Art. 364. A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Não aproveitará, contudo, ao credor ressaltar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação.

<sup>56</sup> Entre outros, SÉRGIO CAMPINHO defende que “o preceito legal em análise manda preservar as garantias do crédito que, desse modo, não ficam alteradas pela novação operada. Por isso é que não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores desta e responsáveis pela via de regresso (§ 1º do artigo 49)”. (*Falência e recuperação de empresa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.148).



*plano de recuperação e, ao mesmo tempo, determinar a viabilidade de o credor exigir o cumprimento das garantias pelos terceiros dispensadas. Adstringe-se o recurso em apreço, outrossim, a verificar se o mesmo acórdão (fls. 2.847/2.859) incidiu em omissão, ao deixar de registrar em que medida a exceção vazada no art. 49, § 2º, da Lei nº 11.101/05 libera os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso dos deveres anteriores à recuperação judicial - lacuna que, por sua vez, alcançou o art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil e os arts. 35 e 47, ambos da Lei de Recuperação e Falência. Sem razão o embargante. Não há contradição alguma no acórdão objurgado, posto que a recuperação judicial foi solicitada e obtida pelo credor dito principal e só a ele beneficia. O Acórdão diz textualmente: 'O plano de recuperação vincula os credores para com o devedor que o solicitou, mas não atinge terceiros que por ventura sejam garantidores das obrigações, mesmo que tal disposição esteja evidenciada no plano.' De fato, o embargante confunde de forma predeterminada, os efeitos da recuperação judicial em face da empresa, com diferença em face dos garantidores da obrigação. Os garantes não estão sob os efeitos da recuperação, mas somente a própria empresa. Justamente por isso, podem ser acionados independente desta. O próprio artigo 59, da Lei de Recuperação Judicial ressalva as garantias, como não tocadas pelo benefício legal à empresa em dificuldade. Repito, quem tem o benefício é a empresa e não os garantidores de suas obrigações, mesmo que sejam seus sócios. Eventual pagamento, seja da empresa diante do plano aprovado, ou de terceiro coobrigados, deve imediatamente ser informado no processo, de modo que haja a compensação com a cobrança integral da dívida. Também não há qualquer contradição em se manter o plano apresentado, posto que o acórdão foi claro no sentido de que apenas os aspectos formais devem ser analisados em sede judicial. O judiciário não pode adentrar no mérito das cláusulas apresentadas, as quais não vinculam terceiros coobrigados, mas somente a empresa em recuperação judicial com seus credores de qualquer natureza. (Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento nº 69.626-4/180, Tribunal de Justiça de Goiás, 5ª Turma Julgadora da 2ª Câmara Cível, Rel. Aureliano Albuquerque Amorim, j. 5.5.2009).*

A leitura literal do artigo 59 da LRF, embora refira o termo “novação”, realmente não deixa dúvidas sobre a manutenção das garantias. O problema é que, na prática, desde a vigência da Lei, constata-se a necessidade de solucionar as questões decorrentes das garantias, após a concessão da recuperação judicial.

Nesse aspecto, pode-se mencionar o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, da mesma 21ª Câmara de Direito Privado, no qual se entendeu que, operada a novação, a exigência das garantias condiciona-se ao descumprimento do plano e à decretação da falência:

*Execução por título extrajudicial - Ação dirigida contra pessoa jurídica e contra os sócios desta, devedores solidários - Recuperação judicial homologada - Benefício legal que torna inexigível o título tanto para a devedora principal, quanto para os garantes, em razão de serem sócios da empresa em recuperação judicial - Análise do arti-*

go 49, § 1º, da Lei 11.101/2005, combinado com o artigo 739-A do CPC - Recurso provido. (Apelação nº 7.166.479-6. 21ª Câmara de Direito Privado. Rel. Souza Lopes. j. 31.10.2007).

MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, por sua vez, destaca<sup>57</sup>:

*Portanto, se concedida a recuperação na forma do art. 58, fica automaticamente sustada a previsão do § 4º do art. 6º, de tal forma que permanecerão suspensas as ações e execuções contra o devedor. Porém, as execuções contra os coobrigados não sofrem qualquer interferência, na forma do que dispõe o § 1º do art. 49, reiterada tal posição neste art. 59, que faz ressalva expressa ao mencionar que a novação se dá “sem prejuízo das garantias”. Este, aliás, é o sistema de nossa legislação, repetindo-se aqui o que já vinha previsto no art. 148 do Decreto-lei 7.666/1945, para a concordata.*

Já para EDUARDO SECCHI MUNHOZ<sup>58</sup>, a novação operada pela concessão da recuperação necessariamente “extingue os acessórios e garantias da dívida novada, admitindo-se que as partes estipulem o contrário, conforme se depreende do art. 364”.

A possibilidade de estipulação da exclusão das garantias ou sua suspensão vem sendo ventilada em cláusulas do plano de recuperação judicial, que muitas vezes são impugnadas e impõem ao juiz decidir sobre sua manutenção ou não<sup>59</sup>.

Portanto, compreender a peculiaridade dos efeitos da novação prevista no artigo 59, sem olvidar do disposto no artigo 61, § 2º parece fundamental para então analisar a eficácia das garantias depois da concessão da recuperação judicial, nos casos de descumprimento do plano e, ainda, a possibilidade de extinção das garantias pelo plano de recuperação, sobretudo sua oponibilidade aos credores dissidentes.

#### 4. Descumprimento do plano de recuperação

Dispõe o art. 61, § 2º, da LRF que “decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial”.

<sup>57</sup> *Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 8ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.172.

<sup>58</sup> In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. (Coordenadores). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: RT, 2005, p. 290.

<sup>59</sup> Nesse sentido: Agravo de Instrumento 0175314-43.2012.8.26.0000. Relator(a): Francisco Loureiro. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data do julgamento: 03/04/2014. Ementa: “RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Homologação de alteração de plano de recuperação judicial. Alteração aprovada por esmagadora maioria dos credores, com concordância do administrador judicial e do Promotor de Justiça. Divisão de credores quirografários em sub classes que, por si só, não significa violação do princípio da *pars conditio creditorum*, salvo em razão de marcada manobra para fraudar a lei. Créditos com origem em pré-pagamento de exportação (PPE), parte deles garantidos por penhor e hipoteca, a justificar o tratamento diferenciado Parcelas dos créditos quirografários que receberão praticamente o mesmo deságio - Alienação de ativos para pagamento dos credores já prevista no plano original, devidamente homologado em juízo e passado em julgado - Inexistência de razões para suspender os efeitos da decisão recorrida. *Desoneração dos coobrigados não se admite em plano de recuperação judicial, consoante entendimento pacífico dos tribunais*. Recurso provido em parte”.

Em razão disso, boa parte da doutrina entende que o plano se sujeita a condição resolutória, que reconstitui o credor no estado em que se achava antes da concessão da recuperação e, por conseguinte, da novação.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS<sup>60</sup>, escorado nas lições de PONTES DE MIRANDA, sustenta que, neste caso, estando a novação sujeita a condição resolutiva, o implemento da resolução não implica restabelecimento da obrigação novada, mas a constituição de nova obrigação, nos mesmos termos da obrigação original:

*De se concluir, pois, que a novação prevista como efeito da concessão da recuperação judicial, no que concerne ao devedor em recuperação, tem natureza similar, mas não idêntica à da novação regulada pelo Código Civil, que lhe atribui o efeito extintivo das obrigações anteriores da empresa recuperanda, ficando, no entanto, subordinada à condição resolutiva consistente no cumprimento do plano pelo devedor no prazo de 2 (dois) anos contado da concessão da recuperação. Se ocorrer o descumprimento de qualquer obrigação pactuada no plano, haverá convolação da recuperação em falência, e a nova obrigação resolver-se-á, surgindo uma obrigação nova que não se confunde com a prior obligatio, conforme o ensino e Pontes de Miranda.*

Aparentemente, a resolução prevista no art. 61, § 2º, da LRF, subordina-se ao período de 2 (dois) anos em que o devedor permanece em estado de recuperação (LRF, art. 61, *caput*). Decorrido esse prazo, o credor só poderá exigir o cumprimento da nova obrigação, conforme se depreende do art. 62 da LRF.

Nesse sentido, como alerta SIMONE RODRIGUES ALVES ROCHA DE BARROS<sup>61</sup>, “passados dois anos da concessão, sem qualquer inadimplemento do plano, a novação se opera de pleno direito e, mesmo na hipótese de requerimento da falência na forma do artigo 94, g, não se aplica o § 2º do artigo 61, que diz respeito apenas à falência requerida na forma do artigo 73, IV, da LRE”.

De qualquer modo, ainda que a condição resolutiva tácita prevaleça apenas por dois anos, a partir da concessão da recuperação judicial, nos casos de descumprimento do plano, durante os primeiros dois anos, convém analisar como serão manejadas as garantias reconstituídas, pois, na prática, poderão ter ocorrido pagamentos e rateios e mesmo situações irreversíveis, previstas no plano de recuperação aprovado e já consolidadas, que impediriam o retorno ao *status quo ante* de forma automática, como parece levar a leitura do artigo 61, § 2º.

Além disso, a natureza da garantia também deve ser observada, para que a reconstituição das garantias não deixe de observar as condições originariamente contratadas, com efeitos, também, sobre a prioridade de excussão.

<sup>60</sup> *Op. cit.*, p. 120.

<sup>61</sup> “Da concessão ao encerramento da recuperação judicial: o prazo de dois anos do art. 61 e suas implicações” in *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções* (Coordenação TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de; e SATIRO, Francisco). São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 399.

## 5. A extinção das garantias pelo plano de recuperação (oponibilidade aos credores dissidentes)

Na sequência, cumpre analisar se, aprovado o plano que preveja expressamente a extinção das garantias da dívida novada, essa extinção considerar-se-á, nos termos do art. 61, § 2º, da LRF, “ato validamente praticado no âmbito da recuperação judicial”, que foge aos efeitos da resolução da novação, e se ela será oponível também aos credores dissidentes do plano.

Além do acórdão do Tribunal de Justiça de Goiás, encontraram-se acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo acerca da mesma questão, ambos limitando os efeitos da extinção das garantias pactuadas no plano. O tribunal paulista, como se verá, entendeu que disposição dessa natureza seria válida, mas inoponível tanto aos credores dissidentes do plano quanto aos credores que não compareceram à assembleia geral ou se abstiveram de votar<sup>62</sup>:

*Recuperação judicial. Agravo de instrumento. Plano de recuperação judicial que contém cláusula que estende os efeitos da novação aos coobrigados, devedores solidários, fiadores e avalistas. Concessão do plano com aplicação do “cram down” do art. 58, § 1º e incisos da LRF. A novação prevista como efeito da recuperação judicial não tem a mesma natureza jurídica da novação disciplinada pelo Código Civil. Pretensão de credor de acolhimento de sua objeção colimando a nulidade da cláusula extensiva da novação aos garantidores fidejussórios (fiadores e avalistas). Nulidade não reconhecida. Validade e eficácia da cláusula em face dos credores que expressamente aprovaram o plano, por se tratar de direito disponível, que ao assim votarem, renunciaram ao direito de executar fiadores/avalistas durante o prazo bienal da “supervisão judicial”. Ineficácia da cláusula extensiva da novação aos coobrigados pessoais (fiadores/avalistas) em relação aos credores presentes à Assembleia-Geral que se abstiveram de votar, bem como aos ausentes do conclave assemblear. Evidente ineficácia da cláusula no que se refere aos credores que votaram contra o plano e, “a fortiori”, aos credores que formularam objeção relacionada com a ilegalidade da cláusula extensiva da novação. Agravo provido, em parte, para reconhecer a ineficácia da novação aos coobrigados por débitos da recuperanda, dos quais a agravante é a credora. Extensão dos efeitos deste julgamento aos credores ausentes, abstinentes e aos que formularam objeção à cláusula hostilizada. (Agravo de Instrumento nº 580.551-4/0-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado. Rel. Pereira Calças. j. 19.11.2008).*

*Recuperação Judicial. Homologação do plano aprovado pela Assembleia Geral de Credores. Soberania da decisão assemblear que não é absoluta, competindo ao juiz observar, mais do que apenas a sua legalidade e constitucionalidade, a ética, a boa-fé, o respeito aos credores e a manifesta intenção de cumprir a meta de recuperação.*

<sup>62</sup> No mesmo sentido, ver nota de rodapé 58.

*Deságio de 50%, o prazo de 20 meses para início do pagamento, o prazo de pagamento de 124 meses, juros remuneratórios abaixo do índice oficial que se insere na soberania da assembleia e na sua natureza de novação que assentiram os credores. Os coobrigados avalistas ou fiadores não estão sujeitos à recuperação, nos termos do art. 49, § 1º, sendo indevida a venda de ativos sem autorização judicial ou da assembleia, bem como a liberação ou alteração de garantias de qualquer espécie sem aprovação do credor, nos termos dos arts. 66 e 50, § 1º, da LRF. Correção monetária que é devida. Recurso provido em parte para, sem necessidade de nova assembleia, afastar do plano as disposições acima mencionadas. (Agravo de Instrumento n. 2017556-93.2014.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Maia da Cunha, j. 03.04.2014).*

*Recuperação Judicial. Alteração do Plano de Recuperação aprovada em Assembleia Geral de Credores por maioria. Homologação. Controle judicial de legalidade. Enunciado nº 44 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (CJF). Novação dos créditos anteriores ao pedido que não pode implicar em prejuízo às garantias. Ausência de manifestação expressa do agravante para permitir a supressão ou substituição das garantias reais. Artigos 49, § 1º, 50, § 1º e 59 da Lei nº 11.101/2005. Súmula 61 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Necessidade de convocação de nova Assembleia Geral de Credores. Agravo de instrumento parcialmente provido. (Agravo de Instrumento n. 0105481-98.2013.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. José Reynaldo, j. 03.02.2014).*

O problema de aceitar cláusulas que prevejam a exclusão de garantias apenas em relação aos credores anuentes é que o tratamento dado aos credores na mesma situação pode ficar prejudicado, além do comprometimento da ideia de soberania da assembleia de credores, a partir da prevalência da vontade da maioria, o que demanda reflexão.

Por outro lado, a submissão de credores com garantia dissidentes poderia acarretar afronta à própria segurança jurídica e seus consectários, na medida em que um credor que concede crédito e recebe em troca uma garantia, certamente precisa de segurança mínima de que essa garantia será respeitada, mesmo em caso de recuperação judicial ou falência.

A situação não é exclusividade brasileira, podendo-se mencionar, por exemplo, a solução da Lei Portuguesa de insolvência, que traz a seguinte disposição:

*Artigo 95º*

*Responsáveis solidários e garantes*

*1 - O credor pode concorrer pela totalidade do seu crédito a cada uma das diferentes massas insolventes de devedores solidários e garantes, sem embargo de o somatório das quantias que receber de todas elas não poder exceder o montante do crédito.*

*2 - O direito contra o devedor insolvente decorrente do eventual pagamento futuro da dívida por um condevedor solidário ou por um garante só pode ser exercido no processo de insolvência, como crédito sob condição suspensiva, se o próprio credor da referida dívida a não reclamar.*

E, ainda, no Capítulo III, que trata da execução do plano de insolvência e seus efeitos, vale destacar o disposto no artigo 217º:

*Efeitos gerais*

*1 - Com a sentença de homologação produzem-se as alterações dos créditos sobre a insolvência introduzidas pelo plano de insolvência, independentemente de tais créditos terem sido, ou não, reclamados ou verificados.*

*2 - A sentença homologatória confere eficácia a quaisquer actos ou negócios jurídicos previstos no plano de insolvência, independentemente da forma legalmente prevista, desde que constem do processo, por escrito, as necessárias declarações de vontade de terceiros e dos credores que o não tenham votado favoravelmente, ou que, nos termos do plano, devessem ser emitidas posteriormente à aprovação, mas prescindindo-se das declarações de vontade do devedor cujo consentimento não seja obrigatório nos termos das disposições deste Código e da nova sociedade ou sociedades a constituir.*

*3 - A sentença homologatória constitui, designadamente, título bastante para:*

*a) A constituição da nova sociedade ou sociedades e para a transmissão em seu benefício dos bens e direitos que deva adquirir, bem como para a realização dos respectivos registos;*

*b) A redução de capital, aumento de capital, modificação dos estatutos, transformação, exclusão de sócios e alteração dos órgãos sociais da sociedade devedora, bem como para a realização dos respectivos registos.*

*4 - As providências previstas no plano de insolvência com incidência no passivo do devedor não afectam a existência nem o montante dos direitos dos credores da insolvência contra os condevedores ou os terceiros garantes da obrigação, mas estes sujeitos apenas poderão agir contra o devedor em via de regresso nos termos em que o credor da insolvência pudesse exercer contra ele os seus direitos.*

No caso brasileiro, como se viu, também há previsão expressa, parecendo adequada a conclusão dos precedentes jurisprudenciais, no sentido de que apenas com a anuência expressa dos garantidores é possível afastar a possibilidade de continuar a perseguir o crédito contra os coobrigados, obviamente observadas as peculiaridades da natureza da garantia respectiva.

Nos casos em que não houver previsão no plano e a anuência dos credores garantidos, persiste a dúvida se o prosseguimento das execuções contra os garantidores poderia ocorrer normalmente ou apenas quando houver descumprimento do plano.

A resposta gravita em torno da natureza da garantia. Quando se trata de garantia com previsão de excussão subsidiária, é adequado que se exija o descumprimento do plano para o prosseguimento de execução contra o coobrigado, porque, do contrário, não há como reconhecer que o devedor originário não satisfaz o crédito, hipótese necessária para legitimar que se persiga o garantidor.

Nos casos de garantia real prestada por terceiro, a suspensão da exigibilidade da obrigação principal, assumida pela devedora em recuperação judicial, tem o condão de



suspender qualquer tentativa de excussão do bem garantido, pois só pode ser perseguido quando exigível for a obrigação cujo cumprimento garante, o que só ocorre nos casos de reconhecimento do descumprimento do plano de recuperação judicial.

Por outro lado, se a garantia for autônoma, como ocorre com o aval, não há como impedir o prosseguimento da execução contra o coobrigado.

No mesmo sentido, outro ponto que poderia ser abordado refere-se aos casos em que a garantia está vinculada a um título de crédito, pois, a partir da sua circulação, poder-se-ia analisar as hipóteses de inoponibilidade das exceções pessoais contra terceiro de boa-fé e a própria autonomia, típica dos títulos de crédito.

Nesse sentido, veja-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça<sup>63</sup>:

*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DEFERIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL À EMPRESA CO-EXECUTADA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DO AVALISTA. SUSPENSÃO. NÃO CABIMENTO. AUTONOMIA DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS NO TÍTULO DE CRÉDITO EXEQUENDO. 1.- Conforme o disposto art. 6º da Lei n. 11.101/05, o deferimento de recuperação judicial à empresa co-executada não tem o condão de suspender a execução em relação a seus avalistas, a exceção do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária. 2.- O Aval é ato dotado de autonomia substancial em que se garante o pagamento do título de crédito em favor do devedor principal ou de um co-obrigado, isto é, é uma garantia autônoma e solidária. Assim, não sendo possível o credor exercer seu direito contra o avalizado, no caso a empresa em recuperação judicial, tal fato não compromete a obrigação do avalista, que subsiste integralmente. 3.- As deliberações constantes do plano de recuperação judicial, ainda que aprovados por sentença transitada em julgado, não podem afastar as consequências decorrentes das disposições legais, no caso, o art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/05, o qual prevê que “os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso”. 4.- Agravo Regimental improvido.*

A hipótese da garantia estar vinculada a um título de crédito, como se vê, corrobora, a partir da **autonomia**, a possibilidade de manutenção da garantia, ainda que se devam observar eventuais pagamentos realizados durante a recuperação judicial.

De todo modo, a questão impõe acurada reflexão, sobretudo se considerada a ideia de preservação da empresa, a qual, embora não seja absoluta, não pode ser olvidada em qualquer posicionamento relacionado à recuperação judicial.

No caso específico da manutenção das garantias, soma-se o fato de que, na prática, os garantidores são os sócios da empresa em crise e qualquer medida de excussão de tais garantias passa, muito além da satisfação do crédito (que nem sempre será obtida), a constituir um ferramenta de pressão para a obtenção de vantagens pelo credor em face da empresa em recuperação judicial.

<sup>63</sup> AgRg nos EDcl no REsp 1280036/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 05/09/2013.

## 6. Conclusões

Como se viu, as questões envolvendo os efeitos do processamento da recuperação judicial sobre as garantias dadas pelos sócios e administradores do devedor são das mais polêmicas suscitadas pela LRF.

Instiga, em especial, saber se a suspensão operada por força do art. 6º, § 4º, da LRF aproveita aos garantidores, isto é, se ficam suspensas também as ações e execuções movidas contra eles pelos credores do devedor.

A análise dessa questão depende da natureza e da modalidade da garantia prestada.

Cuidando-se de fiança, mesmo prestada de forma solidária, com exclusão do benefício de ordem, o fiador pode opor ao credor todas as exceções que competem ao afiançado: não apenas as extintivas da obrigação, mas também aquelas que lhe encobrem a eficácia e a tornam inexigível, como a prescrição.

Da mesma forma, respeitado o entendimento majoritário em sentido contrário, conclui-se que, inexigível a obrigação do devedor em recuperação judicial, inexigível será a fiança.

Esse entendimento privilegia os objetivos da LRF, sobretudo a manutenção da empresa (art. 47), haja vista que o prosseguimento das execuções contra os garantidores, quase sempre os próprios sócios ou administradores da sociedade em recuperação, pode dificultar ou mesmo inviabilizar a aprovação do plano e, por conseguinte, o soerguimento da empresa.

Mais difícil sustentar que se suspendem as execuções contra os avalistas, dada a autonomia que caracteriza o aval. Todavia, se o título avalizado não circular (não se cogitando, pois, do interesse de terceiros de boa-fé), a acentuada causalidade da declaração avalizada poderia eventualmente ser invocada para estender a suspensão também aos avalistas, especialmente quando isso for absolutamente necessário para garantir o sucesso da recuperação, em benefício da coletividade de credores (casos de aval prestados por sócios e administradores do devedor, sem benefício econômico significativo para o credor titular da garantia).

No caso de concessão da recuperação judicial, o caminho é o mesmo, ao menos até que ocorra o descumprimento do plano aprovado, hipótese que, por força da própria LRF, autoriza o prosseguimento das execuções contra os coobrigados.

Finalmente, a previsão de cláusulas no plano de recuperação, prevendo a exclusão ou suspensão de garantias só pode ser admitida nos casos de anuência do credor garantido, ainda que a situação possa gerar um descompasso de tratamento entre credores na mesma situação e a quebra da soberania da vontade da maioria na assembleia de credores.

Talvez a questão pudesse estar melhor explicitada na Lei n. 11.101/05, como ocorre no caso da Lei Portuguesa.

De todo modo, como mencionado, a questão impõe acurada reflexão, sobretudo se considerada a ideia de preservação da empresa, a qual, embora não seja absoluta, não pode ser olvidada em qualquer posicionamento relacionado à recuperação judicial.



## 7. Bibliografia

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROS, Simone Rodrigues Alves Rocha de. “Da concessão ao encerramento da recuperação judicial: o prazo de dois anos do art. 61 e suas implicações” in *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções* (Coordenação TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de; e SATIRO, Francisco). São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. “A responsabilidade do garantidor na recuperação judicial do garantido”. In: *Revista do Advogado*, n° 105, set./2009, p. 129-134.

\_\_\_\_\_. *A nova lei de recuperação e falências comentada*. 3 ed. São Paulo: RT, 2005.

BORGES, João Eunápio. *Do Aval*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

\_\_\_\_\_. *A nova lei de recuperação e falências comentada*. 3 ed. São Paulo: RT, 2005.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. “Novação Recuperacional”. In: *Revista do Advogado*, n° 105, set./2009, p. 115-128.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Comercial*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

COMPARATO, Fábio Konder. “Efeitos da concordata preventiva do devedor principal sobre a relação de fiança”. In: *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 491-497.

\_\_\_\_\_. “Responsabilidade do avalista na concordata preventiva do avalizado”. In: *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 476-490.

COOK, Michael [et. al.]. *The Bankruptcy Code’s automatic stay*. Nova Iorque: 2008. Disponível em: <<http://www.srz.com>>. Acesso em: 10.09.2014.

DE LUCCA, Newton. O aval. *Revista de Direito Mercantil*. Ano XXIII (Nova Série) n. 53 Janeiro/Março de 1984, p. 41/71.

ETKIN, Michael S.; e LEEVEE, Ira M.. “Automatic Stay Doctrine Applies to Certain Related Nondebtors”. *New Jersey Law Journal*: 2001. Disponível em: <<http://www.lowenstein.com/publications/articles/detail.aspx?PubID=106>>. Acesso em: 10.09.2014.

GOLD, H. Jason [et. al.]. “Actions Against Co-Debtors in Chapter 11” Disponível em: <<http://www.wileyrein.com/publications.cfm?sp=articles&id=3484>>. Acesso em: 10.09.2014.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 536.

\_\_\_\_\_. *Obrigações*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOUVÊA, João Bosco Cascardo de. *Recuperação e Falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. *Recuperação judicial de empresas e falência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.

MACHADO, Rubens Approbato. *A Nova Lei das Falências*, São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005.

MANDEL, Julio Kahan. *Nova lei de falências e recuperação de empresas anotada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. 44.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. (Coordenadores). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 - 1 ed. e 2.ed.*- São Paulo: RT, 2005 e 2007, respectivamente.

\_\_\_\_\_. “Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 36, p. 184-199, 2007.

NORONHA; João Otávio de; CORRÊA LIMA; Sérgio Mourão. In: CORRÊA LIMA, Osmar Brina [et. al.] (Coords.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. “Considerações sobre os Títulos de Crédito no Projeto do Código Civil e Notas sobre o Código de 2002”. In: PENTEADO, Mauro Rodrigues (Coord.). *Títulos de crédito*. São Paulo: Walmar, 2004.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de Empresas*. Barueri-SP: Manole, 2008.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SIMIONATO, Frederico A. Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2008, v. 4.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles. *A empresa em crise no direito francês e americano*. Dissertação de Mestrado, São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 1987, p. 22.

\_\_\_\_\_; e ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* (Coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2005.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 2.

WALD, Arnaldo; WAISBERG, Ivo. In: CORRÊA-LIMA, Oscar-Brina et. al. (Coord.) *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

# Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos

*Daniel Carnio Costa<sup>1</sup>*

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

## 1 - Introdução

O entendimento adequado do instituto jurídico somente é atingido quando se conhece o contexto em que tal instituto se insere. É a compreensão dos fatores que deram causa ao seu surgimento que levará o interprete à correta análise de suas finalidades, a fim de melhor aplicá-lo com vistas a que se possa extrair da norma o seu real significado e a sua completa e adequada eficácia.

Estudar o direito não se limita ao estudo da letra da lei. Aliás, a leitura fria dos Códigos e diplomas legislativos até mesmo dispensaria um preparo específico em ciências jurídicas, bastando que o leitor tenha certo nível de compreensão das regras da língua escrita. Estudar direito pressupõe o conhecimento do que está por trás da letra da lei, tendo em consideração que o direito é um fenômeno histórico, político, social, que ocorre em determinada época, influenciado por determinadas situações político-econômicas e com certas finalidades a serem alcançadas. Somente o entendimento desse contexto permitirá o interprete da lei conhecer efetivamente o instituto jurídico para bem aplicá-lo, para extrair da lei o seu real significado e, até mesmo, para chegar a conclusão de que tal instituto não mais deve ser aplicado pelo desaparecimento de suas razões de existir.

Nessa linha, os institutos da recuperação judicial e da falência devem ser analisados em suas essências, considerando-se o contexto em que se encontram inseridos, a fim de que se consiga aplicá-los de forma eficiente e adequada aos seus propósitos. O conhecimento da essência dos institutos, como se verá adiante, influenciará de forma decisiva na interpretação e na aplicação das regras legais trazidas pela Lei 11.101/05.

E não é só.

É de conhecimento comum que o Poder Judiciário está sobrecarregado de trabalho em patamar que supera sua própria capacidade de dar solução às lides na mesma intensidade em que novos casos chegam ao conhecimento do juízo. A taxa de congestionamento dos Tribunais bem demonstra que, não obstante os esforços envidados por todos aqueles que estão envolvidos com a atividade de prestação jurisdicional, os novos casos acabam superando em número os casos julgados pelo Poder Judiciário.

Diversas propostas de reformas processuais visam dar respostas a essa intensa litigiosidade, racionalizando o trabalho judiciário, dando força ao precedente judicial e ao julgamento de lides de massas, por exemplo.

---

<sup>1</sup> Juiz titular da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo. Doutor e Mestre em Direito. Pós-doutorando na Universidade de Paris 1 - Panthéon/Sorbonne.

Entretanto, a mudança da legislação, de forma isolada, sempre será insuficiente para que se alcance a tão almejada eficiência da jurisdição. É necessária também a mudança de postura dos aplicadores do direito, exigindo-se um comprometimento maior com o resultado do processo.

De maneira geral, os aplicadores do direito deverão escolher, dentre as várias soluções decorrentes dos diversos métodos interpretativos da lei, aquela que potencialize o atingimento das finalidades do sistema de direito dentro do qual se insere a relação jurídica sob análise. É o que preconiza a teoria da superação do dualismo pendular, que será melhor explicada no desenvolvimento desse trabalho.

Relativamente ao processo de recuperação judicial de empresas, deve-se garantir a sua eficiência através da consciência de que todos os agentes que atuam nesse tipo de processo possuem ônus de que devem se desincumbir a fim de que se possa atingir os resultados esperados por esse sistema de direito. Nesse sentido, credores e devedores deverão se desincumbir de ônus materiais e processuais de modo que o processo seja capaz de preservar todos os resultados positivos que decorrem da manutenção da atividade empresarial saudável, como empregos, rendas etc. E deve o juiz, com o auxílio efetivo do administrador judicial, garantir e fiscalizar a divisão equilibrada de ônus entre todos os agentes desse tipo de processo.

A mudança de cultura de gerenciamento de processos também é importante para viabilizar respostas rápidas aos problemas que já se apresentam ao julgador.

Processos de grande complexidade, como é o caso das falências e recuperações judiciais de empresas, necessitam de uma gestão diferenciada, sob pena de não conseguirem dar respostas adequadas às lides postas a julgamento pelo Poder Judiciário.

O tempo do processo não pode estar dissociado do tempo da realidade negocial, mormente quando se tem em vista processos falimentares e recuperacionais, nos quais o *timing* negocial/econômico é fundamental para o sucesso da atividade jurisdicional<sup>2</sup>.

Propõe-se, assim, um novo modelo de gestão desse tipo de processo, que possibilite conferir ao magistrado maior agilidade decisória: a gestão democrática de processos.

Tem-se, portanto, que a boa aplicação dos institutos trazidos pela Lei nº 11.101/05 somente será alcançada através da interpretação de seus institutos pela teoria da superação do dualismo pendular, entendendo-se a eficiência de resultados como elemento integrante dos processos de falência e a recuperação judicial. Deve o magistrado conduzir as soluções de forma ágil e democrática, aplicando modelo de gestão processual diferenciado e cuidando para distribuir equilibradamente os ônus que cada um dos agentes atuantes nesses processos de insolvência deve suportar, de modo a garantir o sucesso da prestação jurisdicional em benefício do interesse público e social.

## 2 - Os sistemas jurídicos de insolvência empresarial

Quando se fala em recuperação judicial de empresas, deve-se ter em mente que esse tema se insere no contexto maior da crise empresarial. E a forma pela qual os paí-

---

<sup>2</sup> Conforme explicado na reportagem realizada pelo jornal O Valor Econômico: *Magistrado Inova em Recuperação Judicial*. Dez. 2014.

ses tratam essa questão diz muito sobre suas posições sociais, político e econômicas no que diz respeito à atividade empresarial.

Observando-se de forma bastante ampla os sistemas de insolvência, e tendo em conta suas linhas gerais, constata-se que até o final do século passado existiam basicamente dois modelos de insolvência: o modelo de inspiração romano-germânica e o modelo de inspiração anglo-saxã. Nos modelos de inspiração romanística, o foco da recuperação de empresas está mais orientado para a tutela dos interesses do devedor, ao passo que nos modelos de origem anglo-saxã, o pêndulo da balança orienta-se mais para a tutela dos interesses dos credores<sup>3</sup>.

Entretanto, no final do século passado, com a ampla reforma implementada pelos Estados Unidos da América, desenvolveu-se um novo modelo, com inspiração diferente dos grandes modelos até então identificados, que não privilegiava a tutela do interesse dos credores e nem dos devedores, mas baseava-se na divisão de ônus entre credores e devedor como fator preponderante para que se pudesse atingir a recuperação da empresa em função dos benefícios sociais e econômicos relevantes que daí advêm, inclusive, com a possibilidade de benefícios para credores e devedor no médio ou longo prazo.

Esse modelo norte-americano irradiou sua influência para o Brasil, que editou a Lei nº 11.101/05 fundado nessas mesmas premissas.

Portanto, conforme será melhor analisado à frente, é importante destacar, desde logo, que o modelo de recuperação judicial brasileiro é baseado na divisão equilibrada de ônus entre devedor e credores a fim de que seja possível obter os benefícios sociais e econômicos que decorrem da recuperação da empresa.

É importante que, desde logo, duas premissas restem fixadas: a empresa em recuperação deve assumir o ônus que lhe compete no procedimento agindo de forma adequada, tanto do ponto de vista processual como também no desenvolvimento de sua atividade empresarial; e a recuperação judicial somente tem sentido em função da geração dos benefícios sociais e econômicos relevantes que sejam decorrentes da continuidade do desenvolvimento da atividade empresarial, como geração de empregos ou manutenção de postos de trabalho, circulação e geração de riquezas, bens e serviços e recolhimento de tributos.

Essas premissas serão melhor analisadas na sequência do presente trabalho.

<sup>3</sup> Segundo Ana Carla Abrão Costa, “a experiência internacional mostra uma grande diversidade de sistemas de resolução de insolvências. As diferenças se concentram nas estruturas disponíveis e no balanceamento entre direitos de credores e direitos de devedores. A próxima sub-seção apresenta três exemplos ilustrativos dessa diversidade: o sistema americano, inspirador das estruturas atuais de recuperação; o sistema inglês, com características de informalidade interessantes e o sistema francês, de orientação pró-devedor. (...) No caso americano, a legislação de resolução de insolvências apresenta uma estrutura pró-credor, caracterizada pela proteção aos créditos com garantia real e pela participação ativa dos credores nos processos de recuperação via comitê de credores. Além disso, tanto os processos de falência quanto os de recuperação podem ser solicitados por credores, desde que atendidos critérios específicos de liquidez e não pagamento de dívidas vencidas, sendo que os deferimentos devem sempre satisfazer ao teste de “melhor interesse dos credores” (...) A lei inglesa apresenta uma forte tendência pró-credor, em alguns aspectos de forma ainda mais acentuada que a legislação americana. (...) A legislação francesa, por outro lado, apresenta uma tendência pró-devedor. Não se prevê um comitê de credores no caso de falência, mas apenas um representante ou a indicação - por solicitação expressa - de um credor como supervisor do processo. Credores com garantia real estão sujeitos aos períodos de suspensão e entram no concurso de credores, subordinados aos créditos trabalhistas e extra-concursais. Além disso, ao contrário dos sistemas americano e inglês, processos de recuperação não podem ser solicitados por credores. (Sistemas Legais de Insolvência, Incentivos e Mercado de Crédito: uma abordagem institucional; maio/2004. Consultado em 23/01/2015 no endereço eletrônico <http://www.anpec.org.br/encontro2004/artigos/A04A097.PDF>)

### 3 - A crise da empresa e a intervenção estatal: âmbito de aplicação da recuperação judicial

A crise da atividade empresarial é um fato que pode ocorrer por diversos fatores econômicos, comerciais, pessoais ou de gestão. Todo empresário deve saber, ao fazer a decisão de desenvolver esse tipo de atividade, que poderá enfrentar situações de crise. Aliás, a capacidade de enfrentar e superar crises é um dos critérios utilizados para se aferir a própria qualidade do empresário.

Diante da crise da atividade empresarial, pode-se destacar três situações distintas: a empresa viável que consegue superar a situação de crise por suas próprias forças; a empresa inviável que vai à falência; e a empresa viável que não consegue superar a situação de crise.

Em relação à empresa viável que consegue superar sua crise por suas próprias forças, afirma-se que houve uma solução de mercado para a crise empresarial. Em regra, as empresas viáveis em crise encontram uma solução de mercado para suas dificuldades. As estruturas do livre mercado podem ser suficientes para que medidas empresariais sejam tomadas pelos administradores no sentido da superação de suas crises, desde que a atividade econômica seja viável. Nesse sentido, podem ser tentadas e implementadas, como formas de recuperação da saúde da empresa, alterações societárias, trespasse, alienação de filiais, redução de despesas com pessoal, injeção de recursos por investidores para modernização do parque industrial etc.

Por outro lado, se a atividade empresarial é inviável e o motivo da crise da empresa vem a ser justamente a inadequação dos produtos ou serviços produzidos ou oferecidos pela empresa, a solução mais adequada para esse tipo de situação vem a ser o desaparecimento dessa empresa. É importante destacar que as empresas que não produzem produtos aceitos ou úteis para o mercado ou que prestam serviços que não tenham aceitação social ou econômica devem mesmo ser retiradas do cenário empresarial, a fim de que outra empresa ocupe o seu lugar para desenvolver atividade empresarial que seja aceita no mercado e útil social e economicamente.

Verifica-se, então, que a falência (encerramento da atividade em crise, com realização do ativo para pagamento do passivo) da empresa inviável é a solução mais adequada do ponto de vista econômico e social.

Conforme ensina Fábio Ulhôa Coelho, “algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos - materiais financeiros e humanos - empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser visto como um valor a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem” (Curso de Direito Comercial vol. 03: Direito da Empresa; 12ª edição; São Paulo; Saraiva. 2011; pág. 251/252).

Portanto, as soluções apresentadas para essas duas primeiras situações são absolutamente adequadas. Vale dizer, a empresa viável que supera a crise pelo encontro de uma solução de mercado (pelas próprias forças do empresário) e a empresa inviável que deve mesmo falir para abrir espaço para que outra empresa desenvolva atividade relevante social e economicamente, em benefício de todos.

O problema está na terceira situação: a empresa viável que não consegue encontrar solução de mercado para superação da crise. Nessa hipótese, se nada for feito, uma atividade viável deixará de existir, com prejuízos aos credores e também à sociedade, vez que não só os credores deixarão de receber o que lhes é devido, mas também os postos de trabalho vão desaparecer, em prejuízo dos empregados e de suas famílias, os produtos e serviços (que eram úteis e desejáveis no mercado) deixarão de existir, em prejuízo dos consumidores e os tributos deixarão de ser recolhidos, em prejuízo da sociedade em geral.

É justamente nesse momento que entra em cena a recuperação judicial. O Estado-Juiz vai atuar para criar o ambiente adequado para que a empresa viável consiga superar a situação de crise, a fim de que a manutenção de sua atividade empresarial faça gerar todos os benefícios sociais e econômicos acima já referidos, como geração de empregos, circulação de bens e riquezas, recolhimento de tributos etc.

Portanto, somente da análise dos fundamentos de existência do instituto e do seu âmbito de aplicação já se pode concluir que a recuperação judicial tem como pressuposto lógico a viabilidade da empresa, pois somente se aplica às empresas viáveis em crise, visto que seu objetivo é preservar os benefícios sociais e econômicos decorrentes do exercício saudável da atividade empresarial.

Importante notar que o Estado não deve substituir a iniciativa privada nessa função de encontrar soluções para a crise da empresa, mas apenas deve atuar para corrigir as distorções do sistema econômico. A recuperação judicial só tem lugar quando as estruturas do livre mercado falharam.

Mais importante ainda é notar que o Estado não deve agir para tentar recuperar empresas evidentemente inviáveis.

Conforme já visto, as estruturas do livre mercado condenariam empresas inviáveis à falência, para o bem do sistema econômico e para a sobrevivência saudável de outras empresas viáveis. Nesse sentido, não existe razão em se utilizar a intervenção estatal, através do processo de recuperação de empresas, para ressuscitar empresas inviáveis ou já condenadas à falência.

Se não interessa ao sistema econômico a manutenção de empresas inviáveis, não existe razão para que o Estado, através do Poder Judiciário, trabalhe nesse sentido, deferindo o processamento de recuperações judiciais para empresas evidentemente inviáveis.

E mais.

O sistema de recuperação judicial brasileiro parte do princípio de que deverá haver necessariamente uma divisão de ônus entre devedor e credores, tendo como contrapartida o valor social do trabalho e todos os benefícios decorrentes da manutenção da atividade produtiva.

É nesse momento que ganha destaque o que convencionei chamar de **TEORIA DA DIVISÃO EQUILIBRADA DE ÔNUS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> COSTA, Daniel Carnio. *Teoria da Distribuição Equilibrada dos ônus na Recuperação Judicial da Empresa*. Carta Forense, São Paulo - Brasil, p. B18 - B18, 07 nov. 2013.



A recuperação judicial deve ser boa para o devedor, que continuará produzindo para pagamento de seus credores, ainda que em termos renegociados e compatíveis com sua situação econômica. Mas também deverá ser boa para os credores, que receberão os seus créditos, ainda que em novos termos e com a possibilidade de eliminação desse prejuízo no médio ou longo prazo, considerando que a recuperanda continuará a negociar com seus fornecedores. Entretanto, não se pode perder de vista que tudo isso se faz em função do atingimento do benefício social e, portanto, só faz sentido se for bom para o interesse social.

O ônus suportado pelos credores em razão da recuperação judicial só se justifica se o desenvolvimento da empresa gerar os benefícios sociais reflexos, que são decorrentes do efetivo exercício dessa atividade.

Empresas que, em recuperação judicial, não gerariam empregos, rendas, tributos, nem fariam circular riquezas, serviços e produtos, não cumprem a sua função social e, portanto, não se justifica mantê-las em funcionamento nesses termos, carregando-se todo o ônus do procedimento aos credores, sem qualquer contrapartida social.

Quem paga a conta da manutenção em funcionamento de empresas inviáveis é a sociedade em geral, na medida em que todos ficarão sem produtos e serviços adequados, o espaço no mercado continuará sendo ocupado por empresa que não cumpre sua função social e os credores da recuperanda, que absorveram o prejuízo decorrente do processo de recuperação judicial, certamente vão socializar esse prejuízo, repassando-o para o preço de seus respectivos produtos e serviços e esse aumento acabará sendo absorvido, sem possibilidade de repasse, pelo consumidor final. O resultado será, então, a existência de produtos e serviços sem qualidade, pela empresa em recuperação, e produtos e serviços mais caros, em relação às demais empresas que negociaram com a devedora.

#### **4 - Os fundamentos da recuperação judicial: divisão equilibrada de ônus entre devedor e credores; e os benefícios sociais reflexos da atividade empresarial. Visão de direito comparado**

Conforme já afirmado, as influências que atuaram na formação da legislação brasileira impõem que a recuperação judicial deve partir do pressuposto da divisão de ônus entre devedor e credores, não se prestando à tutela exclusiva dos direitos dos credores, nem tampouco à proteção integral dos interesses do devedor. A recuperação judicial, baseada nessa distribuição equilibrada de ônus, também só tem sentido em função da realização dos benefícios sociais e econômicos decorrentes da manutenção da atividade empresarial.

Os credores suportarão prejuízo, no curto e médio prazo, considerando que ficarão impedidos de realizar e/ou exigir seus créditos durante certo período de tempo (*stay period*) e a apresentação de um plano de recuperação judicial pode implicar, como normalmente ocorre, em dilação de prazos de pagamento das obrigações da empresa devedora e também na aplicação de deságio em suas obrigações, dentre outras medidas necessárias ao soerguimento da atividade empresarial<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> COSTA, Daniel Carnio. *Teoria da Distribuição Equilibrada dos ônus na Recuperação Judicial da Empresa*. Carta Forense, São Paulo - Brasil, p. B18 - B18, 07 nov. 2013.



Todavia, a empresa em recuperação (devedora) também deve suportar os seus ônus, atuando de maneira adequada, processual e empresarialmente, sempre com vistas ao atingimento das finalidades do instituto jurídico em questão.

Não admite que a empresa em recuperação coloque-se na cômoda situação de carrear aos seus credores todo o ônus de sua recuperação, comportando-se de forma descompromissada do tipo “devo, não nego e pago quando e como puder”.

A empresa em recuperação deve assumir ônus de duas ordens: empresariais e processuais.

São ônus empresariais da empresa em recuperação: agir de maneira transparente e de boa-fé, manter os postos de trabalho, recolher tributos, produzir e fazer circular produtos e serviços e, enfim, preservar os benefícios econômicos e sociais que são buscados com a manutenção da atividade empresarial.

Não faz sentido, portanto, que uma empresa para a qual foi deferido o processamento da recuperação judicial, experimentando toda a proteção legal do instituto (que será melhor analisada à frente) deixe de se desincumbir de seu ônus e demita funcionários injustificadamente ou encerre as atividades de produção e circulação de riquezas ou deixe de recolher tributos. É certo que não se proíbe a demissão de funcionários, desde que tal redução nos postos de trabalho tenha estreita correspondência com o projeto de sua recuperação, como nos casos em que uma das causas da crise é o inchaço da empresa e a sua recuperação deva passar por seu redimensionamento. Todavia, mesmo nesses casos, não é razoável nem aceitável que a empresa em recuperação deixe de providenciar todos os pagamentos impostos por lei para os casos de demissão ou rescisão dos contratos de trabalho.

A empresa em recuperação judicial, por receber toda a proteção legal e em função dos ônus suportados pelos credores, tem a obrigação de buscar a todo custo preservar os benefícios sociais e econômicos buscados pelo instituto. A distribuição equilibrada desses ônus entre credores e devedor é fundamento do instituto da recuperação judicial de empresas.

A empresa devedora tem de apresentar, ainda, um plano de recuperação que seja factível, tenha sentido econômico e seja razoável, dentro da lógica de divisão equilibrada de ônus.

Mas, além dos ônus empresariais, a empresa em recuperação judicial (ou cujo processamento da recuperação judicial já tenha sido deferido) tem também de se desincumbir de seus ônus processuais. Vale dizer, a devedora deve atender prontamente as determinações do juiz, do administrador judicial e deve, ainda, cumprir de maneira fiel os prazos legais.

A conduta processual da recuperanda deve ser alinhada com a finalidade do procedimento e, portanto, deve sempre ser pautada pela mais absoluta transparência e boa-fé, como decorrência lógica do princípio da divisão equilibrada de ônus.

E, diga-se de passagem, deve o administrador judicial fiscalizar de perto as condutas processuais e empresariais da recuperanda para o bom exercício de sua função. É certo que o administrador judicial não vai assumir a administração da empresa, mas deve estar muito atento na fiscalização dos rumos empresariais assumidos pelos seus diretores, a fim de certificar-se de que os recursos auferidos pela devedora durante o

período de proteção legal estejam sendo aplicados em atividades compatíveis com as finalidades do instituto. Da mesma forma, deve o administrador judicial fiscalizar de maneira muito próxima o cumprimento dos prazos pela recuperanda, bem como sua conduta processual, que também deve ser compatível com a finalidade do instituto.

Vale destacar que o descumprimento pela recuperanda de seus ônus processuais e empresariais poderá gerar a conversão da recuperação em falência. Muito embora tal situação não esteja prevista expressamente na lei, é evidente que o desaparecimento dos fundamentos do instituto, considerados como pressupostos do processo de recuperação judicial, deve implicar na falência da empresa cuja superação da crise, pela própria conduta da devedora, se mostra absolutamente improvável.

No sistema norte-americano de recuperação judicial de empresas (*Bankruptcy Code - 11 USC, Chapter 11*), cuja filosofia confessadamente influenciou a formação do modelo brasileiro, a confirmação ou homologação do plano de recuperação judicial depende da verificação judicial da existência de alguns requisitos ou *standards* que garantem que os ônus da recuperação empresarial estejam divididos de maneira equilibrada entre credores e devedora.

Mesmo que se trate de plano de recuperação judicial aprovado por todas as classes de credores (*plans accepted by every class*), a *Section 1129(a)* do *Bankruptcy Code* estabelece 16 requisitos que devem ser preenchidos como condição para homologação do plano apresentado pela devedora (ou pelos próprios credores, já que isto também é possível no sistema norte-americano). Assegura-se que o plano de recuperação seja justo e tenha sentido econômico, garantindo que os credores que foram contrários à sua aprovação (mesmo nas classes que aprovaram o plano) recebam ao menos o mesmo montante que receberiam em caso de decretação de falência (*Section 1129(a)(7)*); algumas categoria de créditos, como os trabalhistas, devem ser pagas em dinheiro na data de efetivação do plano, salvo concordância da classe em recebimento diferido, mas no valor integral do débito (*Section 1129(a)(9)(A)*); o plano deve ser factível (*feasibility requirement*), o que significa que deve haver demonstração de que o devedor tem condições de cumprir as metas nele estabelecidas, sem a necessidade de futuras renegociações e sem a chance evidente de conversão em falência.

Importante destacar, ainda, que a *Section 1129 (d)* estabelece como importante *standard* para homologação do plano, que ele não tenha como principal propósito evitar ou fraudar o recolhimento dos tributos ou o pagamento de garantias registradas.

Nota-se, assim, que no sistema norte-americano, o controle judicial do equilíbrio de ônus, sua realização é imprescindível para garantir o resultado útil da recuperação de empresas e se trata, por óbvio, como uma decorrência necessária do sistema<sup>6</sup>.

Muito embora a lei brasileira seja silente quanto ao controle judicial desse equilíbrio de ônus, sua realização é imprescindível para garantir o resultado útil da recuperação de empresas e se trata, por óbvio, como uma decorrência necessária do sistema<sup>6</sup>.

Confira-se, nesse sentido, decisão proferida na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo: “vale destacar que o descumprimento pela recuperanda de seus

<sup>6</sup> Conforme decisão proferida no Processo nº 0014120-25.2012, da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, foi convalidada a recuperação judicial da Unicontrol em falência, tendo como fundamento a violação dos ônus materiais da devedora.

ônus processuais e empresariais poderão gerar a conversão da recuperação em falência. Muito embora tal situação não esteja prevista expressamente na lei, é evidente que o desaparecimento dos fundamentos do instituto, considerados como pressupostos do processo de recuperação judicial, devem implicar na falência da empresa cuja superação da crise, pela própria conduta da devedora, se mostra absolutamente improvável. (...) No caso, a recuperanda descumpriu seus ônus materiais, mostrando-se evidentemente inviável. Ademais, a par do descumprimento de seus ônus materiais (o que, por si só, já seria motivo suficiente para a decretação da quebra) o plano de recuperação foi rejeitado pela esmagadora maioria dos credores em Assembléia Geral de Credores. Por tudo o quanto se afirmou acima, é imperiosa a convocação da recuperação judicial em falência”. (Proc. n. 0014120-25.2012.8.26.0100; Juiz Daniel Carnio Costa).

## 5 - Negociação entre devedor e credores

A lógica do sistema brasileiro de recuperação judicial de empresas determina que devedora e credores busquem uma solução negociada para a superação da crise da empresa, de modo a se preservar todos os benefícios decorrentes da manutenção da atividade empresarial, em prol da sociedade como um todo e do bom funcionamento do sistema econômico.

A divisão equilibrada de ônus, conforme já analisado, possibilitará o atingimento de uma solução negociada com o atingimento de benefícios sociais e econômicos.

Entretanto, a realidade do mercado demonstra que os credores, normalmente em posição de prevalência sobre o devedor, não ficariam sensibilizados simplesmente pela demonstração da viabilidade econômica e das boas intenções do devedor a ponto de aceitarem sentar-se à mesa para discutir uma solução para a crise empresarial que passasse necessariamente pela renúncia ao crédito, ao menos em alguns de seus aspectos.

Em função dessa constatação, a Lei 11.101/05, inspirada na legislação norte-americana, criou o chamado *stay period*, consistente numa proteção do devedor contra a cobrança e a realização efetiva dos direitos dos credores sujeitos ao processo de recuperação judicial.

Nesse sentido, dispõe o art. 6º, caput, da Lei 11.101/05 que “a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário”.

É o *stay period* um dos principais motivos que fazem com que os credores passem a considerar a negociação como uma alternativa viável para a superação da situação de crise, já que ficam sujeitos aos efeitos do processo de recuperação judicial e não podem, de forma individual, buscar a realização de seus créditos, ao menos durante o período em que a medida estiver vigente (180 dias).

## 6 - Princípio da Superação do Dualismo Pendular aplicável aos processos de insolvência

A observação do que acontece nas reformas legislativas ao longo dos tempos revela a existência de um movimento pendular constante, que oscila na proteção dos polos da

relação de direito material. Trata-se do que Fábio Konder Comparato chamou de dualismo pendular<sup>7</sup> na proteção do interesse dos credores ou dos devedores relativamente à legislação de insolvência.

Uma breve análise da evolução dos institutos de insolvência bem demonstra a existência da oscilação do pêndulo de proteção entre credores e devedores. Na terceira fase evolutiva do direito romano surgiu a *Lex Iulia*, considerada como sendo o embrião da falência moderna em razão da criação do conceito de *par conditio creditorum*. Na sequência, ainda nessa mesma fase evolutiva do direito romano, observou-se, também, o surgimento da *CESSIO BONORUM*<sup>8</sup>, instituto pelo qual o devedor entregava seu patrimônio voluntariamente aos seus credores como forma de evitar penas corporais, considerado como sendo o primeiro instituto relacionado à moratória, dando-se oportunidade de recuperação do devedor.

Desde então, esses institutos vêm evoluindo, sendo evidente que o pêndulo de proteção legal oscila entre os polos da relação de crédito e débito. Ora protege-se mais os interesses dos credores (liquidação rápida do patrimônio do devedor), ora a proteção é voltada mais ao interesse do devedor, dando-se a ele maiores possibilidades de moratória e recuperação.

Também na evolução da legislação brasileira se observa esse dualismo pendular. O Código Comercial de 1850 estabeleceu a concordata, mas que somente seria concedida se houvesse a concordância da maioria dos credores por cabeça e titulares de 2/3 dos créditos sujeitos aos seus efeitos. Na sequência, veio o Decreto 917/1890, prestigiando o interesse do devedor e criando meios preventivos à falência, como a moratória, cessão de bens, acordo extrajudicial e concordata preventiva. Diante da constatação de abusos, editou-se a Lei 859/1902 para repressão dos abusos decorrentes das moratórias, prestigiando, portanto, os interesses dos credores.

Nesse sentido, observa-se que a lei ora protege mais o credor, ora mais o devedor; o consumidor e o fornecedor, o inquilino e o locador; e assim por diante. Esse fenômeno também é observado em relação ao intérprete. Assim, não só a lei toma partido na proteção de um dos polos da relação de direito material, mas também o intérprete busca aplicar a lei sempre em favor de um dos polos da relação de direito discutida no processo de solução de um caso concreto.

Entretanto, proponho a necessidade de superação desse dualismo pendular, deslocando-se o foco da interpretação para a busca da finalidade útil do instituto jurídico. A finalidade do instituto e o bom funcionamento do sistema jurídico devem prevalecer sobre a proteção do interesse de um dos polos da relação de direito material.

Assim, numa relação de crédito e débito, o foco da interpretação deve estar no atingimento da eficiência no sistema de cobrança, muito mais do que na proteção de credor ou devedor. Isso porque, por exemplo, se a lei cria proteções ao devedor, de modo a tornar intransponível a realização do crédito, o sistema perde eficácia e, nessa condição, deixará de ser utilizado pelos credores, que buscarão a realização de seu crédito através de sistemas alternativos, muitas vezes ilegítimos. E, se a ideia da lei ou do intérprete era proteger a dignidade do devedor, a implosão da eficácia do sistema

<sup>7</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*, p. 102.

<sup>8</sup> *A Law Dictionary, Adapted to the Constitution and Laws of the United States*. By John Bouvier. Published 1856.

vai, em última análise, prejudicar justamente o devedor, vez que num sistema ilegítimo (como a cobrança particular através de cobradores privados) o devedor não terá qualquer proteção.

Diante de uma situação real, é possível que o intérprete encontre diversas soluções, todas elas tecnicamente sustentáveis e de acordo com o sistema legal na qual se insere. Pode-se interpretar a lei em favor do credor ou em favor do devedor. Entretanto, qual deve ser a interpretação correta? Será aquela que prestigia o atingimento das finalidades do sistema com eficácia plena.

Por isso é que sustento a necessidade de superação do dualismo pendular. A preservação da eficiência do sistema deve ser o limite ao exercício da interpretação da lei.

Esse raciocínio se aplica totalmente aos processos de insolvência. Muito embora se observe que o pêndulo legal oscilou entre credor e devedor durante a evolução dos institutos legais, deve-se reconhecer que, nesse momento, esse pêndulo deve ser deslocado das partes para a realização eficaz da finalidade do próprio instituto.

Assim, a interpretação correta, quando se trata de recuperação de empresas, por exemplo, será sempre aquela que prestigiar a recuperação da atividade empresarial em função dos benefícios sociais relevantes que dela resultam. Deve-se buscar sempre a realização do emprego, do recolhimento de tributos, do aquecimento da atividade econômica, da renda, do salário, da circulação de bens e riquezas, mesmo que isto se dê em prejuízo do interesse imediato da própria devedora ou dos credores.

Como já visto acima, os credores e a empresa devedora devem assumir os ônus para que prevaleça a finalidade maior da lei que vem a ser a consecução de todos os benefícios sociais relevantes já mencionados.

É fácil notar que se nossos Tribunais aplicarem a lei para prestigiar o interesse de alguns setores econômicos ou de classes de credores ou mesmo da própria devedora, correrão o risco de ferir de morte o instituto da recuperação judicial de empresas.

Nesse diapasão, é importante observar que a recuperação da empresa devedora não é princípio absoluto e somente deve ser feita em função dos benefícios sociais relevantes que serão produzidos em razão da preservação e recuperação da atividade produtiva.

Supera-se, assim, o dualismo pendular em busca da preservação do sistema legal.

## **7 - Deferimento do processamento da recuperação judicial: a interpretação adequada**

Conforme já estabelecido no início do presente texto, a correta interpretação e a boa aplicação do instituto jurídico não serão obtidas pela leitura simples do texto da lei. Há necessidade de se ter em mente que o direito é um fenômeno social, econômico e político e que a compreensão de todos estes aspectos é fundamental para que se alcance o real intento da norma, a fim de bem aplicá-la.

Deve-se ter em vista, ainda, que o direito comporta diversas interpretações razoáveis e possíveis, mas o que vai determinar o acerto de determinada interpretação serão as consequências econômicas e sociais obtidas com a aplicação da norma e que estejam em consonância com os fundamentos de existência da determinada lei.

Esse é o raciocínio que deve imperar ao se interpretar os dispositivos da lei de falências e recuperação de empresas, de modo a fazer com que os resultados pretendidos pela lei atuem na prática, promovendo-se, no caso, os benefícios sociais e econômicos decorrentes da continuidade da atividade empresarial e saneando-se o sistema econômico de forma a se potencializar benefícios gerais.

É nesse contexto que se deve interpretar o art. 52 da Lei 11.101/05 que assim dispõe: “estando em termos a documentação exigida pelo art. 51 desta lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial...”.

O art. 51 da Lei 11.101/05 estabelece que a devedora deve juntar uma série de documentos contábeis, fiscais e econômicos que se destinam a fornecer aos juízo e aos credores um conhecimento mínimo da situação da crise da empresa. É por essa razão que a lei impõe que a devedora apresente balanço, resultados, projeções de faturamento, relação de credores etc.

A questão que se coloca é a seguinte: deve o juiz fazer uma análise formal da documentação apresentada, apenas conferindo se os documentos exigidos por lei foram juntados ou deve o juiz analisar, ainda que de maneira perfunctória nessa fase do processo, o conteúdo dos documentos?

É evidente que o juiz não pode exercer uma conduta meramente formal, fazendo apenas um *check list* da documentação apresentada pela devedora, mas deve analisar o seu conteúdo a fim de aferir a eventual e patente inviabilidade da empresa.

É certo que nesse momento inicial do processo, não é possível aferir se a empresa é realmente viável, até porque essa conclusão pode depender de diversos outros fatores que são, inclusive, externos à empresa, como as condições de mercado, a obtenção de novos investimentos etc.

É certo, também, que são os credores os maiores interessados na análise das condições da empresa, a fim de que tenham subsídios para analisar o plano de recuperação que será apresentado pela devedora.

Todavia, também é certo que a recuperação judicial é um instituto aplicável apenas para empresas viáveis, a fim de que a manutenção da atividade empresarial possa fazer gerar os benefícios sociais e econômicos que são decorrentes do exercício dessa atividade.

Se não é possível aferir a viabilidade da empresa nesse momento inicial, pode ser possível aferir-se, ao contrário, a sua evidente inviabilidade. Essa deve ser a preocupação do juiz nesse momento inicial.

É absolutamente inviável, por exemplo, uma empresa que já não tenha atividade por longo período, não tenha funcionários, não produza, não recolha tributos, não tenha mais sede, não tenha patrimônio sequer compatível com o desenvolvimento mínimo da atividade empresarial pretendida etc.

A documentação apresentada pela devedora pode revelar, de início, que se trata de uma situação como essas acima citadas, em que a empresa, por exemplo, não gera empregos e também não produz mais, estando inativa por longo período.

Não seria razoável que o juiz deferisse o processamento da recuperação judicial, blindando o patrimônio dessa empresa em relação aos seus credores, se já é possível concluir desde logo que não será possível a divisão equilibrada de ônus e que não serão obtidos os benéficos resultados sociais e econômicos decorrentes da atividade empresarial.



A interpretação desse dispositivo legal deve ter em consideração os fundamentos do instituto, de modo que sua aplicação somente é entendida como adequada na medida em que é passível de fazer gerar os benefícios sociais e econômicos que a lei pretende preservar.

Daí, que o juiz não deve apenas e tão somente verificar se todos os documentos exigidos pelo art. 51 foram juntados pela devedora, mas deve analisá-los, ainda que perfunctoriamente, para certificar-se de que não se trata de empresa evidentemente inviável.

Confira-se, nesse sentido, a sentença proferida no Proc. n. 1071967-31.2013.8.26.0100, proferida pela 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo:

*Empresas que, em recuperação judicial, não gerariam empregos, rendas, tributos, nem fariam circular riquezas, serviços e produtos, não cumprem a sua função social e, portanto, não se justifica mantê-las em funcionamento nesses termos, carregando-se todo o ônus do procedimento aos credores, sem qualquer contrapartida social.*

*O processamento de recuperação judicial de empresa inativa gera grave prejuízo social, que será suportado, em última análise, pelos consumidores em geral, na medida em que todos ficarão sem produtos e serviços adequados, o espaço no mercado continuará sendo ocupado por empresa que não cumpre sua função social e os credores da recuperanda, que absorverão o prejuízo decorrente do processo de recuperação judicial, certamente vão socializar esse prejuízo, repassando-o para o preço de seus respectivos produtos e serviços e esse aumento acabará sendo absorvido, sem possibilidade de repasse, pelo consumidor final. O resultado será, então, a inexistência de produtos e serviços (ou de produtos e serviços sem qualidade), pela empresa em recuperação, e produtos e serviços mais caros, em relação às demais empresas que negociaram com a devedora.*

*Portanto, não é razoável que se defira o processamento da presente recuperação judicial, blindando o patrimônio dessa empresa em relação aos seus credores, se já é possível concluir desde logo que não será possível a divisão equilibrada de ônus e que não serão obtidos os benéficos resultados sociais e econômicos decorrentes da atividade empresarial.*

*A interpretação desse dispositivo legal deve ter em consideração os fundamentos do instituto, de modo que sua aplicação somente é entendida como adequada na medida em que é passível de fazer gerar os benefícios sociais e econômicos que a lei pretende preservar.*

*No caso, porém, logo na primeira fiscalização realizada pelo diligente administrador judicial, constatou-se que a empresa está inativa há mais de ano (nada havendo a ser preservado como resultado de sua inexistente atuação), o que revela, sem sombra de dúvidas, a sua evidente inviabilidade.*

*A inatividade da empresa foi, inclusive, reconhecida pela recuperanda em petição posterior ao deferimento do processamento, tornando incontroversa essa circunstância.*

*Conforme já afirmado, a viabilidade da empresa é pressuposto processual e lógico da recuperação judicial e, ainda que deferido o seu processamento, admite-se como possível a reconsideração da decisão de processamento e a extinção do processo sem resolução do mérito, diante da constatação de que a recuperação não é factível, nem poderá se prestar ao fim objetivado por lei.*

*Pressuposto processual é matéria de ordem pública que pode, e deve, ser enfrentada, mesmo de ofício pelo magistrado, a qualquer tempo, desde o despacho inicial até o julgamento final de qualquer processo cível. As condições da ação e os pressupostos processuais de formação e existência válida do processo devem estar presentes durante todo o processo, até o momento do julgamento do mérito do pedido. Desaparecendo qualquer desses elementos durante o curso da ação, ou percebendo-se sua ausência pelas evidências surgidas durante o trâmite do feito, impõe-se o seu conhecimento de ofício pelo magistrado, com a determinação de extinção sem resolução do mérito.*

*Deverá a empresa retornar ao status quo ante, voltando a ostentar a mesma condição que possuía anteriormente ao deferimento do processamento da recuperação judicial.*

*Posto isso, reconsidero a decisão de deferimento do processamento do feito e julgo extinto o processo sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, IV, do CPC, c.c art. 189 da Lei 11.101/05.*

É possível, ainda, que o juiz determine a realização de uma perícia de constatação prévia, caso desconfie das condições da empresa e da fidelidade da documentação apresentada.

Tudo isso para se evitar deferir o processamento de uma recuperação judicial inadequada e lesiva ao interesse social e econômico. Lembre-se que o simples deferimento do processamento da recuperação judicial vai deflagrar automaticamente o *stay period*, de modo que esse ato representará a imposição aos credores de grave ônus, blindando-se o patrimônio da devedora por, pelo menos, 180 dias.

Caso o juiz constate a inviabilidade patente da empresa, já nessa fase preliminar, deverá indeferir liminarmente a petição inicial por ausência de pressuposto processual lógico do instituto jurídico da recuperação judicial<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Conforme decidido no Proc. n. 0043599-63.2012.8.26.0100, da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo: “Nesse sentido, não obstante a Lei nº 11.101/05 não tenha previsto expressamente uma perícia prévia de análise da documentação apresentada pela empresa requerente da recuperação judicial, o fato é que tal perícia deve ser inferida como consequência lógica do requisito legal estabelecido como condição para o deferimento do seu processamento, qual seja, a regularidade da documentação apresentada pela devedora. Ademais, tal interpretação atende aos fins econômicos, sociais e jurídicos do instituto da recuperação judicial. A experiência tem demonstrado que o inadvertido deferimento do processamento da recuperação judicial, apenas com base na análise formal dos documentos apresentados pela devedora, tem servido como instrumento de agravamento da situação dos credores, sem qualquer benefício para a atividade empresarial diante da impossibilidade real de atingimento dos fins sociais esperados pela lei. Não se busca, evidentemente, uma análise exauriente e aprofundada da empresa, mas tão somente uma verificação sumária da correspondência mínima existente entre os dados apresentados pela devedora e a sua realidade fática. Deferido o processamento, caberá aos credores decidir sobre a conveniência do plano de recuperação a ser apresentado pela devedora. Nesse primeiro momento, repita-se, busca-se apenas e tão somente conferir a regularidade material da documentação apresentada pela devedora. Não dispondo a Vara de equipe técnica multidisciplinar para análise da adequação da documentação juntada pela empresa devedora, se faz necessária a nomeação de perito para realização de avaliação prévia e urgente, a fim de fornecer elementos suficientes para que o



Aplica-se, nesse caso, o artigo 267, inc. I e o artigo 295, inc. III, ambos do Código de Processo Civil, por autorização do disposto no artigo 189 da Lei 11.101/05.

Conforme já visto, a viabilidade da empresa é fundamento ou pressuposto lógico de aplicação do instituto da recuperação judicial de empresas. Processualmente falando, esse procedimento não é adequado para empresas inviáveis, de modo que se pode considerar carecedora da ação a empresa inviável que ajuíza pedido de recuperação judicial. Considerando-se o interesse processual como sendo o binômio necessidade e adequação, pode-se afirmar com tranquilidade que inexistente, nesse caso, interesse processual na modalidade adequação.

Por outro lado, não existindo uma patente inviabilidade, ainda que não seja possível aferir-se a real viabilidade da empresa, deve-se deferir o processamento da recuperação, a fim de que os credores possam analisar a situação da empresa e de que se possa, num momento mais avançado e na posse de maiores e melhores elementos coletados pelo administrador judicial, decidir sobre o cabimento ou não do benefício legal.

A interpretação meramente formal do art. 52 da Lei 11.101/05 não é, portanto, a mais adequada, vez que não é capaz de garantir a correta aplicação da lei e a realização dos benefícios sociais e econômicos objetivados pelo instituto jurídico em questão.

## **8 - A viabilidade da empresa como condição da ação de recuperação judicial**

Diante da análise do âmbito da aplicação do instituto da recuperação judicial de empresas, chegou-se à conclusão de que se trata de procedimento cabível apenas e tão somente para empresas viáveis que não conseguem superar por suas próprias forças a situação de crise, em razão de distorções das estruturas de livre mercado.

Do ponto de vista do processo, esse pressuposto lógico deve ser interpretado como uma condição da ação de recuperação judicial ligada ao interesse processual, na modalidade adequação conforme, aliás, já referido acima.

Importante notar, entretanto, que as condições da ação devem estar presentes desde o início até o fim do processo. Vale dizer, se não estiver presente no momento do ajuizamento do pedido, o indeferimento da petição inicial será a medida adequada. E, se durante o curso do processo, se verificar o desaparecimento da condição da ação, deve o juiz considerar essa circunstância, inclusive de ofício, já que se trata de matéria de ordem pública, para extinguir o processo sem julgamento do mérito.

No caso do processo de recuperação judicial de empresas, já foi visto que a inviabilidade patente da empresa, aferida pela análise que o juiz deve fazer dos documentos exigidos pelo art. 51 da Lei 11.101/05, implica no indeferimento liminar da petição inicial.

Mas não é só.

Caso a inviabilidade da empresa seja descortinada durante o processamento da recuperação judicial, antes da aprovação do plano de recuperação ou durante o período bienal de fiscalização judicial do plano, deve-se converter a recuperação judicial em

---

juízo decida sobre o deferimento do processamento do pedido, com todas as importantes consequências decorrentes de tal decisão. Diante do exposto, antes de decidir sobre o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial, determine a realização constatação da real situação de funcionamento da empresa, bem como de perícia prévia sobre a documentação apresentada pela requerente, de modo a se constatar sua correspondência com os seus livros fiscais e comerciais.

falência. Essa é a consequência especial, trazida pela Lei 11.101/05, para a constatação do desaparecimento dessa condição da ação durante a recuperação judicial cujo processamento já tenha sido deferido.

Nesses termos, caso a empresa em recuperação deixe de exercer suas atividades, deixe de produzir, demita funcionários injustificadamente, tudo de modo a prejudicar a possibilidade de obtenção dos benefícios sociais e econômicos que a lei procura preservar, deve o juiz estar atento a esta circunstância para, independentemente de pedido do administrador judicial ou de qualquer credor, converter a recuperação judicial em falência.

É importante o acompanhamento muito próximo da empresa em recuperação judicial, a fim de que se verifique em tempo real se a devedora está se desincumbindo de seus ônus processuais e empresariais, agindo de maneira compatível com as finalidades do processo, esforçando-se para produzir, circular riquezas, gerar empregos e, enfim, demonstrar que o processo de recuperação judicial tem fundamento de existência, diante da capacidade da empresa de gerar os benefícios sociais decorrentes da manutenção em funcionamento da sua atividade empresarial viável.

O indeferimento da petição inicial, diante da patente inviabilidade da empresa, ou a conversão em falência de uma recuperação judicial em razão da conduta anti-produtiva da devedora não são medidas negativas ou prejudiciais ao sistema econômico. Ao contrário, é a medida adequada para o saneamento do mercado e, portanto, benéfica à economia e à sociedade em geral.

## **9 - Gestão democrática de processos**

Conforme já exposto, a aplicação das teorias da superação do dualismo pendular e da divisão equilibrada de ônus tem por objetivo conferir aos institutos de insolvência uma aplicabilidade adequada, fazendo com que a jurisdição atinja a sua eficiência máxima.

Entretanto, ainda que diante de um ambiente favorável à interpretação e aplicação adequadas dos institutos da falência e da recuperação judicial de empresas, a eficiência da atuação jurisdicional poderá esbarrar em dificuldades relacionadas à gestão do processo de insolvência.

Deve-se repensar a forma tradicional de gestão desse tipo de processo, considerando que a burocracia judicial tem sido um dos principais fatores a colaborar com a falta de eficiência da prestação jurisdicional.

É fundamental o conceito de que o processo existe para a realização dos direitos materiais, de maneira que se garanta ao titular de um direito o recebimento da prestação devida, tal qual receberia caso o devedor tivesse cumprido voluntariamente sua obrigação.

Processo ineficaz, que não garante a realização dos direitos por ele instrumentalizados, não cumpre sua função constitucional, vez que representa barreira intransponível ao acesso à Justiça.

O objetivo do processo falimentar é arrecadar o patrimônio da empresa falida (todos os seus ativos), avaliá-lo e vendê-lo, pagando-se o maior número possível de credores em observância à ordem de prioridade legal. A recuperação judicial de empresas também exige extrema agilidade judicial, a fim de que os atos processuais fundamentais

ao desenvolvimento do processo ocorram em tempo razoável, viabilizando-se a oportunidade à empresa em crise de efetiva recuperação econômica.

Percebe-se, portanto, que o tempo é elemento essencial para o sucesso desses tipos de processos.

E a gestão tradicional de processos, empregada normalmente pelo Poder Judiciário, não é capaz de oferecer respostas adequadas e em tempo útil para que seja possível alcançar o sucesso em falências e recuperações judiciais.

No método tradicional de gestão de processos, a colheita das manifestações de todos os interessados, do MP, do administrador judicial e do perito, como pressuposto para a emissão da decisão judicial, é feita através de despachos e petições nos autos. Isso implica numa demora incompatível com a necessidade da realidade econômica, principalmente porque o serviço judiciário, além de burocrático por natureza, está absolutamente assoberbado de trabalho em carga muito superior a razoável. Daí que o andamento do processo se torna muito lento e seu resultado será, não raras vezes, ineficaz. Enfim, os períodos em que o processo fica paralisado indevidamente em razão da burocracia judiciária interferem de maneira decisiva na efetividade da prestação jurisdicional.

Nesse sentido, não é raro que a decisão judicial seja proferida a destempo, quando já desapareceram o interesse, a utilidade e a oportunidade mais adequada do ponto de vista econômico e negocial para a efetiva prática do ato determinado pelo juízo.

Por exemplo, a decisão de arrecadação de determinado bem deve ser proferida em tempo razoável, sob pena de desaparecimento ou perecimento do bem objeto da arrecadação. Se proferida a destempo, essa decisão não vai gerar efeitos positivos ao processo falimentar, seja pelo desaparecimento do bem ou mesmo pela sua importante desvalorização, em prejuízo dos credores. Pode-se citar, ainda como exemplo, a decisão sobre a venda ou o arrendamento de um ativo da massa falida, que deve ser proferida em consonância com a preservação do valor desse ativo e com o interesse do mercado. O atraso na tomada de decisão poderá representar a perda de uma oportunidade e, dessa forma, a imposição de prejuízo aos interesses dos credores.

Os processos de insolência (falência e recuperação judicial), mesmo tendo em conta a sua evidente complexidade, devem atender aos princípios constitucionais da duração razoável (art. 5º, LXXVIII, CF/88) e da eficiência (art. 37, “caput”, da CF/88).

Deve-se garantir aos cidadãos o acesso à ordem jurídica justa, assim entendido o acesso qualificado ao processo; não apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas o acesso à solução judicial adequada. Vale dizer, o cidadão tem direito ao processo como instrumento útil da solução dos conflitos e realização efetiva de direitos.

Conforme já afirmado, a questão da duração do processo (tempo de formação da decisão judicial) é fundamental em qualquer tipo processo, mas de importância crucial no caso das falências e recuperações judiciais, de modo que o tempo do processo não esteja dissociado do tempo da realidade ou da economia. As decisões judiciais devem ser proferidas em tempo útil, de modo a atender as necessidades do processo que, por sua vez, são ditadas pelo interesse dos agentes econômicos.

E não só.

Os interesses econômicos e sociais, de maneira geral, também são atingidos pela condução do processo falimentar, já que não se pode conviver com a não utilização de bens e serviços de relevância econômico-social. Deve-se preservar a função social da

propriedade inclusive em relação à massa falida, preservando-se os interesses dos credores, mas também da sociedade em geral.

Por isso, dentro do modelo de GESTÃO DEMOCRÁTICA, as decisões judiciais, notadamente sobre os temas que demandam maior urgência e compatibilidade com o tempo dos agentes econômicos, devem ser tomadas em audiências públicas com a presença de todos os atores processuais interessados nos destinos do processo, vale dizer, do administrador judicial, do perito, do MP e de outros eventuais interessados especificamente nas questões a serem decididas.

Nesse sentido, diante da necessidade de decisão sobre diversos aspectos do processo de insolvência (arrecadação de bens, venda de ativos, avaliação, arrendamentos, dentre outros temas de ocorrência frequente), deve o juiz designar uma audiência com definição da pauta de questões a serem discutidas e decididas. Todos aqueles cujos pareceres sejam necessários para a formação do processo decisório devem ser intimados para comparecer ao ato. Nessa audiência, todas as questões serão discutidas e, se possível, decididas. Assim, a decisão sobre essas questões, que demoraria meses ou anos no modelo tradicional, poderá ser proferida num único dia, respeitando-se a oportunidade de manifestação de todos os interessados.

Além de imprimir maior celeridade ao processo decisório, a Gestão Democrática de Processos apresenta ainda outras vantagens: garante a participação das partes e interessados no processo decisório, induz maior comprometimento de todos aqueles que atuam no processo, assegura maior transparência ao processo, propicia maior fiscalização sobre o andamento processual e, ainda, franqueia aos interessados o fornecimento ao juízo de informações relevantes e úteis sobre aspectos diversos do processo (como, por exemplo, qual seria a melhor destinação de ativos específicos, dentre outras), colaborando para a maior qualidade da decisão judicial.

E o melhor: a aplicação do modelo de gestão democrática de processos é imediata e independe de alteração legislativa.

Segundo a legislação de regência, permite-se ao juiz designar audiência para a colheita de informações das partes e demais interessados, sempre que entender necessário para a solução rápida e adequada das questões postas em juízo. E mais. Essa forma de gestão de processos é a que melhor atende aos princípios constitucionais da eficiência e da duração razoável do processo.

A prática na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo tem demonstrado a eficiência desse novo modelo de gestão. Processos de falência, como é o caso da VASP, e processos de recuperação judicial, como no caso da LBR, são exemplos de que a gestão democrática é capaz de tornar o processo de insolvência mais ágil, justo e eficaz. A aproximação das partes do processo decisório fez com que, em ambos os casos, todos os interessados se tornassem mais colaborativos e menos resistentes ao andamento do feito, na medida em que, através de deliberações e mediações, todos ficam mais conscientes dos objetivos do processo e de que o resultado positivo e esperado pela lei trará benefícios em geral ao funcionamento do sistema econômico e social além de beneficiar, em particular, todos os interessados diretamente no processo de insolvência.

## 10 - Conclusão

O controle judicial da distribuição equilibrada de ônus entre devedora e credores, da justiça, factibilidade e do sentido econômico do plano de recuperação, se impõe como decorrência necessária do sistema jurídico de insolvência. Além disso, tal providência encontra guarida no direito comparado, inclusive no sistema norte-americano que foi o inspirador da criação do sistema brasileiro.

A interpretação do instituto da recuperação de empresas deve superar o dualismo pendular de modo a deslocar o foco interpretativo para a realização do resultado útil e eficaz desse sistema jurídico. Nesse contexto, e mais uma vez, deve o Magistrado zelar pela equilibrada divisão de ônus entre credores e devedora, a fim de que os resultados sociais relevantes e decorrentes da recuperação da empresa possam ser maximizados.

A interpretação adequada dos dispositivos legais e a pertinência da aplicação da lei com as suas finalidades sociais e econômicas são fundamentais para determinação do futuro da recuperação de empresas no Brasil.

A complexidade do processo de insolvência não pode se tornar empecilho à obtenção do resultado útil da falência ou da recuperação de empresas, sob pena de não cumprir sua função constitucional. Nesse sentido, além da aplicação e interpretação adequada dos dispositivos legais, exige-se a adoção de um novo modelo de gestão processual, que permita maior agilidade e democracia no processo decisório.



# Aspectos legais da crise da empresa e sua viabilidade na lei de recuperação judicial

*Márcia Blanes*

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

## Introdução

Este trabalho tem o objetivo de definir ou compreender o real significado de dois conceitos que embasam a recuperação judicial, nos termos em que foi prevista na Lei 11101/05: a empresa em crise e a empresa economicamente viável: a preocupação de se compreender quando ocorre uma ou outra situação, a partir de dispositivos da lei, decorre da necessidade de se assegurar a efetividade do processo de recuperação judicial. Isso porque, nos termos da disciplina da lei de recuperações e falências, empresas inviáveis não devem se submeter à recuperação judicial, e sim à falência.

Compreender a administração e a capacidade de uma empresa vencer uma crise, de fato, é uma questão não jurídica. Mas verdade também que a aplicação pura e simples da lei, sem a compreensão das questões relativas à atividade empresarial, não tem se mostrado suficiente para o alcance do que se pretendeu com a nova lei: a recuperação e a efetiva “cura” de empresas “doentes. Não raramente, o instituto tem sido objeto de críticas pelo noticiário. Exemplifica-se com o texto que segue transcrito, da revista Exame: “Estima-se que cerca de 4000 empresas que pediram recuperação judicial no país, desde a entrada em vigor da nova lei, só 1% delas tenha saído do processo recuperadas de fato, segundo dados da Consultoria *Corporate Consulting*. Pouco mais de 10% faliram e o restante continua sob a tutela dos administradores (...) Existem felizmente, os casos de sucesso. Um deles é o da varejista carioca Casa & Vídeo, que pediu recuperação judicial em 2009 com uma dívida de 350 milhões de reais. O advogado Fábio Carvalho, da empresa de reestruturação Alvarez e Marsal, encarregado de tocar a recuperação judicial, renegociou a dívida, demitiu metade dos funcionários, e acabou comprando a empresa com um empréstimo do Banco BTG Pactual. Em 2012, a Casa & Vídeo deu lucro. A Tecsis, fabricante de equipamentos de energia eólica, emergiu de uma recuperação judicial com dinheiro de fundos organizados pela butique de investimentos Estáter. Em ambos os casos, investidores de fora perceberam que o negócio era viável após uma limpeza nas dívidas – raros exemplos em que a lei de recuperação judicial foi além das boas intenções”. Trecho extraído de artigo publicado na Revista Exame, caderno Negócios – Falência, 25 de dezembro de 2013, Tatiana Bautzer.

Ainda que o processo de recuperação judicial possa alcançar ou não o sucesso, o que depende do seu trâmite, bem como da conduta dos profissionais que nele atuam, pretende-se defender, neste artigo, que devem ser submetidas ao processo de recuperação judicial apenas as empresas efetivamente viáveis.

## A crise da empresa na Lei 11.101/05

A Lei 11.101/05 não caracteriza ou define o que seria uma empresa em crise. Talvez porque a definição não fosse jurídica, ou porque não houvesse mesmo uma definição. O Decreto-Lei 7661/45 não continha tal expressão, enquanto a Lei 11.101/05 refere-se à “crise econômico financeira” em diversos de seus dispositivos: artigos 47, 51, 105, 122 e 129.

Percebe-se que a palavra crise é empregada tanto para tratar de empresas em recuperação judicial como para tratar de empresas que devem ou estejam se submetendo ao processo de falência. Merece destaque, nesse sentido, o que dispõe o artigo 105 que disciplina o pedido de autofalência, quando o “devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo a sua falência”.

A conclusão é que a empresa em crise que não “preenche os requisitos da recuperação”, deve pedir sua própria quebra, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial.

Ainda, dentro do que regulamentou a lei, a empresa em crise é uma empresa “devedora”; a lei de recuperações e falência, inclusive, emprega ambas as palavras como sinônimos (artigo 47 e 122).

Contudo, o critério legal, de que a empresa com dívidas é justamente a empresa que deve ser “tratada” ou que deve falir, mostrou-se, ao longo da história do Decreto-Lei 7661/45 e também da Lei 11.101/05, insuficiente: a crise de uma empresa não decorre necessariamente da impontualidade, e nem a impontualidade necessariamente gera a crise. Um endividamento momentâneo pode decorrer do investimento da empresa com máquinas ou aquisição de novas fábricas, ou também pode decorrer da desorganização do setor de contabilidade. E não se pretende dizer, com isso, que a lei não deve ser aplicada, nem que o juiz não deve deixar de decretar a falência daquele que não paga a dívida, ainda que citado em um processo de falência. Mas não há como notar que o diagnóstico legal é consequência histórica e que nos parece arraigada, de que a sociedade inadimplente precisa ser suprimida do sistema, em prol da proteção da sociedade e do crédito.

A lei nunca estipulou nem valor, nem a natureza da dívida em relação àquele que “precisava” falir. Pouca mudança trouxe a Lei 11.101/05, ao repetir, quase que por completo, o que dispunha o Decreto-Lei 7661/45, de que falida é a empresa que “sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência”.

Se tanto a falida como a empresa que deve se submeter à recuperação são devedoras, qual seria a diferença entre elas que permitiria concluir que uma tem condição de prosseguir nas suas atividades e a outra não tem?

Nos termos da lei, a empresa viável, com possibilidade de superar a crise deve sofrer recuperação judicial, e a falida, deve ser “liquidada”. Mas a lei não dá parâmetros, senão implicitamente, a respeito do que seria uma crise sanável.

De qualquer forma, e ainda sem discutir no que consistiria uma crise, ou como se identificaria uma crise superável, a lei se propôs a disciplinar um remédio jurídico apto a curar empresas com dificuldades. E a recuperação judicial veio como solução para



empresas que passam por uma “crise econômico-financeira superável”. A falência, por sua vez, continuou sendo a solução jurídica para a empresa “incurável”.

A despeito da ausência de definição, não há como deixar de reconhecer que a lei prevê situações caracterizadoras de uma crise não sanável, além de prever o exame judicial da viabilidade econômica da empresa.

De qualquer forma, a impontualidade define a abrangência da lei entre nós, ainda que ela não guarde relação direta com o que se entende por crise superável e crise não superável.

A viabilidade ou não de uma empresa não era relevante, enquanto existiram tão somente dois institutos, o da falência e o da concordata. O juiz não era autorizado a fazer tal valoração antes de julgar procedente o pedido de quebra. Tanto, que a doutrina e a jurisprudência consagraram que a impontualidade era bastante e não era relevante perquirir se a empresa era insolvente. Havia uma espécie de presunção de que estaria, porque não conseguia pagar a dívida que instruíra o pedido de falência. Ensina Fábio Ulhoa Coelho: “Para fins de instauração da execução por falência, a insolvência não se caracteriza por um determinado estado patrimonial, mas sim pela ocorrência de um dos fatos previstos em lei. Ou seja, se o empresário foi injustificadamente impontual no cumprimento de obrigação líquida (LF, artigo 94, I), incorrer em execução frustrada (LF artigo 94, II) ou praticar ato de falência (LF, art. 94, III). Se restar caracterizado a impontualidade injustificada, a execução frustrada ou o ato de falência, mesmo que o empresário tenha o seu ativo superior ao passivo, ser-lhe-á decretada a falência”.

Com o surgimento do instituto da recuperação, tal regra, de certa forma, perdeu força, já que se admitiu que a empresa devedora pudesse passar por uma crise sanável.

Pergunta-se afinal, como se caracterizaria ou se identificaria uma crise sanável?

O artigo 47 da Lei 11.101/05 refere-se à crise econômico-financeira. Mas a expressão também não nos auxilia no intuito pretendido por este artigo. Para muitos, inclusive, seria criticável a expressão, eis que uma crise econômica e uma crise financeira abrangeriam situações diferentes.

Ensina Fábio Ulhoa Coelho que: “uma empresa em crise econômica seria aquela que passa por retração considerável dos negócios desenvolvidos, gerando uma queda no faturamento. A redução dos negócios poderia decorrer de uma crise econômica (por exemplo, a crise de uma moeda), mas poderia decorrer também do atraso tecnológico dos produtos ou modo de produção da unidade empresária. A crise financeira, por sua vez, se revelaria quando a empresa não tem caixa para honrar seus compromissos, ou seja, uma crise de liquidez. A crise patrimonial, por outro lado, seria a insolvência, ou seja, a insuficiência do ativo para atender as dívidas do passivo – tal ideia, como menciona o próprio autor, vem se relativizando, considerando que algumas empresas sem qualquer patrimônio, mas com perspectiva de lucratividade, poderiam valer muito mais do que empresas com razoável patrimônio (COELHO, 2013, fls. 56/57). O valor decorrente da organização da empresa, bem como o seu potencial lucrativo, o que convencionou-se chamar de “goodwill” ou ‘aviamento”, torna insubsistente a tese de que uma empresa em crise patrimonial não seria viável.

De qualquer forma, a conclusão a que se chega é de que analisar tão somente o patrimônio da empresa, ou volume de dívidas, não é suficiente para sabermos se a empresa é ou não viável. A análise da atividade empresarial deve ser feita, no mínimo, sob nova perspectiva.

## Crise da empresa e comportamento dos credores

Manoel Justino Bezerra Filho explica que o Decreto-Lei 7.661/45 e o regime jurídico da falência vieram como resposta à necessidade de neutralizar a empresa que se endividava indefinidamente, preservando assim os credores e o bom funcionamento do mercado.

Há também aqueles que defendem que o endividamento, por si só, é irrelevante, se os credores forem tolerantes em relação a tal situação.

Defendia Carvalho de Mendonça (falando a respeito da falência no Decreto-Lei 7661/45), que a crise de uma empresa era basicamente uma crise de crédito, e não se relacionava a um estado de insolvência: “do crédito depende a manutenção da vida industrial; não o perde aquele que tem muitas dívidas, mas quem realmente se coloca na situação de não poder pagar o que deve. O devedor que não possui dinheiro, não dispõe de valores realizáveis, ou não goza de crédito que lhe permita antecipar sobre esses valores, fica impossibilitado de pagar, tem que parar o curso dos seus negócios e cessar o comércio, manifestando destarte, o seu estado de falência nos termos da lei.” (CARVALHO DE MENDONÇA, 1954, Vol. VII. P.193).

Tal posição era razoável e se sustentava plenamente no regime anterior, já que a empresa que “quebrava” era aquela que não conseguia negociar as dívidas com seus credores, que ingressavam em juízo para requerer a falência. E a partir de tal entendimento, poderíamos dizer que uma crise é ou não superável de acordo com a tolerância dos credores.

A deliberação dos credores, com efeito, foi inserida em diversos dispositivos da Lei 11.101/05. São eles que deliberam sobre o plano de recuperação na Assembleia Geral de credores. E a classificação deles, bem como a força de voto de cada um é definida através do quadro geral de credores, este que, muitas vezes, demora a se formar, em decorrência de impugnações e habilitações retardatárias.

Mas é o veredito dos credores que afinal separa o mundo das empresas viáveis das empresas inviáveis?

Arriscaríamos dizer que não, a despeito das controvérsias. Os credores, em regra, não têm condições de avaliar se o plano de recuperação implica efetiva superação da crise e o saneamento da empresa. E ainda, o pagamento das dívidas nem sempre implica na solução dos problemas e desajustes que causaram o seu mau funcionamento.

Assim, não há como não notar certa perplexidade à regra legal de que os credores têm poder de decisão em relação ao destino da empresa.

Thomas Jackson utiliza-se de metáfora de um lago de peixes para exteriorizar o posicionamento dos credores em face de uma empresa em crise: “num primeiro cenário há apenas um proprietário do lago, que tem total poder de decisão a respeito de como melhor explorá-lo. O proprietário pode escolher entre capturar todos os peixes do lago e vendê-los, o que lhe renderia \$100, mas eliminaria qualquer renda futura de pesca proveniente do lago, ou então pescar apenas o equivalente a \$50 por ano, o que permitiria que o lago permanecesse com peixes em número suficiente para reprodução e garantia de rendimento de \$50 anuais. Supondo que o valor presente desta segunda opção é \$500, o proprietário único racional optará por restringir sua pesca a apenas 450 por ano, e não pela primeira alternativa. Já num segundo cenário, supõe-se que o acesso ao

lago é público, de tal maneira que se coloca a questão de saber como preservar o valor presente de \$500 ante a perspectiva de que uma comunidade de pescadores, agindo de modo egoístico, possa exaurir a piscosidade do lago de uma só vez. Neste caso, a auto-restrição por parte de cada pescador quanto ao limite de sua própria pesca não garante que os demais frequentadores do lago também agirão conforme a lógica da preservação dos peixes visando ao bem comum. Assim, torna-se necessária a imposição externa de um regime de limite ou quotas de pesca. Analogamente, argumenta Jackson, o direito deve impor limites aos credores quanto à capacidade de obterem medidas de satisfação de seus créditos a partir do patrimônio da empresa devedora”. (JACKSON, 1986, p.11-12 apud KIRSCHBAUM, 2009).

O exemplo de Thomas Jackson faz pensar a respeito da conveniência de entregar-se aos credores a valoração da viabilidade do plano. Verdade que há credores estratégicos, tais como trabalhadores e fornecedores, que dependem da existência da empresa para a sua subsistência. Eles possuiriam tendência a votar pela continuidade da atividade empresarial, e poderia até se imaginar aqueles que realmente estariam preocupados em analisar a viabilidade econômica do plano. Outros credores, contudo, votam favoravelmente ao plano quando há perspectiva de recebimento do seu crédito, e desfavoravelmente, quando sabem que há possibilidade de pagamento caso seja decretada a falência.

Não há como negar a importância da negociação com os credores. A recuperação do crédito da empresa é um dos elementos mais importantes de sua recuperação. Contudo, não é o único aspecto envolvido quando se fala em superação de uma crise, o que nos faz refletir se não haveria mesmo um interesse social, ou interesse maior na sua preservação (SALOMÃO FILHO, CALIXTO, Recuperação de Empresas e Interesse Social). A Lei 11.101/05 implicitamente admitiria tal interesse social ao prever, por exemplo, a imposição do plano a uma minoria dissidente na Assembleia Geral de credores.

Se os credores muitas vezes não têm condições de avaliar a viabilidade de um negócio, e se a lei não define o que seja uma crise superável, também se não é recomendável que empresas inviáveis sejam submetidas ao processo de recuperação judicial, é de rigor entender que o juiz, previamente, deve observar se presentes todos os requisitos legais para a concessão do favor legal.

Aqui convém ressaltar que a lei, ainda que pontualmente, refere-se ao saneamento da administração da empresa, sem a intervenção dos credores. Por exemplo, quando prevê o afastamento do administrador do devedor da condução das atividades da empresa, e quando se verificam as hipóteses previstas no artigo 64. Dispõe a lei que o administrador deve ser afastado quando se verifica que ele “efetua gastos pessoais manifestamente excessivos em relação a sua situação patrimonial; ou quando ele realiza despesas injustificáveis em relação ao capital ou gênero do negócio, ou ainda aquele que descapitaliza injustificadamente a empresa ou realiza operações prejudiciais ao seu funcionamento regular”.

Importante notar que tal artigo está inserido na Seção IV, Capítulo III, que regula o “procedimento da recuperação judicial”. O artigo dispõe que o devedor e seus administradores serão afastados, atribuindo ao juiz tal poder de decisão, independentemente da concordância dos credores, sem prever como condição do afastamento o não cumprimento do plano. Ou seja, em outras palavras, caberá ao juiz, muitas vezes provocado pelo administrador judicial, apreciar se a empresa está desempenhando a atividade empresarial de maneira a cumprir sua função social, e se efetivamente superará sua situação de crise.

Há meios de recuperação, por outro lado, que não dependem da moratória do devedor, como ocorria com a antiga concordata. Previu-se, dentre as modalidades do plano de recuperação, por exemplo, a substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; o trespasse ou arrendamento de estabelecimento, ou mesmo emissão de valores mobiliários. Tratam-se de soluções que dizem respeito à reestruturação da empresa em dificuldades.

De qualquer forma, importante anotar a crítica ao sistema legal anotado por Fábio Ulhoa Coelho, quando observa que a lei vincula o indeferimento da recuperação judicial à decretação da falência, reduzindo enormemente as alternativas do credor ao votar na Assembleia Geral de Credores: ou o credor vota pela aprovação de qualquer plano mesmo percebendo sua evidente inconsistência ou amargará o prejuízo certo pela falência. (COELHO, 2013, p. 191-192).

### **Apreciação judicial da viabilidade econômica**

Como já se mencionou, se a lei não define o que significa uma crise superável, e enumera exemplificativamente como se sanaria a situação da empresa em recuperação, pergunta-se: a quem cabe a apreciação da viabilidade econômica da empresa?

Como já defendido anteriormente neste trabalho, a viabilidade econômica é condição da recuperação judicial. Por isso, a avaliação dos requisitos do artigo 51 da Lei 11.101/05 não deve ser superficial, e sim rigorosa.

A esse respeito, é relevante mencionar a opinião dos estudiosos: “Para que os propósitos da Lei 11.101/05 sejam realizados, é preciso que sua aplicação se dê de modo a preservar empresas economicamente viáveis e liquidar as inviáveis. Não é desejável do ponto de vista social que uma empresa economicamente inviável tenha seu plano de recuperação aprovado apenas como resultado da ação de um grupo estrategicamente posicionado para fazer prevalecer seus interesses sobre os demais. Do mesmo modo, é socialmente danosa a decisão que determine a liquidação de uma empresa viável. Por isso, uma das questões conceituais que interessa para a aplicação da lei é como determinar a viabilidade econômica, o que significa estabelecer se a crise da empresa é financeira ou intrinsecamente econômica, ou ainda econômica e financeira. Devido à possibilidade de manifestação independente ou simultânea dos quadros de crise financeira e da crise econômica, a lei deve disponibilizar mecanismos de ‘filtro’ que tornem possível a identificação da natureza da crise. Isto tem implicações de extrema relevância já que, assim como não faz sentido liquidar uma empresa viável economicamente, tampouco faz sentido ‘preservar’ artificialmente uma empresa sem fundamento econômico por meio da recuperação. É importante apresentar, ainda que brevemente, o conceito de ‘crise econômico-financeira’. A crise financeira se caracteriza pela incapacidade da empresa devedora em pagar seu passivo, que pode decorrer seja de um problema de falta de liquidez dos ativos, seja do fato de o montante de passivo da empresa superar o total do ativo, ou ainda de ambos os fatores. Já a crise econômica se caracteriza por problemas na alocação dos recursos utilizados pela empresa.” (KIRSCHBAUM, 2009, obra já citada).

E ainda: “ora, um plano de recuperação não é apenas uma promessa de pagamento (para composição do passivo), mas representa um cenário mais amplo, em que o devedor conquista (ou reconquista) em maior ou menor grau, a confiança de seus credores, na retomada de suas atividades, em certo prazo, em condições de manter (ou retomar) suas

relações negociais e, mormente, para gerar recursos suficientes não apenas para efetuar o pagamento do passivo, mas para dar continuidade à atividade econômica. Essa confiança desdobra-se em um aspecto subjetivo, relacionado ao comportamento do devedor (predominantemente na transparência das informações prestadas a respeito do cenário da crise, tais como suas causas e a fotografia real de sua situação econômico-financeira) como também sob o aspecto objetivo, de viabilidade no cumprimento das medidas de saneamento propostas para superação da crise e satisfação dos credores (há uma avaliação projetada de saneamento do negócio, que se projeta basicamente, na possibilidade futura de satisfação das obrigações, sejam aquelas vencidas, sejam aquelas nascentes” GARDINO, Adriana Valéria Pugliese. *A falência e a preservação da empresa - Compatibilidade?* Tese de doutorado Orientador: Prof. Dr. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Nos estritos termos da Lei 11.101/05, tais questões e também a viabilidade da empresa seriam definidas, em um primeiro momento, com a aprovação do plano de recuperação judicial pela Assembleia Geral de Credores. Isso porque, ainda que o artigo 53, inciso II da Lei estabeleça como requisito do plano de recuperação a demonstração de sua viabilidade, não há previsão legal para que o juiz valere a viabilidade do plano.

Porém, como já se ressaltou, não há mais como conceber a interpretação de que qualquer plano ou qualquer empresa possa se submeter à recuperação judicial.

Cabe ao juiz, em um primeiro momento, deferir ou não o processamento da recuperação judicial. A despeito da necessidade de se preservar a função social da empresa, acreditar que qualquer empresa pode se recuperar judicialmente, obtendo a suspensão das execuções no prazo de cento e oitenta dias, é transformar a recuperação judicial no que era a antiga concordata: “Mas se é a sociedade brasileira como um todo que arca, em última instância, com os custos da recuperação da empresa, é necessário que o Judiciário seja criterioso ao definir quais merecem ser recuperadas. Não se pode erigir a recuperação das empresas um valor absoluto. Não é qualquer empresa que deve ser salva a qualquer custo” (COELHO, 2013, pág. 175, obra já citada).

A análise da efetiva atividade empresarial a ser preservada tem sido objeto de preocupação judicial, o que tem levado os juízes a determinar a realização de um laudo para a constatação de tal atividade antes do deferimento do processamento da recuperação.

Há entendimento também no sentido de que o juiz pode determinar a realização de perícia para avaliação da veracidade dos laudos contábeis apresentados: “Estando atendidos todos os requisitos formais previstos nos incisos do art. 51, dentre os quais as demonstrações contábeis, impõe o art. 52 que o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial. Observe-se que a lei é impositiva: o juiz deferirá o pedido de processamento. Contudo, como pode o julgador, que não tem formação técnica em contabilidade, apreciar a regularidade da documentação de natureza estritamente contábil? Essa dificuldade não passou despercebida à boa doutrina: O juiz não é um técnico em contabilidade e não conta com a necessária assessoria técnica que lhe permita uma eficaz análise dos documentos contábeis apresentados (.). É necessário que se propicie essa efetiva assessoria ao juiz, que, repita-se, não é técnico em contabilidade, administração e finanças. Como há intenção, em diversas unidades da federação, de criar varas especializadas para recuperação e falência, seria necessária a criação também dessa assessoria de natureza contábil em tais varas (MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO. *Lei de recuperação de empresas*

*e falência: Lei 1.101/05 comentada artigo por artigo*. 7ª ed., São Paulo: RT, 201, p. 148). É certo que o exame aprofundado da situação financeira das empresas e da real possibilidade de recuperação deve ser realizado pelos credores após a apresentação do plano (art. 53 LRF), que poderão opor objeção (art. 5) ou se manifestar em assembléia (art. 56). De outro lado, a lei atribui ao juiz o exame sumário da regularidade dos documentos que instruem o pedido de recuperação. E só pode fazê-lo, de forma ótima, por intermédio da assistência de profissional da área, para tanto nomeado. Sabe-se que as normas processuais contidas no CPC tem aplicação subsidiária aos procedimentos previstos na Lei nº 11.101/05 (art. 189 LRF). E, nesse raciocínio, dispõe o art. 145 do CPC que, quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito. Assim, a nomeação de perito para assistir o juiz no exame da documentação contábil prevista no art. 51 I da LRF é possível e tem previsão legal” (Trecho extraído do voto proferido pelo Desembargador Teixeira Leite, 1ª Câmara de Direito Empresarial, no Agravo de Instrumento nº 2058626-90.2014.8.26.00 - Araras - voto nº 21049).

Em sentido oposto, de que o juiz não deve examinar a idoneidade dos laudos contábeis: “Não compete ao juiz apreciar o mérito ou a realidade das demonstrações contábeis, balanços patrimoniais ou de resultado, relatório gerencial de fluxo de caixa, sua projeção e demais documentos. Evidentemente, se houver inverdades, falsidades, documentação inidônea, o Administrador Judicial, o Ministério Público ou qualquer credor poderão apontá-las durante o processamento da recuperação judicial e, feitas as devidas apurações, tais fatos serão considerados pela Assembleia-geral quando da deliberação sobre o plano” (Agravo nº 612.654.4/6-00 (994.08.044706-0), voto nº 16.724, Desembargador Relator Manoel Queiroz de Pereira Calças).

A lei também faz menção à realização de laudo econômico financeiro “e de avaliação de bens e ativos do devedor subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada” no inciso III do artigo 53. Trata-se de documento que deve ser apresentado pela empresa em recuperação judicial junto com o plano de recuperação, sessenta dias após o deferimento do processamento da recuperação judicial.

Com base em tal artigo, há quem diga que a lei estaria conferindo ao juiz a possibilidade de apreciar a viabilidade do plano, sendo possível que haja determinação de estudo das atividades empresariais e também da viabilidade do cumprimento do plano através de profissional de confiança do juízo. Mas aqui também há posições divergentes. A esse respeito, merece menção o Enunciado 46 das Jornadas de Direito Comercial: “Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores” e também o Enunciado 44: Enunciado “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade”. Seguindo essa linha, o juízo só teria amparo para não homologar o plano de recuperação em razão do não cumprimento de requisitos legais, em especial, o tratamento igualitários dos credores.

Ainda, no sentido de que ao juiz não é conferido o poder de examinar a viabilidade econômica do plano, vale a transcrição da Ementa de voto proferido no Agravo de Instrumento, de autoria do Desembargador Relator Manoel de Queiroz Pereira Calças, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial: “Recuperação judicial. Plano de recuperação judicial apresentado em substituição ao anterior. Manifestação do juízo pela produção de laudo pericial a fim de verificar a viabilidade econômico-financeira do novo plano.



Matéria afeta aos credores que, no momento oportuno, deverão apreciá-lo. Laudo pericial produzido por solicitação do juízo que não vincula os credores. Peça meramente informativa. Não compete ao juiz examinar a viabilidade econômico-financeira do plano e deixar de conceder a recuperação por considerar a proposta inviável sob o prisma econômico. Agravo a que se nega provimento”.

A viabilidade da atividade empresarial depende também da identificação e exposição dos motivos da crise, da transparência e da conduta do devedor, transparência que acaba conferindo ao devedor a capacidade de negociar suas dívidas. E não é por acaso que o artigo 51 da Lei, ao estabelecer os requisitos do pedido de recuperação, prevê que a empresa deve apontar as causas que levaram à crise econômico-financeira, além de apresentar os resultados contábeis dos três últimos exercícios sociais, a relação integral dos empregados e a discriminação dos valores pendentes de pagamento. Também não é por acaso que a empresa que requer recuperação deve apresentar certidão de regularidade perante o Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores. São nove dispositivos, que devem ser rigorosamente cumpridos e analisados, porque demonstram a transparência das atividades do devedor.

Como já se defendeu: a existência de patrimônio, por si só, não significa que a empresa é viável. Tal noção decorre da equivocada relação que se faz entre falência e recuperação judicial, sob a perspectiva dos credores quanto ao recebimento, ou não, de seus créditos. Da mesma forma, a relevância social da atividade que a empresa exerce tampouco implica na sua viabilidade.

Outros dispositivos legais também disciplinam, indiretamente, a “viabilidade econômica”. Por exemplo, determina o artigo 61 da Lei, em seu parágrafo 1º, que a recuperação judicial será convalidada em falência quando descumpridas as obrigações assumidas no plano de recuperação até dois anos da sua concessão. E no caso de descumprimento após tal prazo, a convalidação depende do pedido de falência formulado por qualquer dos credores.

Mais uma vez, é questionável que o descumprimento do plano e a inviabilidade econômica da empresa sejam sinônimos e consequências inarredáveis um do outro. Recomendável que o juiz faça a apreciação razoável do contexto do descumprimento; o que não significa dizer que os planos de recuperação podem ser cumpridos parcialmente. Ao contrário, a confiabilidade das atitudes do devedor é que implica na superação da crise. A viabilidade, de certa forma, decorre da reconquista da confiança dos credores: e na prática, a informação do Juízo quanto ao não cumprimento das inúmeras obrigações previstas no plano de recuperação depende mesmo é da iniciativa do credor descontente.

### **A viabilidade econômica e recuperação judicial dos grupos de sociedade**

A doutrina, em linhas gerais, defende que um grupo societário configura uma unidade empresarial “eis que todos os elementos caracterizadores estariam presentes: a contribuição individual dos membros com esforços ou recursos, a atividade para a obtenção de uma finalidade comum e a participação nos lucros e nos prejuízos.” (CAMPANA FILHO, 2013).

Porém, a disciplina legal dos grupos de sociedades no Direito Brasileiro não abrange de maneira eficaz a realidade de tal fenômeno no mundo empresarial. Para alguns, os artigos 265 a 277, Capítulo XXI da Lei das Sociedades Anônimas, que regulamentam a ma-



téria, tornaram-se letra morta, considerando que as empresas plurisocietárias, na maior parte das vezes, existem independentemente da adoção formal do regime de grupos de sociedade previstos na lei (AZEVEDO, 2012, pág. 178).

Partindo-se da ideia de que existem grupos de direito (artigos 265 a 277 da Lei 6404/74), aqueles constituídos através de convenção ou acordo formal; e grupos de fato, entre sociedades coligadas e controladas, nos termos dos artigos 243 e seguintes da mesma lei, o fenômeno do agrupamento decorre da necessidade de reduzir o fenômeno dos custos de transação, conceito desenvolvido por Ronald H. Coase (COASE, 1960, apud AZEVEDO, 2012), quando abordou os custos decorrentes das operações econômicas de mercado. Assim, imaginando-se uma empresa que atua no ramo de distribuição, logística e transporte de produtos fabricados por uma terceira, pode-se admitir que elas passem a atuar como coligadas, unificando-se, por exemplo, procedimentos operacionais e de mercado, reduzindo-se custos.

Se é possível conceber, economicamente, a unidade empresarial, as dificuldades aparecem quando se reconhece a possibilidade de um grupo integrar o polo ativo de um pedido de recuperação judicial.

A Lei 11.101/05 não previu tal situação, mas há os que entendam que é possível a aplicação subsidiária do artigo 46 do Código de Processo Civil.

A jurisprudência tem reconhecido a possibilidade do litisconsórcio ativo nos pedidos de recuperação. Porém, a existência de mais de uma atividade empresarial a ser preservada, em tese, prejudicaria a transparência e a apreciação da viabilidade da recuperação.

A análise rigorosa dos requisitos do artigo 51 da Lei de Recuperação e Falências, bem como da idoneidade dos dados apresentados ficaria prejudicada se um grupo societário requeresse sua recuperação judicial. No mínimo, a avaliação do quadro econômico de cada empresa exigiria a apresentação separada dos laudos contábeis, fluxo de caixa e balanço patrimonial.

Verdade que, processualmente, o litisconsórcio se trata de instituto criado com o objetivo de evitar decisões conflitantes, bem como medida de economia processual, quando diversas pessoas ocupam o mesmo polo de uma relação jurídica de direito material. Difícil, contudo, admitir que haveria decisões conflitantes ou mesmo necessidade de se resguardar o princípio da economia processual se as empresas que integram o polo ativo da ação têm situações econômicas distintas, administradores distintos e também credores distintos.

O tratamento do grupo como uma unidade, para fins da Lei 11101/05 só faz sentido se analisarmos o plano apresentado e também o seu processamento. Por exemplo, seria incoerente não admitir o litisconsórcio ativo se o plano de recuperação contemplasse uma situação ou remédio que abrangesse o conjunto de empresas requerentes, por exemplo, a hipótese prevista no artigo 50, incisos II e III da Lei 11.101/05.

A questão ainda guarda relevância em relação à regra do foro competente.

O artigo 3º da Lei 11.101/05 determina que o foro competente para apreciar o pedido de recuperação judicial é o do “local do principal estabelecimento do devedor ou da filial da empresa que tenha sede fora do Brasil”.

Se um grupo de sociedades é quem ocupa o polo ativo do pedido de recuperação judicial, como reconhecer o foro competente se as empresas envolvidas têm estabelecimentos principais diferentes? Ainda que se admita que, em todos os grupos, há uma empresa dominante, e que determinaria o estabelecimento principal, na fase inicial do processo é mesmo questionável que o juiz possa identificá-la.

O estabelecimento principal do devedor é justamente aquele em que ele realiza maior número de negócios, e também onde estão os credores, que devem ter plena ciência e acesso ao processo da recuperação (COELHO, 2013, pág. 26). Tal regra é de natureza pública, portanto.

Tais incongruências nos mostram que não é possível admitir, pura e simplesmente, o litisconsórcio ativo nos pedidos de recuperação judicial. A despeito da unidade econômica de certos grupos societários, recomenda-se que o litisconsórcio seja admitido quando for condição para o bom processamento e também para a boa execução do plano de recuperação. Nesse sentido: “Agravo de Instrumento n. 2178366-42.2014.8.26.0000 - Relator Desembargador: Manoel de Queiroz Pereira Calças - 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial - Ementa: Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Competência fixada em razão da sede do principal estabelecimento das agravadas e de prevenção gerada por pedido de falência anteriormente distribuído pela própria agravante contra as agravadas (art. 6º § 8º, da Lei nº 11.101/05). Litisconsórcio ativo. Possibilidade. Precedentes. Perícia técnica para apurar a viabilidade das agravadas. Questão não jurídica que refoge à competência do Poder Judiciário. Apresentação de plano único de recuperação judicial. Necessidade. Eventuais distorções dos créditos individuais que devem ser apreciadas e corrigidas caso a caso. Decisão mantida. Agravo a que se nega provimento”.

## Conclusão

A Lei 11.101/05 trouxe uma nova perspectiva ao direito falimentar, trazendo uma solução jurídica para empresas viáveis e em crise, regulamentando, ainda que implicitamente, o que seria uma empresa sanável.

Previu-se também uma nova concepção à falência, abandonando-se a ideia de que o instituto implicaria tão somente a liquidação da empresa, passando a significar o reaproveitamento dos elementos produtivos de uma empresa mal administrada.

A despeito das críticas à Lei 11.101/05, bem como de seus resultados práticos, é possível considerá-la como instrumento jurídico apto a solucionar a crise de algumas empresas. É necessário agora examinar com espírito científico a lei, despido de qualquer preconceito, para mesmo após essas críticas, tirar de seus artigos aquilo que de melhor neles exista para o fim pretendido de recuperação das empresas em crise, de um lado, e de outro, para a falência da empresa cuja situação econômico-financeira, demonstre ser este o caminho a seguir, para que não se mantenha no meio empresarial, contaminando-o e colocando em risco sua eficiência ou seu crescimento, qualidade por todos nós desejadas”. (BEZERRA FILHO, Manoel Justino, 2012, págs. 57 e 58).

## Referências

- AZEVEDO, Luís André N. de Moura. O paradoxo da disciplina legal dos grupos de direito no Brasil sob uma perspectiva de Direito e Economia, *in Grupos de Sociedades, Organização e Exercício da Empresa*. Coord. Danilo Borges dos Santos Gomes de Araújo e Walfrido Jorge Warde Jr., (2012).
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência, Lei 11.101/05*, comentada artigo por artigo, 8ª. Edição, Revista dos Tribunais, pág. 57 e 58.
- CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Tese de doutorado, orientadora Professora Doutora Vera Helena de Mello Franco Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2013.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 5ª. Edição. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1954, Vol VII.
- COASE, Ronald H. *The problem of social cost*, Journal of Law and Economics, v. 3, 1960.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas*, 9ª. Edição, 2013.
- COSTA, Ricardo Brito. *Recuperação Judicial: é possível o litisconsórcio ativo?* Revista do Advogado, São Paulo, n. 105, p. 174-183, Setembro de 2009.
- GARDINO, Adriana Valéria Pugliese. *A falência e a preservação da empresa - Compatibilidade?* Tese de doutorado. Orientador: Prof. Dr. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- JACKSON, Thomas H. *The logic and limits of Bankruptcy Law*. Washington, D.C.: Beard Books, 1986, p.11-12.
- KIRSCHBAUM, Deborah. *A recuperação judicial no Brasil: Governança, Financiamento Extraconcursal e votação do plano*. Tese de Doutorado, Orientador Professor Calixto Salomão Filho, Universidade de São Paulo Faculdade de Direito de São Paulo, 2009.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Recuperação de Empresas e Interesse Social. Pág. 44 a 54, *in Comentários à lei de recuperação de empresas e falência - Lei 11.101/05 - Artigo por artigo*. Coord. Francisco Satiro de Souza Júnior e Antonio Sergio A. de Moraes Pitombo.

# A função social da empresa e o desenvolvimento nacional

**Paulo Henrique Ribeiro Garcia**  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A importância histórica do direito comercial para o desenvolvimento econômico-social dos países europeus entre os séculos XII e XVII. 3. A importância atual do direito comercial e os perfis da empresa. 4. Empresa - estrutura e função. 5. O Princípio da Função Social da Empresa. 6. O direito à livre iniciativa e o poder-dever quanto aos fins da empresa. 7. Administração da Empresa e Função Social. 8. Concorrência. 9. Bens de produção e direito do consumidor. 10. Externalidade - meio ambiente. 11. Relações de trabalho - custo social e externalidade positiva. 12. Preservação da empresa e recuperação judicial. 13. Conclusões. 14. Bibliografia.

## 1. Introdução

Superada a concepção individualista dos direitos subjetivos, houve a necessidade de construção de um novo modelo jurídico capaz de compatibilizar os interesses públicos e particulares nas relações privadas. Importantes institutos do direito privado, tais como o contrato, a propriedade e a empresa, são pensados com o papel de assegurar não apenas a liberdade do titular, mas de todos. Surge a ideia de funcionalidade do direito subjetivo, que nasce para a satisfação dos interesses do particular, porém deve ser exercido de modo a observar valores sociais.

A empresa se sujeita à função social, pois representa uma instituição cuja importância transcende à esfera econômica, na medida em que abarca interesses sociais mais relevantes, como a subsistência de seus empregados e o bem-estar dos cidadãos que dela dependem ou com ela dividem o mesmo espaço social.<sup>1</sup>

O presente trabalho, assim, tem por objetivo analisar os aspectos gerais e os desdobramentos da aplicação do princípio da função social no que diz respeito à empresa, bem como sua importância para o desenvolvimento econômico nacional. A introdução do trabalho revelará o natural papel social dos institutos do direito comercial, que, ao longo da história, serviram como relevantes agentes do desenvolvimento econômico-social das diversas nações, enquanto os demais tópicos contemplarão as discussões contemporâneas da concepção da empresa e sua função social, com os desdobramentos em relação aos interesses internos (administração e acionistas) e interesses externos (concorrentes, consumidores e empregados).

<sup>1</sup> FRAZÃO, Ana. *Função Social da Empresa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 102.

## 2. A importância histórica do direito comercial para o desenvolvimento econômico-social dos países europeus entre o século XII e século XVII

Com o avanço e aprimoramento do comércio entre os povos, o modo de tratamento dos diversos institutos do Direito Comercial no âmbito interno de cada soberania passa a ter importante repercussão para o desenvolvimento econômico-social das nações, conforme revela a história.

Entre o início do século XII e o final da segunda metade do século XVI, a partir das comunas italianas, quando da afirmação da burguesia urbana que desenvolveu um novo espírito empreendedor e uma nova organização dos negócios, em contraposição à civilização feudal, observa-se aquele que é considerado o primeiro período da história do direito comercial.<sup>2, 3</sup>

Nessa fase, constata-se o desenvolvimento dos institutos tradicionais do direito comercial.

As cidades configuravam centros de consumo e trocas (mercadores), além de centro de produção industrial (artesãos), originando as corporações de artes e ofícios. Aquelas com acesso ao mar tinham uma via de comunicação para horizontes mais largos e um incentivo aos negócios especulativos por meio de trocas a longa distância.<sup>4</sup>

A atividade de trocas em praças distantes fez destacar a atuação de uma rede de auxiliares, com desenvolvimento da doutrina dos prepostos, agentes e comissários. A necessidade de organização da atividade consolidou a ideia de estabelecimento comercial, com o fundo de comércio e sinais distintivos. Do câmbio marítimo surgiu o seguro, onde o conceito de risco se apresentou pela primeira vez. Aos pagamentos entre praças distantes, o câmbio de moeda. Desenvolve-se, a partir do consórcio familiar, a sociedade em nome coletivo, cuja estrutura foi reforçada com a participação de terceiros (estranhos à família).<sup>5</sup>

Ascarelli, ainda, retrata que o florescimento das corporações acabou por entrelaçar-se com a história constitucional das cidades, de tal maneira que a inscrição em uma corporação era pressuposto para a participação da vida pública.

Internamente, nas corporações artesanais, estabelece-se uma disciplina das relações entre mestres e aprendizes, bem como regramentos para as jornadas de trabalho, de proteção ao consumidor, além de normas para evitar a concorrência.

Organizada para a produção de lucro, da intensa atividade comercial verificou-se a florescência econômica das comunas italianas, que restou interrompida apenas na crise do início do século XVI, em virtude de fatores econômicos e políticos. Entre os fatores que corroboraram com a crise, o mais relevante decorre da descoberta da Via do Cabo

<sup>2</sup> Entende-se que o Direito Romano não conheceu um sistema de Direito Comercial (ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial, tradução e notas: Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 103, Julho-Setembro 1996, págs. 87/100).

<sup>3</sup> A sistematização da ciência em período posterior não exclui a constatação de normas particulares à matéria comercial, com apontamentos desde o Código de Hamurabi.

<sup>4</sup> ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial, tradução e notas: Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 103, Julho-Setembro 1996, págs. 87/100.

<sup>5</sup> ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial, tradução e notas: Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 103, Julho-Setembro 1996, págs. 87/100.

que abriu caminho marítimo para o Oriente e a descoberta da América, gerando uma nova expansão e deslocamento dos centros comerciais.<sup>7</sup>

A vida econômica se desloca para o Ocidente (República Holandesa e os Estados unitários da França e da Inglaterra), com o início do desenvolvimento das sociedades anônimas e bolsas de valores, paralelamente à expansão das companhias coloniais (Companhia Holandesa das Índias Orientais, fundada em 1602, e a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais, fundada em 1621).

Como esclarece Marcelo Barbosa Sacramone, as companhias holandesas, que tinham por fim a exploração e colonização das terras do Oriente e do Novo Mundo, “fundamentavam-se numa autorização governamental que, para a captação de volumosos recursos destinados ao vultoso empreendimento, garantia a responsabilidade limitada dos sócios e a divisão do capital em ações facilmente circuláveis”.<sup>8</sup>

Fica clara, a partir dessa breve análise da origem do direito comercial, a relação de dependência entre a produção de riqueza e o êxito nas atividades econômicas.<sup>9</sup>

E foram as soluções jurídicas oferecidas aos problemas vivenciados pelo mercado da época que viabilizaram o concurso das atividades comerciais e dos meios financeiros, servindo de importantes instrumentos para o desenvolvimento econômico do continente europeu na Idade Média.

Transcorridos vários séculos após aquele primeiro período histórico, com diversas alterações em seus principais institutos, inclusive surgimento de novos, não se alterou o panorama social, persistindo até os dias de hoje a relevante atuação do direito comercial ao desenvolvimento da atividade econômica e à produção de riquezas, que hodiernamente tem sua figura de destaque a empresa.

### 3. A importância atual do direito comercial e os perfis da empresa

Antes do século XIX, estruturado sobre a ideia de atos de comércio, não houve no direito comercial debate consistente a respeito do que seria a empresa, que era então vista mais como um fenômeno econômico do que jurídico.<sup>10</sup>

Dos estudos de Asquini, a concepção jurídica da empresa se desenvolveu como um fenômeno poliédrico, caracterizado por quatro perfis, cada qual fundado em um elemento que integra referido fenômeno.<sup>11</sup> Um perfil subjetivo identifica a empresa como sinônimo da própria pessoa do empresário, conceituado como aquele que exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, tendo por fim a produção ou a troca de

<sup>6</sup> ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial, tradução e notas: Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 103, Julho-Setembro 1996, págs. 87/100.

<sup>7</sup> ASCARELLI, Tullio. O Desenvolvimento Histórico do Direito Comercial e o significado da Unificação do Direito Privado, tradução e notas: Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 114, Abril- Junho, 1999, págs. 237/252.

<sup>8</sup> SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Tutela do Interesse Social nas Deliberações Assembleares*, Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004, pág. 15.

<sup>9</sup> ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial, tradução e notas: Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 103, Julho-Setembro 1996, págs. 87/100.

<sup>10</sup> FRAZÃO, Ana, in *Função Social da Empresa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 63.

<sup>11</sup> ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. tradução e notas: Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 104, Outubro-Dezembro, 1996, págs. 109/126.

bens ou serviços. Um perfil funcional representa a empresa como a atividade empresarial. Um perfil patrimonial ou objetivo consiste no complexo de relações jurídicas que tem por centro o empresário, a saber o estabelecimento comercial. Por fim, um perfil corporativo analisa a empresa como instituição, considerada como aquela especial organização de pessoas que é formada pelo empresário e pelos empregados, seus colaboradores.

Dos quatro perfis delineados por Asquini, aponta Fábio Ulhoa Coelho que apenas o funcional realmente corresponde a um conceito jurídico próprio. Segundo o Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, “os perfis subjetivo e objetivo não são mais que uma nova denominação para os conhecidos institutos de sujeito de direito e de estabelecimento comercial. O perfil corporativo, por sua vez, sequer corresponde a algum dado de realidade, pois a ideia de identidade de propósitos a reunir na empresa proletários e capitalistas apenas existe em ideologias populistas de direita, ou totalitárias (como a fascista, que dominava a Itália na época)”.<sup>12</sup>

Marcado pelo perfil funcional, a empresa restou definida pela doutrina, como a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.<sup>13</sup>

Na lição dos teóricos da análise econômica do direito, essa noção de empresa, em muitas situações, representa um centro de imputação de direitos, deveres e obrigações, independente do empresário ou da sociedade empresária<sup>14</sup> e visto como um feixe de contratos (*nexus of contracts*). Nesta perspectiva jurídico-econômica, busca-se explicar a empresa a partir da teoria do contrato organização, ou seja, o contrato associativo cria uma estrutura que deve ter a organização mais apta a solucionar os conflitos entre esse feixe de contratos e relações jurídicas.<sup>15</sup>

Em realidade, não se pode afirmar que os conceitos são excludentes, mas semelhantemente à doutrina de Asquini, observa-se dois perfis diversos do mesmo fenômeno. No primeiro, enfatiza-se a função-atividade, enquanto, no segundo, a organização: estrutura jurídica criada.

De todo modo, seja qual for o ponto de vista, necessário recordar o ensinamento de Fábio Konder Comparato quando afirma que a empresa não é, em última análise, representada por seu objeto, consistente no exercício de uma atividade econômica de produção ou distribuição de bens, ou de prestação de serviços. Isto porque, o objeto da empresa está sempre subordinado ao objetivo final de apuração e distribuição de lucros. É esta a chave lógica para a compreensão tanto da estrutura quanto do funcionamento da empresa. Ela é organização produtora de lucros.<sup>16</sup>

#### 4. Empresa - estrutura e função

As instituições jurídicas ostentam sempre uma determinada estrutura a fim de viabilizar a realização dos interesses e, no que diz respeito à empresa, a situação não poderia ser diferente.

<sup>12</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, in *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2003, pág. 19.

<sup>13</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, in *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2003, pág. 19.

<sup>14</sup> FORGIONI, Paula Andrea, in *A evolução do Direito Comercial Brasileiro*, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, pág. 104.

<sup>15</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, in *O Novo Direito Societário*, 4ª edição, revista e ampliada, São Paulo, Malheiros, 2011, págs. 42 e 44/45.

<sup>16</sup> COMPARATO, Fábio Konder: Estado, Empresa e Função Social, *Revista dos Tribunais*, volume 732, outubro de 1996, p. 44/45.



A estrutura da empresa é representada pelo complexo organizado de relações jurídicas decorrentes do contrato associativo, sejam as internas, que estabelecem os participantes da pessoa jurídica e os órgãos de direção e fiscalização, sejam as externas, relacionadas aos terceiros com os quais interage.

E, em se tratando de Ciência Social Aplicada, não há sentido existir institutos jurídicos sem uma função.

Função, segundo lição de Norberto Bobbio, consiste na “prestação continuada que um determinado órgão dá à conservação e ao desenvolvimento, conforme um ritmo de nascimento, crescimento e morte, do organismo inteiro, isto é, do organismo considerado como um todo.”<sup>17</sup>

Fábio Konder Comparato esclarece que, na língua matriz, o substantivo *functio* é derivado do verbo deponente *fungor*, cujo significado é o de cumprir algo, ou desempenhar-se de um dever ou de uma tarefa. No que respeita à função jurídica, o termo poder ser tomado no sentido de uma atividade dirigida a um fim e comportamento, de parte do sujeito agente, um poder ou competência.<sup>18</sup>

Quanto aos fins do direito, Norberto Bobbio identifica dois tipos de função: uma individual, relevante para os governados, para quem o direito configura um instrumento de proteção, garantia, libertação, etc., de cada um dos membros da sociedade, e outra social do direito, relevante para os governantes, isto é, para quem ele é um instrumento de governo.<sup>19</sup> Possível, assim, falar-se em função privada e função social de um direito.

A função privada, em verdade, coincide com o interesse que o particular busca realizar por meio de um instituto jurídico.

A empresa é fruto e instrumento da ambição humana, nas palavras de Saulo Bichara Mendonça: “uma força particular em movimento dirigida a um determinado escopo produtivo, com o propósito supremo de proporcionar lucro”.<sup>20</sup>

A recompensa é a alavanca que move a sociedade econômica, conforme lição de Norberto Bobbio.<sup>21</sup> Essa recompensa, no caso da empresa, é o lucro. Lucro, portanto, é a finalidade privada da empresa.<sup>22</sup>

Para obter seu lucro, a empresa desenvolve sua atividade econômica em um contexto social e, em regra, existem os efeitos externos da referida atuação, sejam benéficos, sejam prejudiciais. Não se trata de exceção.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, Manole, 2007, pág. 103.

<sup>18</sup> COMPARATO, Fábio Konder, in Estado, Empresa e Função Social. *Revista dos Tribunais*, ano 85, vol. 732, outubro de 1996, págs. 38/46.

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, Manole, 2007, pág. 105.

<sup>20</sup> MENDONÇA, Saulo Bichara, in Função Social da Empresa - Análise Pragmática. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, Franca, ano 16, n° 23, 2012, págs. 61/74.

<sup>21</sup> BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, Manole, 2007, pág. 9.

<sup>22</sup> O interesse social que na definição clássica corresponde à maximização de lucros, encontrou na integração entre direito societário e mercado de capitais a visão da maximização do valor de venda das ações (*shareholder value*). (SALOMÃO FILHO, Calixto, in *O Novo Direito Societário*, 4ª edição, revista e ampliada, São Paulo, Malheiros, 2011, págs. 31/32). Seja qual for o entendimento, observa-se que a finalidade do participante da empresa é fomentar riquezas para si, por meio dos dividendos ou da valorização de seu patrimônio social.

<sup>23</sup> FORGIONI, Paula Andrea, in *A evolução do Direito Comercial Brasileiro*, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, págs. 147/148.

São as externalidades que Fábio Ulhoa Coelho define como “todo efeito produzido por um agente econômico que repercute positiva ou negativamente sobre a atividade econômica, renda ou bem estar de outra pessoa, sem a correspondente compensação”<sup>24</sup>. E, exemplifica: nenhum pedestre morador de uma metrópole é compensado por respirar o ar contaminado pelos poluentes produzidos por veículos de empresas de transporte coletivo, mas também não é obrigado a remunerar o aumento de espaço livre nas calçadas propiciado pelo serviço dessas mesas empresas.<sup>25</sup>

Equilibrar a equação entre os custos gerados pela atividade econômica e benefícios sociais é, em parte, papel promocional da função social da empresa que será adiante melhor analisado.

Quanto à função social, existe vagueza semântica na dicção. Na concepção atual, a conceituação está estruturada no binômio direito subjetivo e dever jurídico.<sup>26</sup>

Essa é a síntese do ensinamento de Fábio Konder Comparato quando esclarece que “se analisarmos mais de perto esse conceito abstrato de função, em suas múltiplas espécies, veremos que o escopo perseguido pelo agente é sempre o interesse alheio, e não o próprio do titular do poder. O desenvolvimento da atividade é, portanto, um dever mais exatamente, um poder-dever; e isto, não no sentido negativo, de respeito a certos limites estabelecidos em lei para o exercício da atividade, mas na acepção positiva, de algo que deve ser feito ou cumprido”.<sup>27</sup>

Nessa acepção positiva “de algo que deve ser feito ou cumprido”, o primeiro significado que se extrai da função social diz respeito ao seu sentido instrumental, na qual ela é utilizada para conectar um objeto a uma finalidade, de modo que, caso não se efetiva a finalidade, perde o sentido o objeto.<sup>28</sup> Isto é, antes de se projetar perante terceiros, guarda primeiro uma eficácia interna de realização do interesse econômico-social para o qual o instituto foi criado.

Essa é uma de suas significações fundamentais para a filosofia, conforme elucida Carla Osmo: “a função é operação própria da coisa, no sentido que é o que a coisa faz de melhor do que as outras coisas. Partindo desse entendimento é que Platão diz que ‘a função dos olhos é de ver, a função dos ouvidos é de ouvir e que as virtudes são cada uma função de uma determinada parte da alma, e a função da alma em seu conjunto é aquela de comandar e dirigir’”.<sup>29</sup>

Em razão disso, assevera Claudio Luiz Bueno de Godoy, citando Louis Josserand, que qualquer direito ou prerrogativa deve funcionalizar-se a um fim social, pois “as prerrogativas, mesmo as mais individuais e as mais egoísticas, são ainda produtos sociais, seja na forma, seja no fundo: seria inconcebível que elas pudessem, ao grado de seus titulares, se livrar da marca característica original e ser empregadas para todas

<sup>24</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, in *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2003, pág. 33.

<sup>25</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, in *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2003, pág. 33.

<sup>26</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e BARTHOLO, Bruno Paiva, in *Função Social da Empresa*, *Revista dos Tribunais* 100 anos - Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial, volume II, organizador Arnaldo Wald, *Revista dos Tribunais*, p. 101/124.

<sup>27</sup> COMPARATO, Fábio Konder, in *Estado, Empresa e Função Social*. *Revista dos Tribunais*, ano 85, vol. 732, outubro de 1996, p. 38/46.

<sup>28</sup> CARDOSO, Alenilson da Silva, in *A Funcionalização Social do Direito Privado*. *Revista Forense*, volume 409, ano 106, maio-junho de 2010, p. 4/25.

<sup>29</sup> OSMO, Carla, in *Efetividade da Função Social da Empresa*, *Função do Direito Privado*, Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2006, p. 273.

as necessidades, mesmo fossem elas inconciliáveis com sua filiação e com os interesses os mais urgentes, os mais certos, da comunidade que as concedeu”.<sup>30</sup> E, nessa seara, desenvolveu-se a teoria do abuso do direito.

Observa-se, nesse contexto, que todo instituto jurídico ostenta um papel social, cuja missão deve ser cumprida sob pena de se tornar vazio seu sentido.

Não se está acolhendo a posição de Karl Renner, influenciado pelo pensamento marxista, no qual a função social de um instituto jurídico corresponde à imagem da função econômica do mesmo instituto. Como advertem Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Bruno Paiva Bartholo, “por tal raciocínio, ilustrativamente, bastaria à empresa, para exercer a sua função social, ser um centro produtor de riquezas, congregando capital e trabalho, perfil este que se enquadra perfeitamente na tradicional concepção individualista e liberal que tem esse instituto enquanto mero gerador de dividendos para os empresários e os investidores de um empreendimento”.<sup>31</sup>

Isto porque, existem as exterioridades positivas decorrentes do mero exercício da atividade empresarial, cujos efeitos benéficos devem ser reconhecidos de algum modo. Na acolhida lição de André Tavares Ramos, “o reconhecimento da função social da empresa não adquire apenas um caráter restritivo ou delimitador. Dentro deste conceito, voltado para a compreensão de que o âmbito coletivo deve também ser privilegiado, o conceito de função social da empresa compreende também os diversos benefícios que a atividade empresarial desempenha para a coletividade”.<sup>32</sup>

Sem o funcionamento da empresa não há produção de bens e serviços, nem produção de riquezas, nem desenvolvimento econômico, cujo papel social é sobremodo relevante na sociedade capitalista.

Além da eficácia interna, cujos efeitos, ressalte-se, são externos, existe a propriamente dita eficácia externa da função social, que tem por principal objetivo internalizar parte das externalidades de efeito negativo.

Existe, para tanto, a funcionalização dos institutos jurídicos que, na advertência de Ricardo Lorenzetti, “pressupõe o entender do direito subjetivo não só como um poder, já que, nele incluídos, há também deveres, dispostos para o exercício do direito se conforme a uma finalidade social”.<sup>33</sup>

A adoção da ideia de funcionalização social ocorreu, observa Alenilson da Silva Cardoso, como forma de compatibilização entre os interesses privados com os interesses públicos, difuso e coletivo, uma vez que o desnível social e o estado de indiferença ao próximo alcançaram níveis alarmantes.<sup>34</sup>

Em verdade, anota Daniela Vasconcellos Gomes, todo o direito privado, incluindo a propriedade, era tomado por uma visão extremamente individualista, que visava exclusivamente proteger os interesses da burguesia.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, in *Função Social do Contrato*, 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 2009, pág. 115.

<sup>31</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e BARTHOLO, Bruno Paiva, in *Função Social da Empresa*, *Revista dos Tribunais 100 anos - Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, volume II, org. Arnoldo Wald, Revista dos Tribunais, págs. 101/124.

<sup>32</sup> TAVARES, André Ramos, in *Direito Constitucional da Empresa*, São Paulo, Método, 2013, pág. 93.

<sup>33</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, in *Função Social do Contrato*, 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 2009, pág. 118.

<sup>34</sup> CARDOSO, Alenilson da Silva, in *A Funcionalização Social do Direito Privado*. Revista Forense, volume 409, ano 106, maio-junho de 2010, págs. 4/25.

<sup>35</sup> GOMES, Daniela Vasconcellos, in *Função Social do contrato e da empresa: Aspectos jurídicos da responsabilidade social nas relações consumeristas*. Revista Forense, vol. 387, setembro/outubro, 2006, págs. 49/65.

Sucede, todavia, como observa Claudio Luiz Bueno de Godoy, que “esse modelo de estrutura jurídica não tardou a revelar a desigualdade real que ele escondia”<sup>36</sup>, da exploração do homem pela burguesia ascendente. E, adiante arremata: “Foi diante desse quadro que se deu a travessia do Estado Liberal para o Estado Social”<sup>37</sup>, a partir do qual o solidarismo passa a presidir as relações privadas.<sup>38</sup>

Assim, o direito subjetivo inserido em um contexto social somente se legitima se atende aos interesses da sociedade.

Invade-se a autonomia da vontade para se restabelecer o equilíbrio nas relações jurídico-sociais. Não somente por meio da proteção do direito, com repressão à sua violação, mas também por meio de uma função positiva, de promoção de objetivos determinados.<sup>39</sup>

Não se trata, pois, de simples situação de controle de poder. Instrumentaliza-se, por meio da imposição de condutas positivas e negativas quando do exercício de um direito, sua funcionalização em prol de interesses sociais, além da satisfação do interesse particular.

Atribui-se ao Estado e à coletividade o direito subjetivo público para exigir do sujeito proprietário a realização de determinadas condutas, a fim de que a relação de propriedade mantenha sua validade no mundo jurídico.

Na lição de Alenilson da Silva Cardoso, o processo de funcionalização social importa numa limitação interna, positiva, condicionadora do exercício do próprio direito individual, que na perspectiva da solidariedade conforme o interesse privado ao interesse social.<sup>40</sup>

Embora implique deveres para o benefício da sociedade, Carla Osmo esclarece que não se transpõe a propriedade à esfera do direito público<sup>41</sup>, o que existe, nas palavras de Cristiane Derani, é apenas “uma nova configuração do modo como o sujeito irá se apropriar do objeto e transformá-lo”.<sup>42</sup>

Não está relacionada à filantropia, ao contrário, a função social da empresa está intimamente correlacionada com sua atribuição originária de propiciar lucros aos investidores<sup>43</sup>, que recepciona uma série de deveres laterais. Esse conjunto de direitos e deveres (originário e laterais) configura a faculdade de exercício da atividade econômica.

Isso não significa que a empresa não possa realizar atos dessa índole, buscando atrelar sua imagem àquela positiva que decorre de uma conduta altruísta. Ocorre que tal iniciativa enquadra-se na figura da responsabilidade social, também designada por alguns de cidadania empresarial.

<sup>36</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, in *Função Social do Contrato*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, pág. 5.

<sup>37</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, in *Função Social do Contrato*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, pág. 6.

<sup>38</sup> Atualmente, o princípio da solidariedade está consagrado no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, de modo que a funcionalização dos direitos informa todo o ordenamento jurídico pátrio.

<sup>39</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, in *Função Social do Contrato*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, pág. 6.

<sup>40</sup> CARDOSO, Alenilson da Silva, in *A Funcionalização Social do Direito Privado*. Revista Forense, volume 409, ano 106, maio-junho de 2010, p. 4/25.

<sup>41</sup> OSMO, Carla, in *Efetividade da Função Social da Empresa, Função do Direito Privado*, Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 275.

<sup>42</sup> apud OSMO, Carla, in *Efetividade da Função Social da Empresa, Função do Direito Privado*, Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 275.

<sup>43</sup> MENDONÇA, Saulo Bichara, in *Função Social da Empresa - Análise Pragmática*. Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, Franca, ano 16, nº 23, 2012, p. 73.

Na lição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Bruno Paiva Bartholo, a responsabilidade social - expressão da ética empresarial - representa gestos voluntários ou espontâneos do empresário, sem qualquer imposição legal.<sup>44</sup> Nisso se difere da função social, que incide na atividade empresarial de modo cogente. Outra distinção diz respeito à limitação objetiva do raio de aplicação de cada um dos institutos: a função social da empresa incide sobre as atividades relacionadas ao objeto social, ao passo que a responsabilidade social da empresa abrange as atividades que não constituem sua finalidade.<sup>45</sup>

Eduardo Tomasevicius Filho é preciso, quando esclarece que: “a base do conceito de função social é o direito subjetivo. Caso não se tenha em mente esse fato, tudo passará a ser função social e, por conseqüência, não se conseguirá distinguir a idéia de função social dos conceitos afins. Ademais, a função social só é exigível no exercício deste determinado direito subjetivo e no que for intimamente ligado ao mesmo. No caso da empresa, só se pode exigir o cumprimento da função social nas atividades que constituem os elementos de empresa, ou seja, o exercício de uma atividade econômica organizada produtora de bens e serviços com o intuito de lucro”.<sup>46</sup>

Obviamente, em se tratando de empresa, a necessidade de realização de condutas outras, além daquelas específicas da atividade econômica que acarretam custo operacional, aumenta o custo da transação da empresa<sup>47</sup>, conforme esclarece Fábio Ulhoa Coelho: “Da crítica que a análise econômica do direito faz à economia do bem-estar, no tocante ao mecanismo de internalização de externalidades, resulta um dado de extrema importância, que a tecnologia do direito não pode ignorar, isto é, a afirmação de que algumas normas jurídicas repercutem diretamente no custo da atividade econômica”.<sup>48, 49</sup>

Dessa observação, o Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica faz uma anotação ainda mais relevante com sérios reflexos tanto para a atividade empresarial quanto para o desenvolvimento econômico nacional: “a cada nova obrigação que se impõe ao empresário, de cunho fiscal, trabalhista, previdenciário, ambiental, urbano, contratual, etc., representa aumento de custos para a atividade empresarial e aumento de preço dos produtos e serviços para os seus adquiren-

<sup>44</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e BARTHOLO, Bruno Paiva, in *Função Social da Empresa*, *Revista dos Tribunais* 100 anos - Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial, volume II, organizador Arnaldo Wald, *Revista dos Tribunais*, p. 113.

<sup>45</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e BARTHOLO, Bruno Paiva, in *Função Social da Empresa*, *Revista dos Tribunais* 100 anos - Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial, volume II, organizador Arnaldo Wald, *Revista dos Tribunais*, p. 114.

<sup>46</sup> TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo: A função social da empresa, in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Organizador Arnaldo Wald, São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 2011. Vol. 2, pág. 52.

<sup>47</sup> Quanto ao termo custos de transação, esclarece Rachel Sztajn: a partir de texto de Ronald Coase, fugindo de conceitos da economia clássica, desenvolve-se a área denominada *transaction cost economics*, que estuda o impacto dos custos de transação na modelagem do contrato. São considerados custos de transação aqueles incorridos na realização de uma troca econômica, impostos pela participação em um dado mercado. Assim, por exemplo, nos contratos de execução instantânea, o custo da procura pelo bem desejado, (energia e esforço, tempo despendido, comparação de preços), além, por óbvio, do preço do bem. O custo de obter informação compreende o de saber se o bem está disponível, em qual mercado e qual o menor preço; o custo de negociação e o desenho do clausulado contratual; o custo de fiscalização e de garantia do cumprimento do contratado, incluindo medidas judiciais que representem expressões do custo de transação. (Direito e economia dos contratos: os conceitos fundamentais, *Direito Comercial*. In: *Teoria Geral do Contrato*: Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. vol. 4. p. 73-82)

<sup>48</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, in *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 37.

<sup>49</sup> Fábio Ulhoa Coelho esclarece a crítica da análise econômica do direito, proferida em artigo de Ronald Case, em que não se considera as externalidades como falhas do Mercado, tal qual defendido por Arthur Pigou, cuja correção deveria ser feita pelo Estado, por meio da tributação. Para Coase, as externalidades devem ser solucionadas pelos próprios interessados, pois o que é desfavorável para um agente econômico é favorável a outro. (in *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 35).

tes e consumidores. (...) Em qualquer hipótese, a interpretação das normas do direito-custo exige a maior objetividade possível, com vistas a ensejar a relativa antecipação das decisões judiciais ou administrativas derivadas dessas mesmas normas. O cálculo empresarial é condição da preservação do lucro e, este por sua vez, é a alavanca das atividades econômicas no capitalismo”.<sup>50</sup>

De se recordar, de todo modo, que o direito mercantil não foi concebido para socorrer o agente individualmente considerado, mas o funcionamento do mercado, como adverte Paula Andrea Forgioni, a qual ainda oferece a seguinte lição de Montesquieu: “a liberdade do Comércio não é uma faculdade concedida aos negociantes para fazer o que quiserem, isso seria antes sua real servidão”.<sup>51</sup>

## 5. O Princípio da função social da empresa

Enquanto instrumento de uma sociedade mais solidária, a função social da empresa não representa uma simples regra. Qualifica-se, no ordenamento jurídico pátrio, como princípio da ordem econômica, traçando uma linha de ajuste entre a liberdade da iniciativa privada e a subordinação ao interesse coletivo,<sup>52</sup> com aquele conteúdo acima exposto.

Fábio Konder Comparato identifica a origem do princípio da função social da empresa no princípio da função social da propriedade, consagrado inicialmente na constituição alemã, em 1919: “A noção de que o uso da propriedade privada deveria também servir ao interesse da coletividade foi, pela primeira vez, estabelecida na Constituição de Weimar de 1919. Em seu art. 153, última alínea dispôs ela: ‘A propriedade obriga. Seu uso deve igualmente ser um serviço ao bem comum’”.<sup>53</sup>

Mesmo inicialmente impreciso<sup>54</sup>, o princípio da função social da propriedade se estendeu para outros ordenamentos jurídicos, por exemplo, na Carta Italiana de 1947 e na Constituição espanhola de 1978, ante a necessidade de adoção de condutas solidárias em contraposição às ideias individualistas.

E a nossa Constituição de 1988 não deixou de recepcionar o instituto. Do artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, constata-se a recepção do princípio da função social da propriedade, inclusive com força de dever individual fundamental, de forma genérica. Especificamente, os artigos 182 e 186 da Constituição Federal estabelecem regras para o uso da propriedade, respectivamente, urbana e rural, fixando os limites necessários para o atendimento da função social, incluindo deveres positivos e sanções.

Não bastasse, quando da ordenação da atividade econômica, o artigo 170, inciso III, da Constituição Federal também assinalou o princípio da função social da propriedade como informador do sistema, a fim de evitar qualquer dúvida quanto à incidência do instituto, como se a omissão representasse critério interpretativo de exclusão.

<sup>50</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, in *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 38.

<sup>51</sup> FORGIONI, Paula Andrea, in *A evolução do Direito Comercial Brasileiro*, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, pág. 14.

<sup>52</sup> OSMO, Carla, in *Efetividade da Função Social da Empresa, Função do Direito Privado*, Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, págs. 260/305.

<sup>53</sup> COMPARATO, Fábio Konder: Estado, Empresa e Função Social, *Revista dos Tribunais*, volume 732, outubro de 1996, p. 41.

<sup>54</sup> Segundo Fábio Konder Comparato, não houve sucesso pelas autoridades alemãs na explicação do que consistiriam os deveres sociais positivos do proprietário em relação à coletividade. (Estado, Empresa e Função Social, *Revista dos Tribunais*, volume 732, outubro de 1996, p. 41).



Assim, o princípio da função social da propriedade também deve servir de base para a construção do sistema jurídico de regulamentação da atividade econômica, que tem na livre iniciativa um de seus pilares.

Aplicando-se o princípio da função social da propriedade à referida faculdade jurídica de exercício da livre iniciativa econômica, a qual, em essência, consiste no próprio desenvolvimento da atividade empresarial de produção de bens e serviço, depreende-se o princípio da função social da empresa.

Em se tratando de princípio, na lição de Robert Alexy, configura sempre comando de otimização do sistema, que lhe dá unidade e coerência, tendendo a realizar-se sempre da forma mais ampla possível. Uma espécie de norma que pode ser razão imediata para juízos concretos de dever-ser e reclama sempre o mais extenso cumprimento, na medida das possibilidades jurídicas e reais, ou seja, ponderando-se e harmonizando-se com outros princípios jurídicos, com observância das necessidades sociais.<sup>55</sup>

Em síntese, como assenta Fábio Ulhoa Coelho, “o princípio da função social da empresa é constitucional, geral e implícito”.<sup>56</sup>

Ademais, por força dessa eficácia geral, o princípio vincula a ordem econômica e a totalidade da atividade empresarial, incluindo os bens a ela vinculados, alcançando todas as formas de propriedade relacionadas à empresa.

Em sentido amplíssimo, como elucida Pontes de Miranda, “propriedade é o domínio ou qualquer direito patrimonial. Tal conceito transborda o direito das coisas. O crédito é propriedade. Em sentido amplo, propriedade é todo direito irradiado em virtude de ter incidido regra de direito das coisas”.<sup>57</sup>

Compreende, assim, toda relação jurídica de objeto patrimonial, seja aquela de crédito, seja aquela em que se estabelece entre a coisa e o titular do domínio.

É esse o sentido de propriedade, em sua acepção constitucional, para efeito de aplicação do princípio da função social da propriedade e, por conseguinte, do princípio da função social da empresa.

Isso significa que não só o estabelecimento comercial, representado pela universalidade de bens materiais e imateriais, como também o próprio poder de controle societário e seus bens de produção estão sujeitos aos efeitos do princípio da função social da empresa, o que torna a coletividade titular de vários direitos, entre eles a livre concorrência, o respeito às condições de trabalho, a defesa do consumidor e do meio ambiente, os quais serão adiante analisados.

## 6. O direito à livre iniciativa e o poder-dever quanto aos fins da empresa

Nos termos do artigo 170 da Constituição Federal, adotou-se, para ordem econômica, um sistema baseado na livre iniciativa, demarcando a opção do Estado brasileiro pelo sistema capitalista de produção, cuja característica é o livre exercício da atividade econômica pelo homem e a propriedade privada dos bens de produção.

<sup>55</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de: *Função Social do Contrato*, 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 103.

<sup>56</sup> COELHO, Fábio Ulhoa: *Princípios do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 37.

<sup>57</sup> *apud* OSMO, Carla: Efetividade da Função Social da Empresa, in *Função do Direito Privado*, Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 268.



A busca pelo lucro é constitucionalmente legítima, sendo, nas palavras de André Tavares Ramos, constitutiva da ordem constitucional econômica do Brasil.<sup>58</sup>

Na mesma direção, afirma Fábio Ulhoa Coelho que a liberdade de iniciativa é elemento essencial do capitalismo; quero dizer, do próprio modo de produção e não somente de sua ideologia.<sup>59</sup>

Essa essencialidade da iniciativa privada implica afirmar que se não houver a atuação do particular não existirá efetiva atividade econômica e, por consequência, suportará a sociedade a escassez de bens e serviços, além da falta de produção de riquezas e desenvolvimento.

O mero desenvolvimento da atividade econômica empresarial já representa a produção de riquezas para o país, gerando, ainda, a satisfação de outros interesses metaindividuais, como dos trabalhadores.

A empresa, ao desempenhar sua atividade econômica, preenche seu papel social, conecta-se com a sua finalidade, o que representa aquela eficácia interna que também deve ser atendida, antes mesmo da análise das externalidades em relação a terceiros, em projeção do princípio da função social.

Essa realização do interesse econômico-social para o qual o instituto foi criado, com o desempenho de seu escopo social, ou seja, o mero funcionamento da empresa, já representa, em parte, atendimento do princípio da função social.

Nesse sentido, Peter Drucker esclarece que a entidade que não desempenha bem sua atividade, não gerará riquezas nem empregos, e não poderá ser considerada socialmente responsável ainda que exerça muitas atividades úteis para a sociedade.<sup>60</sup>

Com efeito, o princípio da função social da empresa exige o exercício do direito para que ele alcance aquele fim específico para o qual foi criado, segundo interesse legitimamente tutelado pelo ordenamento jurídico.

Reforça essa ideia o artigo 206, inciso II, alínea “b”, da Lei 6.404/76, quando estabelece como hipótese de dissolução o fato de a empresa não preencher o seu fim. Fábio Ulhoa Coelho, a propósito, lembra a lição da doutrina que adverte representar a falta de distribuição de dividendos por diversos exercícios, ou seja, a ausência de lucro para direcionar aos acionistas, uma indicação que a empresa não preenche o seu fim<sup>61</sup>, sendo fundamento para a dissolução.

Para se obter lucro, o desenvolvimento da atividade empresarial exige a reunião do trabalho e do capital, este último decorrente de investimento ou do crédito.

O crédito, sendo o diferimento de um pagamento, como adverte Arnoldo Wald, “não pode representar uma ilusão, necessita de lastro adequado e da certeza do recebimento do débito no momento oportuno. Assim, se os bancos, tanto oficiais como privados, exercem uma função social, garantindo a boa circulação da moeda, não se pode olvidar a sua função econômica, devendo ter os meios de realizá-la de modo adequado, no interesse público”.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> TAVARES, André Ramos: *Direito Constitucional da Empresa*, São Paulo, Método, 2013, p. 107.

<sup>59</sup> COELHO, Fábio Ulhoa: *Princípios do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 28.

<sup>60</sup> apud GOMES, Daniela Vasconcellos: Função Social do contrato e da empresa: Aspectos jurídicos da responsabilidade social nas relações consumeristas. *Revista Forense*, vol. 387, setembro/outubro, 2006, p. 62.

<sup>61</sup> COELHO, Fábio Ulhoa: *Curso de Direito Comercial*, vol. 2, 6ª edição, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 458.

<sup>62</sup> WALD, Arnoldo: A função social do crédito e a nova parceria entre o governo e o empresariado. in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Vol. 2. Organizador Arnoldo Wald, São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011, p. 26.

Em relação ao investimento, a situação é ainda mais delicada, pois, além da confiança na empresa, exige-se um ambiente de segurança jurídica, com necessidade de proteção jurídica para o investimento, uma vez que, na economia globalizada, o investidor tem o mundo inteiro para investir, havendo competição entre os países pelo mesmo investidor, como adverte Fábio Ulhoa Coelho.<sup>63</sup>

No que tange à confiança na empresa para efeito de investimento, não se pode ignorar que o investidor almeja aumentar sua riqueza e a sociedade atual não é mais a sociedade industrial.

Francesco Galgano nos contextualiza na fase pós-industrial, em que, concomitantemente à automatização, existe uma sociedade das finanças. Não é mais tão importante o como se produz, mas o que se produz, pois isso pode representar bem de considerável valor econômico, caso transformado em produto financeiro. Os produtos financeiros ganham corpo e vida própria, por meio da técnica contratual. Um investimento em imóvel, por exemplo, pode ser transformado em coisa móvel, por meio da criação jurídica de um documento destinado a circular no mercado de valores mobiliários.<sup>64</sup>

Seja qual for a forma de capitalização das empresas, importantíssimo o papel das instituições financeiras, conforme ênfase de Arnaldo Wald: “Não há desenvolvimento efetivo sem o trabalho catalisador dos bancos, que captam e administram recursos, repassam créditos, orientam investidores e constituem a ponte entre o país e a comunidade financeira internacional”.<sup>65</sup>

## 7. Administração da empresa e função social

Da leitura dos artigos 116, parágrafo único, 154 e 165, da Lei 6.404/1976, verifica-se expressamente a imposição aos administradores do dever de observar a função social da empresa.

O primeiro desses dispositivos, esclarece Carla Osmo, “determina que o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar seu objeto social e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, para com os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos deve lealmente respeitar e atender”.<sup>66</sup>

Segundo o magistério de Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn, em estudo de referido instituto, a lei acionária brasileira adotou tanto a concepção da “empresa em si”, como a do “interesse social”, as quais não oferecem oposição.<sup>67</sup>

Francesco Galgano esclarece que “o interesse da sociedade transcende o interesse pessoal dos sócios e se identifica no interesse da ‘empresa em si’, isto é, no interesse da

<sup>63</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, in *Princípios do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 18.

<sup>64</sup> GALGANO, Francesco: *Lex Mercatória*. 5ª edição, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 239.

<sup>65</sup> WALD, Arnaldo: A função social do crédito e a nova parceria entre o governo e o empresariado. in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Vol. 2. Organizador Arnaldo Wald, São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

<sup>66</sup> OSMO, Carla, in *Efetividade da Função Social da Empresa, Função do Direito Privado*, Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 286.

<sup>67</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel. Recuperação e Função Social da Empresa - reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*. Ano 100, vol. 913, novembro/2011, p. 186.

eficiência produtiva da empresa, vista como instrumento de desenvolvimento econômico geral, enquanto o interesse dos sócios advém em posição subordinada e marginal”.<sup>68</sup>

Nessa vertente, conforme indicam os juristas Geiler e Netter, predomina o caráter publicista das grandes empresas, que buscam o desenvolvimento da economia nacional, e o da empresa em si, que concentra, na sua complexidade, importância da própria estrutura e atividade, interesses de diversos gêneros, dentre os quais os dos acionistas, o dos trabalhadores e dependentes, além daquele dos consumidores, interesses que não se identificam necessariamente com a finalidade de maior proveito para o acionista.<sup>69</sup>

Ordena-se, em conjunto, para fazer a companhia cumprir a realização de seu objeto social e a realização de interesses igualmente impositivos, tais como aqueles nacionais, da economia nacional e aqueles insitos da noção da função social.<sup>70</sup>

Na concepção do interesse social, a empresa deve buscar a obtenção de lucros (objetivo final) por meio da realização de seu objeto social. O interesse dos sócios corresponde ao interesse da sociedade, como preleciona Tullio Ascarelli.<sup>71</sup>

Não se permite, todavia, deixar para segundo plano a realização do objeto social, conforme a finalidade de lucro da sociedade, sob o pretexto de cumprir com os deveres positivos da função social, pois não pode o Estado dispor do capital dos particulares sem lhes atribuir uma justa remuneração. Esse é o entendimento esboçado por Carla Osmo, quando da análise do artigo 156 da LSA, afirmando que em caso de conflitos de interesse, o da companhia deve prevalecer.<sup>72</sup>

De todo modo, o respeito ao interesse dos sócios ou acionistas encerra deveres de uma administração que aja com lisura e transparência, observando as normas legais e contratuais pertinentes, e buscando dar cumprimento, com eficiência aos interesses da sociedade. Também o controlador deverá pautar sua conduta não apenas em seus próprios interesses, mas respeitar o interesse dos sócios ou acionistas minoritários e da própria sociedade.<sup>73</sup>

Em decorrência da própria ideia de função social, busca-se a construção de um novo sistema de regulação de mercado mais probo e ético, enquadrando-se a desconsideração da personalidade jurídica da empresa como um instrumento eficaz de coibição de fraude e abuso de direito perpetrado a partir da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.<sup>74</sup>

<sup>68</sup> *apud* FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel. Recuperação e Função Social da Empresa - reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*. Ano 100, vol. 913, novembro/2011, p. 183.

<sup>69</sup> *apud* FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel. Recuperação e Função Social da Empresa - reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*. Ano 100, vol. 913, novembro/2011, p. 183.

<sup>70</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel. Recuperação e Função Social da Empresa - reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*. Ano 100, vol. 913, novembro/2011, p. 183.

<sup>71</sup> *apud* FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel. Recuperação e Função Social da Empresa - reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*. Ano 100, vol. 913, novembro/2011, p. 185.

<sup>72</sup> OSMO, Carla, in *Efetividade da Função Social da Empresa, Função do Direito Privado*, Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 286.

<sup>73</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e BARTHOLO, Bruno Paiva, in *Função Social da Empresa, Revista dos Tribunais 100 anos - Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, volume II, organizador Arnaldo Wald, Revista dos Tribunais, p. 119.

<sup>74</sup> PEGHINI, Cesar Calo: A função social da empresa: Análise de sua extensão aplicada à desconsideração da personalidade jurídica. *Direito Processual Empresarial - Estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro - Elsevier Editora, 2012, p. 141.

## 8. Concorrência

Calixto Salomão Filho, quando da análise das diversas teorias econômicas, conclui que o mercado não funciona bem caso seja deixado livre.<sup>75</sup>

Não mais se acredita no exercício da atividade econômica com total liberdade para o melhor prosseguimento em seus processos produtivos, a fim de se alcançar assim o máximo de desenvolvimento econômico.

Recusa-se a ideia do livre mercado defendido pela Escola de Chicago, considerado no Teorema de Coase, que assinala a importância da redução dos custos de transação igualando-os a zero, como forma de proteção à eficiência dos recursos alocados.

Assim, nos termos do § 4º, do artigo 173 da Constituição Federal, não se pode afastar as limitações dos valores sociais e econômicos que ultrapassam ilegitimamente a lucratividade dos empresários, razão pela qual existe a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

E a correlação entre função social da empresa e o Direito Econômico, que regula a concorrência, é de origem, pois foi na transposição do instituto da função social da propriedade para o estudo das teorias da empresa, segundo referência de Eros Grau, que se encontra o nascedouro do referido ramo do direito.<sup>76</sup>

De se mencionar a lição de Fábio Nusdeo, quando afirma que a concentração, seja qual for sua origem, representa falha de estrutura do sistema de mercado a inibir os mecanismos decisores e controladores, razão pela qual existem leis destinadas a combater ou a atenuar o poder de controle dos oligopólios, monopólios ou formas diversas de concentração econômica sobre os mercados, para impedir as chamadas práticas comerciais abusivas.<sup>77</sup>

Com efeito, conforme Eduardo Tomasevicius Filho, “do ponto de vista das estruturas dos mercados, o exercício de uma determinada atividade econômica por um único agente deve ser admitida somente em casos excepcionais, tendo em vista a ineficiência natural dos monopólios e a transferência de recursos sociais para as mãos do monopolista. E no que diz respeito à concentração de agentes nos mercados, somente deve ser admitida mediante justificativas que demonstrem ser vantajosa para a sociedade a efetivação da concentração do poder econômico. Dessa forma, a função social consiste na destinação econômica socialmente mais vantajosa para a sociedade.”<sup>78</sup>

<sup>75</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, in *O Novo Direito Societário*, 4ª edição, revista e ampliada, São Paulo, Malheiros, 2011, pág. 22.

<sup>76</sup> apud BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna: Da Função Social para a responsabilidade da empresa, in *Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. Organizadores: Rui Geraldo Camargo Viana e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 237.

<sup>77</sup> NUSDEO, Fábio: *Curso de Economia - Introdução ao Direito Econômico*. 6ª edição, revista e atualizada, 2ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 150.

<sup>78</sup> TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo: A função social da empresa, in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Organizador Arnoldo Wald, São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011. Vol. 2, p. 57 e 58.

## 9. Bens de produção e direito do consumidor

O interesse dos consumidores integra a concepção da função social da empresa, de modo que a atividade empresarial deve observar as condutas decorrentes do princípio da qualidade e vedação aos abusos.

André Tavares Ramos, nesse sentido, afirma que “a função social da empresa requer que ela opere tendo em vista a qualidade de seus serviços e produtos, respeitando o direito dos consumidores, disciplinado pela Lei 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor”.<sup>79</sup>

É sob esse aspecto que a distinção entre bens de produção e bens de consumo alcança extrema relevância à conceituação da função social, conforme ressalta Marcelo Barbosa Sacramone: “Os bens de produção devem ser caracterizados não por sua natureza ou consistência, mas pela finalidade pela qual são empregados. Enquanto a propriedade dos bens de consumo exaure-se na própria fruição, os bens de produção são caracterizados pela sua inserção no processo produtivo e, como decorrência do primeiro aspecto, pela convergência de interesses outros que não o exclusivo interesse do proprietário. Aos bens de consumo é garantida uma função essencialmente individual, como instrumento a garantir o provimento das necessidades materiais e a subsistência individual e familiar. Essa propriedade é a incluída como direito individual fundamental do homem, e consagrada como cláusula pétrea pela Constituição Federal no artigo 5º, XXII. Como instrumento básico à subsistência e reprodução social do indivíduo e de sua família, esta propriedade não é afetada pelo princípio da função social; sua limitação é possível exclusivamente em virtude de exercício abusivo pelo particular. Sobre os bens de produção como os caracterizados por desempenharem uma função coletiva, ou, mais especificamente, serem utilizados para o desenvolvimento de uma atividade econômica pelos agentes, é que se justifica a imposição da função social da propriedade”.<sup>80</sup>

Isto significa que os bens de produção destinados ao consumo, para atendimento da função social da empresa, devem observar o princípio da qualidade, do qual decorre a necessidade de o fornecedor somente colocar produtos e serviços no mercado com a adequação da utilidade, no sentido de servir aos fins que legitimamente dele se esperam,<sup>81</sup> em respeito ao dever de segurança, sem colocar em risco a integridade dos consumidores, oferecendo, ainda, todas as informações necessárias para o adequado uso do produto ou serviço.

Neste particular, os testes de qualidade quando da fase de desenvolvimento do projeto são sobretudo importantes para se evitar as consequências danosas de um produto sem a segurança necessária.

Cediço que os deveres identificados acima acarretam custos à empresa: o direito-custo, que deve ser calculado pelo agente da atividade econômica, visando o lucro e, por conseguinte, a continuidade da empresa com efetiva produção de riquezas.

<sup>79</sup> TAVARES, André Ramos, in *Direito Constitucional da Empresa*, São Paulo, Método, 2013, pág. 107.

<sup>80</sup> SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Tutela do Interesse Social nas Deliberações Assembleares*, Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004, pág. 15.

<sup>81</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 410.

A normalização e regulamentação, que representam os padrões técnicos compreendidos nas diretrizes de entidades particulares, no primeiro caso, ou nas normas editadas por ato de autoridade estatal, no segundo, visando estabelecer os critérios mínimos de qualidade e utilidade de produtos e serviços, desempenham um papel importante para esse cálculo do custo social das normas consumeristas, uma vez que oferece elementos objetivos para aplicação pelo fornecedor naquilo que irá produzir.

Quanto maior o regramento técnico da produção e, de alguns casos, da comercialização, refletindo as expectativas legítimas dos consumidores, maior e o próprio sucesso do mercado<sup>82</sup>, atingindo-se o almejado desenvolvimento econômico.

De se recordar que a empresa, salvo na situação de profissional liberal, nos termos dos artigos 12 e 14 da Lei 8.078/90, responde objetivamente pelos danos causados ao consumidor em decorrência da adoção da teoria do risco.

Deve, portanto, realizar a atividade de distribuição dos custos desse risco, pois não se pensa que a empresa fornecedora realize a assunção de tais custos. Assevera Bruno Miragem que “elege-se um critério eficiente de sua distribuição por toda a cadeia de fornecimento, uma vez que os mesmos serão necessariamente repassados, por intermédio do sistema de preços, a todos os consumidores que terminam por remunerar o fornecedor também em consideração dos custos representados pelas eventuais indenizações que venha a suportar”.<sup>83</sup>

A vedação ao abuso alcança as práticas dos fornecedores e as relações contratuais. São normas de ordem pública que devem ser respeitadas pela empresa quando do exercício de sua atividade econômica.

Implantou-se, inclusive, uma série de cadastros informais, por entidades de proteção ao consumidor, das empresas que desrespeitam os direitos estabelecidos na Lei 8.078/90, o que tem servido como critério orientador para a “compra segura”, de forma a fomentar a procura das empresas que observam a função social da empresa em relação ao consumidor, em detrimento daquelas que pouco se esforçam no atendimento dos deveres correlatos.

## 10. Externalidade - meio ambiente

O meio ambiente configura bem comum que merece tratamento especial. No artigo 225 da Constituição Federal, estabelece-se a proteção do meio ambiente no patamar constitucional, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

André Ramos Tavares menciona a preocupação da garantia do desenvolvimento sustentável e do meio ambiente, cujo respeito também se inclui na função social da empresa.<sup>84</sup>

A defesa do meio ambiente, enfatiza Paulo Affonso Leme Machado, é uma questão que obrigatoriamente deve constar da agenda econômica público e privada, pois, nos

<sup>82</sup> BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*, 10ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 386.

<sup>83</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 354.

<sup>84</sup> TAVARES, André Ramos, in *Direito Constitucional da Empresa*, São Paulo, Método, 2013, pág. 107.



termos do inciso VI, do artigo 170, da Constituição Federal, faz parte do desenvolvimento econômico nacional. É preciso integrá-los no que se passou a chamar de desenvolvimento sustentado.<sup>85</sup>

Apenas recentemente, contudo, como esclarece Fábio Ulhoa Coelho, “a agressão da indústria ao meio ambiente transformou-se numa externalidade relevante (no Brasil, a primeira lei específica sobre controle de poluição industrial data de 1967), mas o direito ambiental não tem respondido a essa transformação com a interdição das atividades poluidoras, e sim por mecanismos mais ou menos eficientes de controle de produção de poluentes”.<sup>86</sup>

Isto ocorre pois a atividade econômica que polui é a mesma que gera empregos e outras externalidades benéficas.

Necessário, pois, fomentar o desenvolvimento sustentável, que consiste no “desenvolvimento capaz de garantir as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atenderem às suas necessidades”.<sup>87</sup>

Retoma-se, neste ponto, a necessidade de escolha da melhor forma de se combater as externalidades, em decorrência do princípio do poluidor-pagador, como assinalam Gustavo Madeira da Silveira e Renata Campetti Amaral: de um lado, a solução pública proposta pelo economista Arthur Cecil Pigou, que defende a criação de “imposto sobre unidade de poluição emitida, em que a taxação sobre a atividade fará com que o externalizante arque com os custos da externalidade”<sup>88</sup>; de outro, a solução privada de Roanald Coase, em que “as partes envolvidas buscam um remédio para sanar as externalidades que lhes é particular, por meio de negociação, a qual, se não obtida, enseja uma opção padrão”.<sup>89</sup>

E, nos diversos encontros relacionados ao assunto, as negociações privadas de Coase sempre estão em pauta, com o estabelecimento de níveis máximos de poluição, sem prejuízo da compensação de danos causados, como por exemplo os instrumentos auxiliares previstos no Protocolo de Quioto.<sup>90</sup>

<sup>85</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 14ª edição, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 143.

<sup>86</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, in *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2003, pág. 33/34.

<sup>87</sup> SILVEIRA, Gustavo Madeira da, AMARAL, Renata Campetti. Créditos de redução de emissões transacionáveis: um estudo sob a ótica de Coase, in *Direito e Economia*, Org. Luciano Benetti Timm, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 292/293.

<sup>88</sup> SILVEIRA, Gustavo Madeira da, AMARAL, Renata Campetti. Créditos de redução de emissões transacionáveis: um estudo sob a ótica de Coase, in *Direito e Economia*, Org. Luciano Benetti Timm, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 290.

<sup>89</sup> SILVEIRA, Gustavo Madeira da, AMARAL, Renata Campetti. Créditos de redução de emissões transacionáveis: um estudo sob a ótica de Coase, in *Direito e Economia*, Org. Luciano Benetti Timm, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 291.

<sup>90</sup> São três os instrumentos: Comércio Internacional de Emissões (CIE - “International Emissions Trading”), baseado no mecanismo do *cap and trade*, ou seja, um sistema global de compra e venda de carbono, no qual as empresas ou países que emitirem menos que as metas estabelecidas podem vender para quem não as atingiu; Implementação Conjunta (IC - *Joint Implementation*) que consiste em um mecanismo no qual um país adquire Unidades de Redução de Emissão (URC) de outro país, resultantes de projetos conjuntos de redução dos Gases do Efeito Estufa (GEE); Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL - *Clean Development Mechanism*), assemelha-se ao IC, porém o país, em vez de adquirir URC, adquire Reduções Certificadas de Emissão (RCE), que são resultantes de projetos voltados à redução de emissão dos GEE, ou de sequestro de *carbon*, implantados em países em desenvolvimento. SILVEIRA, Gustavo Madeira da, AMARAL, Renata Campetti. Créditos de redução de emissões transacionáveis: um estudo sob a ótica de Coase, in *Direito e Economia*, Org. Luciano Benetti Timm, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 301.



De todo modo, a internalização, com a criação de obrigações para compensar as externalidades geradas pela empresa que polui tem o efeito de aumentar os custos da transação, que somente tornarão inviável a atividade do agente econômico quando elevados, de modo a não propiciar o lucro.

Além dessa consequência, do preço elevado do bem produzido reduzir o consumo, Maria Alexandra de Souza Aragão aponta outras duas consequências ao se atribuir o pagamento dos danos ambientais ao poluidor, a saber: o repasse para o consumidor da internalização das externalidades negativas, o que tem um efeito positivo, pois, em se tratando de bem essencial, somente quem deseja aquele bem pagará tal custo social; e a possibilidade de o consumidor optar por um produto poluente e outro não ou bem menos poluente, o que incentivará o desenvolvimento das indústrias voltadas ao princípio da função social de respeito ao meio ambiente.<sup>91</sup>

Observa Calixto Salomão Filho que existe também um problema importante em relação aos recursos naturais que está na tendência predatória criada pela sua retirada em escala, normalmente por grandes estruturas industriais ou extrativas, que se intensifica com o distanciamento geográfico e a menor dependência da empresa em relação à natureza e aos habitantes da região em que os recursos naturais se encontram.<sup>92</sup>

Para evitar a escassez dos recursos, sugere o Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com base no artigo 116, parágrafo único, da lei das sociedades anônimas, a institucionalização da participação de membros da comunidade afetada pela extração dos recursos naturais nos órgãos deliberativos das grandes empresas. Essa tendência, enfatiza Calixto Salomão Filho, mais que reconhecer a pluralidade de interesses na determinação do interesse social, representa a necessidade de transformação da organização interna da sociedade para dar guarida eficiente a esses objetivos.<sup>93</sup>

Fundamental, portanto, a conciliação entre a liberdade de empresa com a proteção e conservação do meio ambiente. Na lição de Eduardo Tomasevicius Filho: “Exerce a função social a empresa que utiliza os recursos naturais de forma justa e reduz ao mínimo o impacto de suas atividades no meio ambiente. Trata-se de uma série de deveres, negativos e positivos, exigíveis do titular deste direito”.<sup>94</sup>

## 11. Relações de trabalho - custo social e externalidade positiva

No tocante às relações de trabalho, André Ramos Tavares afirma que a observância da função social passa pela necessidade de a atividade empresarial se atentar para a valorização do trabalho humano, conforme artigo 170, caput, da Constituição Federal, o que representa operar dentro dos direitos trabalhistas, como pela concretização da busca pelo pleno emprego”.<sup>95</sup>

<sup>91</sup> apud SILVEIRA, Gustavo Madeira da, AMARAL, Renata Campetti. Créditos de redução de emissões transacionáveis: um estudo sob a ótica de Coase, in *Direito e Economia*, Org. Luciano Benetti Timm, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 295.

<sup>92</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, in *O Novo Direito Societário*, 4ª edição, revista e ampliada, São Paulo, Malheiros, 2011, pág. 24.

<sup>93</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, in *O Novo Direito Societário*, 4ª edição, revista e ampliada, São Paulo, Malheiros, 2011, pág. 25.

<sup>94</sup> TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa, in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Org. Arnoldo Wald, São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011. Vol. 2, p. 59.

<sup>95</sup> TAVARES, André Ramos, in *Direito Constitucional da Empresa*, São Paulo, Método, 2013, pág. 107.

E tanto as macroempresas quanto as microempresas estão sujeitas ao atendimento de sua função social, valendo ressaltar a observação de Eduardo Tomasevicius Filho: “Veja-se o caso das microempresas, que, na verdade, são as que melhor têm condições de atender ao princípio do pleno emprego, uma vez que, por não disporem de grande tecnologia em seus processos produtivos, requerem maior uso de trabalho humano e são responsáveis por cerca de 60% a 70% dos postos de trabalho em uma sociedade”.<sup>96</sup>

Amauri Mascaro Nascimento, após relatar a reengenharia do processo produtivo, a informática e a globalização, com aumento da produtividade com um número menor de empregados, enfatiza que “o direito do trabalho ainda não encontrou meios eficazes de enfrentar o problema que caracteriza o período contemporâneo com a nova questão social”.<sup>97</sup>

É certo, contudo, que a empresa deve gerar empregos e procurar movimentar a economia local. Se não cumpre tais objetivos de maneira a atender essa necessidade social, está descumprindo a sua função social.<sup>98</sup>

A situação atual é delicada e tem correlação com a estagnação econômica. Um ponto de solução reside na flexibilização do direito do trabalho, como defende Luiz Carlos Amorim Robortella, a partir do reconhecimento da natureza cambiante da realidade econômica, ou seja, “uma norma pode ser socialmente aceitável num período de abundância e, entretanto, absolutamente nociva dentro de uma sociedade em processo de crise de emprego”, assim, acrescenta, “a flexibilização, como técnica gerada no seio da crise das sociedades modernas, pode desempenhar papel de relevo na solução dos problemas emergentes, remexendo em velhas idéias e estruturas, no rastro da modernidade que parece ser a vocação do direito do trabalho”<sup>99</sup>, realidade que aumenta a importância das negociações coletivas, como por exemplo, de redução de jornada, visando a manutenção de emprego.

Reconhece-se, ainda, a importância do meio ambiente artificial (ou meio ambiente do trabalho) como bem juridicamente relevante de proteção.

A função social da empresa exige, assim, a concretização de condutas positivas pelo agente da atividade empresarial que tenham por finalidade a realização de tais interesses.

São diversos os custos acrescidos ao empresário. Inicia-se no estabelecimento comercial, cujo ambiente deve observar as normas de insalubridade, passando pelo regular pagamento das verbas trabalhistas, até o fornecimento de equipamentos de proteção.

Na maioria das vezes a elevação de custo na transação nem sempre corresponderá à internalização de uma externalidade negativa gerada pela empresa, o que justifica o extremo cuidado quando da imposição de novos encargos, a fim de não se inviabilizar o próprio escopo empresarial, o que teria por efeito tanto a frustração da atividade econômica para o desenvolvimento nacional, quanto os efeitos positivos da geração de empregos.

<sup>96</sup> TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo: A função social da empresa, in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Org. Arnoldo Wald, São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 2011. Vol. 2, p. 59.

<sup>97</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 13ª ed., 1997, p. 41.

<sup>98</sup> TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo: A função social da empresa, in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Org. Arnoldo Wald, São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 2011. Vol. 2, p. 59.

<sup>99</sup> *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 13ª ed., 1997, p. 115.

Ademais, nesse ponto específico de geração de empregos, revela-se a externalidade positiva da atividade empresarial, reconhecendo-se ao conceito de função da empresa aquela compreensão dos diversos benefícios que ela desempenha para a coletividade.

Manoel de Queiroz Pereira Calças, em razão da relevante função social da empresa, já que gera riqueza econômica, cria empregos e rendas e, desta forma, contribui para o crescimento e o desenvolvimento socioeconômico do País, ensina que ela deve ser preservada sempre que for possível: “O princípio da preservação da empresa que, há muito tempo é aplicado pela jurisprudência de nossos tribunais, tem fundamento constitucional, haja vista que nossa Constituição Federal, ao regular a ordem econômica, impõe a observância dos postulados da função do social da propriedade (art. 170, III), vale dizer, dos meios de produção ou em outras palavras: função social da empresa. O mesmo dispositivo constitucional estabelece o princípio da busca pelo pleno emprego (inciso VIII), o que só poderá ser atingido se as empresas forem preservadas”.<sup>100</sup>

Cria-se, pois, em favor da empresa o cuidado de sua preservação pelos órgãos estatais, incluindo-se o Poder Judiciário, especialmente quando da aplicação de atos de construção que tenham por objeto o faturamento.

## 12. Preservação da empresa e recuperação judicial

A empresa, enquanto atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, não se confunde com o empresário, nem com o estabelecimento comercial.

E nessa atividade, recordando lição de Modesto Carvalhosa, existem inúmeros interessados: os empregados, que dela retiram o sustento; os fornecedores, cujo vínculo negocial corrobora com o lucro recíproco; a comunidade em que atua, que tem seus interesses de consumo satisfeitos e o próprio Estado, na condição de arrecadador de tributos.<sup>101</sup>

Esclarece, contudo, João Carlos Leal Junior quanto à possibilidade de que empresas economicamente saudáveis sejam atingidas por crises financeiras temporárias ou não, com a insuficiência de recursos financeiros para o adimplemento das obrigações assumidas.<sup>102</sup>

Nessa situação, importa, em um primeiro momento, buscar a preservação da empresa em atendimento ao princípio da função social que não ostenta apenas um caráter restritivo ou delimitador, mas compreende o reconhecimento dos diversos benefícios que a atividade empresarial desempenha para a coletividade.<sup>103</sup>

Por meio do princípio da preservação da empresa, leciona Fábio Ulhoa Coelho, “o que se tem em vista é a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos”.<sup>104</sup>

<sup>100</sup> CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira, in *A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: repercussão no Direito do Trabalho*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, a. 73, n. 4, out./dez. 2007, p. 40.

<sup>101</sup> CARDOSO, Alenilson da Silva, in *A Funcionalização Social do Direito Privado*. Revista Forense, volume 409, ano 106, maio-junho de 2010, págs. 4/25.

<sup>102</sup> LEAL JUNIOR, João Carlos. *Ensaio sobre o princípio da função social da empresa na Lei 11.101/05*. Revista Forense, volume 409, ano 106, maio-junho 2010, p. 511.

<sup>103</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional da Empresa*, São Paulo, Método, 2013, p. 93.

<sup>104</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 40.

Em razão disso, esclarecem Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn que o instituto da recuperação judicial visa permitir a manutenção da empresa, enquanto fonte produtora que garante postos de trabalho e o pagamento das obrigações, pois somente nessa situação cumpre função social.<sup>105</sup>

E o princípio da preservação, pois, representa decorrência da função social da empresa. É preciso preservar a empresa para que ela cumpra sua função social.

Tanto que o artigo 47 da Lei 11.101/2005 expressamente faz menção dos dois princípios: da função social da empresa e da preservação desta, de modo a explicitar seja o último decorrência do primeiro<sup>106</sup>.

A ideia de falência, ressalta Eduardo Tomasevicius Filho, “vem sendo substituída pela de reorganização empresarial, a fim de manter a empresa em operação. Afasta-se o empresário, sem, contudo, encerrar a atividade empresarial. Dessa forma, além de atender-se ao princípio da preservação da empresa, que é a unidade de produção do sistema capitalista, são mantidos os empregos e recolhidos os impostos decorrentes do exercício da atividade empresarial”.<sup>107</sup>

Mas nem toda empresa merece ser preservada. Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn advertem que somente aquelas que fazem por merecer lugar no mercado enquanto eficientes e lucrativas. É necessário ter viabilidade econômica, sem esta, a concessão de incentivo esbarra na necessidade da tutela do mercado. A garantia do interesse dos credores, trabalhadores ou não, é condição inarredável qualquer que seja a conotação atribuída à função social.<sup>108</sup>

Nessa mesma direção, o comentário de Manoel Justino Bezerra Filho: “a recuperação judicial destina-se às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade, porém, de superação, pois aquelas em tal estado, porém em crise de natureza insuperável, devem ter sua falência decretada, até para que não se tornem elemento de perturbação do bom andamento das relações econômicas do mercado. Tal tentativa de recuperação prende-se, como já lembrado acima, ao valor social da empresa em funcionamento, que deve ser preservado não só pelo incremento de produção, como, principalmente, pela manutenção do emprego, elemento de paz social”.<sup>109</sup>

Ademais, considerando-se que na desconsideração da personalidade jurídica não se atinge o ato constitutivo, mas tão somente a eficácia da separação patrimonial, esclarece Cesar Calo Peghini que no referido instituto também existe a ideia de preservação da atividade empresarial, na medida em que inibe a dissolução ou anulação da pessoa jurídica, como uma forma de atendimento próprio, bem como dos interesses coletivos.<sup>110</sup>

<sup>105</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel: Recuperação e Função Social da Empresa - reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*. Ano 100, vol. 913, novembro/2011, p. 190.

<sup>106</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e BARTHOLHO, Bruno Paiva, in Função Social da Empresa, *Revista dos Tribunais 100 anos - Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, volume II, organizador Arnaldo Wald, Revista dos Tribunais, p. 122.

<sup>107</sup> TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo: A função social da empresa, in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Org. Arnaldo Wald, São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 2011. Vol. 2, p. 61.

<sup>108</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel: Recuperação e Função Social da Empresa - reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*. Ano 100, vol. 913, novembro/2011, p. 189.

<sup>109</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*. 3ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 130.

<sup>110</sup> PEGHINI, Cesar Calo. *A função social da empresa: Análise de sua extensão aplicada à desconsideração da personalidade jurídica*. Direito Processual Empresarial - Estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças. Rio de Janeiro - Elsevier Editora, 2012, p. 141.

A preservação da empresa, quando presentes os pressupostos legais da recuperação judicial, portanto, representa reconhecimento do papel da atividade empresarial como mola propulsora da economia dos países, tendo em vista seu alcance como fonte geradora de empregos, produtos, serviços, tributos e diversos benefícios sociais.

### 13. Conclusões

Para Modesto Carvalhosa, inúmeros são os interessados na empresa: os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado – logo, as modernas funções sociais da empresa compreendem: a) as condições satisfatórias de trabalho e às relações com seus empregados; b) o interesse dos consumidores; c) o interesse dos concorrentes; d) a preservação ecológica urbana e ambiental da comunidade em que a empresa atua.<sup>111</sup>

Cumpra, pois, a sua função social, como ensina Fábio Ulhoa Coelho, “a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito ao direito dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social”.<sup>112</sup>

E a efetividade do princípio da função social da empresa passa por uma importante lição de Norberto Bobbio, ao afirmar que “a partir do momento em que o Estado assume a tarefa não apenas de controlar o desenvolvimento econômico, mas também de dirigi-lo, o instrumento idôneo para essa função não é mais a norma reforçada por uma sanção negativa contra aqueles que a transgridem, mas a diretiva econômica, que, frequentemente, é reforçada por uma sanção positiva em favor daqueles que a ela se conformam, como ocorre, por exemplo, nas denominadas leis de incentivo”.<sup>113</sup>

Defende, assim, o autor italiano a função promocional do ordenamento jurídico: se existem três modos típicos de impedir uma ação não desejada: torná-la impossível, torná-la difícil e torná-la desvantajosa, de modo simétrico, deve se buscar atingir o próprio fim pelas três operações contrárias, isto é, buscando tornar a ação desejada necessária, fácil e vantajosa.<sup>114</sup>

Como afirmado anteriormente, cada nova obrigação que se impõe ao empresário de cunho social representa aumento de custos para a atividade econômica e aumento do preço dos produtos e serviços para os seus adquirentes e consumidores. O custo-direito, em regra, não é o vilão do empresário, mas pode ser, tornando-se óbice para a desenvolvimento econômico.

<sup>111</sup> CARDOSO, Alenilson da Silva: *A Funcionalização Social do Direito Privado*. Revista Forense, volume 409, ano 106, maio-junho de 2010, págs. 4/25.

<sup>112</sup> COELHO, Fábio Ulhoa: *Princípios do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 37.

<sup>113</sup> BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, Manole, 2007, p. 209.

<sup>114</sup> BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, Manole, 2007, p. 15.

Partindo de uma situação jurídica em que a atividade empresarial é qualificada como atividade lícita, o incentivo tende a induzir certos empreendedores a modificar a situação existente, enquanto o desincentivo tende a induzir outros empreendedores a inércia.<sup>115</sup>

Equilibrar essa equação de atribuição de deveres e de viabilidade da atividade lucrativa, com certos incentivos, por exemplo, fiscal tal qual ocorre com situações de responsabilidade social<sup>116</sup>, pode ser uma melhor alternativa para o desenvolvimento econômico.

Ademais, a atual fase do capitalismo, especialmente nos países em desenvolvimento, pressupõe uma aliança entre a eficiência e a equidade, conciliando as funções econômicas e sociais das instituições, por meio do diálogo, como adverte Arnoldo Wald: “Se há uma política do desenvolvimento que possa ser aplicada no Estado de Direito, certamente não pode ser imposta, devendo decorrer do consenso. A democracia participativa pressupõe que haja um diálogo constante entre a iniciativa privada e as autoridades, pois, no plano econômico, as realizações e a transformação dos projetos em atos dependem do acordo de ambos. Como bem esclarece a Constituição, o planejamento estatal é indicativo para as empresas privadas e, assim, só será eficaz se concebido consensualmente e se for executado pelas empresas com incentivo e apoio do Governo. É o que podemos chamar de uma política industrial dialogada, democrática e eficiente”.<sup>117</sup>

Quanto ao Poder Judiciário, sua atuação é de extrema responsabilidade. Como afirma Carla Osmo: “a ele incumbe encontrar a solução mais adequada para os casos que lhe forem levados, dando concretude ao princípio da função social da empresa. (...) a decisão judicial deve ser cuidadosamente responsável. Não pode suprimir da empresa sua segurança jurídica, sua previsibilidade, sua liberdade de atuação. Não pode, a pretexto de concretizar direitos sociais, violar diretamente direitos individuais já conquistados.”<sup>118</sup>

O empresário, nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, sopesa a *rule of law*, isto é, o ambiente de segurança jurídica, sendo importante a possibilidade de se proceder objetivamente o cálculo dos preços de seus fornecimentos ao mercado e quanto menor a taxa associada ao risco das decisões imprevisíveis, mais baratos serão os produtos ou serviços.<sup>119</sup>

Não se pode ignorar, por fim, a advertência de Fábio Ulhoa Coelho quanto à “impossibilidade de completa reorganização científica da economia e da sociedade por meio da tecnologia jurídica”, o que deve gerar a consciência das inexoráveis limitações próprias da função estatal de disciplinar a atividade econômica da produção e circulação de bens e serviços”.<sup>120</sup>

<sup>115</sup> BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, Manole, 2007, p. 20.

<sup>116</sup> O art. 154, § 4º, da Lei das Sociedades por Ações dispõe que o Conselho de Administração ou a Diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais. Em compensação, pode-se deduzir esses gastos do montante a ser pago a título de imposto de renda. (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa, in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Organizador Arnoldo Wald, São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011. Vol. 2, p. 64.)

<sup>117</sup> WALD, Arnoldo. A função social do crédito e a nova parceria entre o governo e o empresariado. in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Vol. 2. Organizador Arnoldo Wald, São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

<sup>118</sup> OSMO, Carla. *Efetividade da Função Social da Empresa, Função do Direito Privado*, Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 299.

<sup>119</sup> COELHO, Fábio Ulhoa: *Princípios do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 18.

<sup>120</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, in *Curso de Direito Comercial*, 7ª ed., volume 1, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 5.



## 14. Bibliografia

AMARAL, Renata Campetti, SILVEIRA, Gustavo Madeira da. Créditos de redução de emissões transacionáveis: um estudo sob a ótica de Coase, in *Direito e Economia*, Org. Luciano Benetti Timm, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 287/305.

ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial, tradução e notas: Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 103, Julho-Setembro 1996, p. 87/100.

\_\_\_\_\_: O Desenvolvimento Histórico do Direito Comercial e o significado da Unificação do Direito Privado, tradução e notas: Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 114, Abril-Junho, 1999, p. 237/252.

ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução e notas: Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 104, Outubro-Dezembro, 1996, p. 109/126.

BARTHOLO, Bruno Paiva e GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função Social da Empresa, *Revista dos Tribunais 100 anos - Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, volume II, organizador Arnaldo Wald, Revista dos Tribunais, 2011, p. 101/124.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*, 10ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2011.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*. 3ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna: Da Função Social para a responsabilidade da empresa, in *Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. Org. Rui Geraldo Camargo Viana e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 229/276.

BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, Manole, 2007.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: repercussão no Direito do Trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, a. 73, n. 4, out./dez. 2007.

CARDOSO, Alenilson da Silva. *A Funcionalização Social do Direito Privado*. Revista Forense, volume 409, ano 106, maio-junho de 2010, p. 4/25.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, vol. 1, 7ª edição, São Paulo, Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_: *Curso de Direito Comercial*, vol. 2, 6ª edição, São Paulo, Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_: *Princípios do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. *Revista dos Tribunais*, ano 85, vol. 732, outubro de 1996.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito Comercial Brasileiro*, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.



FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel. Recuperação e Função Social da Empresa - reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*. Ano 100, vol. 913, novembro/2011, p. 177/191.

FRAZÃO, Ana. *Função Social da Empresa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GALGANO, Francesco. *Lex Mercatória*. 5ª edição, Bologna, Il Mulino, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e BARTHOLO, Bruno Paiva. Função Social da Empresa, *Revista dos Tribunais 100 anos - Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, volume II, organizador Arnaldo Wald, Revista dos Tribunais, 2011, p. 101/124.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*, 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 2009.

GOMES, Daniela Vasconcellos. *Função Social do contrato e da empresa: Aspectos jurídicos da responsabilidade social nas relações consumeristas*. Revista Forense, vol. 387, setembro/outubro, 2006, p. 49/65.

LEAL JUNIOR, João Carlos. *Ensaio sobre o princípio da função social da empresa na Lei 11.101/05*. Revista Forense, volume 409, ano 106, maio-junho 2010, p. 507/523.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 14ª edição, São Paulo, Malheiros, 2006.

MENDONÇA, Saulo Bichara. Função Social da Empresa - Análise Pragmática. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, Franca, ano 16, nº 23, 2012, p. 61/74.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 13ª ed., 1997. NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia - Introdução ao Direito Econômico*. 6ª edição, revista e atualizada, 2ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

OSMO, Carla. *Efetividade da Função Social da Empresa, Função do Direito Privado*, Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 260/305.

PEGHINI, Cesar Calo. *A função social da empresa: Análise de sua extensão aplicada à desconsideração da personalidade jurídica*. Direito Processual Empresarial – Estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças. Rio de Janeiro - Elsevier Editora, 2012.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Tutela do Interesse Social nas Deliberações Assembleares*, Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*, 4ª edição, revista e ampliada, São Paulo, Malheiros, 2011.

SILVEIRA, Gustavo Madeira da, AMARAL, Renata Campetti. Créditos de redução de emissões transacionáveis: um estudo sob a ótica de Coase, in *Direito e Economia*, Org. Luciano Benetti Timm, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 287/305.

SZTAJN, Rachel e FRANCO, Vera Helena de Mello. Recuperação e Função Social da Empresa - reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*. Ano 100, vol. 913, novembro/2011, pp. 177/191.

SZTAJN, Rachel. Direito e economia dos contratos: os conceitos fundamentais., In: Direito Comercial - Teoria Geral do Contrato, Org. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. 2ª edição. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014, vol. 4, pp. 73-82.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional da Empresa*, São Paulo, Método, 2013.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa, in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Org. Arnaldo Wald, São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 2011. Vol. 2, p. 43/67.

WALD, Arnaldo. A função social do crédito e a nova parceria entre o governo e o empresário. in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Org. Arnaldo Wald, São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 2011. Vol. 2, p. 25/31.



# Destituição dos membros do Conselho de Administração de sociedades anônimas eleitos pelos minoritários, preferencialistas e trabalhadores

*Marcelo Barbosa Sacramone*<sup>1</sup>  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** Introdução; 1 - Nomeação dos membros do Conselho de Administração; 1.1 - Voto Múltiplo; 1.2 - Eleição em Separado; 1.3 - Ações Ordinárias; 1.4 - Ações Preferenciais; 1.5 - A Lei 11.303/01 e as novas hipóteses de eleição dos membros do Conselho de Administração; 1.6 - Voto múltiplo e eleição em separado; 1.7 - Eleição pelos trabalhadores; 2 - Destituição dos administradores; 2.1 - Destituição dos administradores eleitos por voto múltiplo; 2.2 - Destituição do administrador eleito por votação em separado; 2.3 - Destituição por violação aos deveres; 3 - Conclusão; Bibliografia.

## Introdução

Concebida como forma jurídica da Grande Empresa, por permitir a ampla captação da poupança popular, sob a égide do Dec.-Lei 2627/1940, a sociedade anônima era baseada numa estrutura orgânica fundamentada no poder absoluto da assembleia, cujos poderes lhe permitiam “resolver todos os negócios relativos ao objeto de exploração da sociedade e para tomar as decisões que julgar convenientes à defesa desta ou ao desenvolvimento de suas operações”<sup>2</sup>.

A estrutura monista tradicional de administração, baseada na atribuição de poderes à diretoria e à assembleia geral, entretanto, não se mostrava mais adequada ao novo papel a ser desempenhado pelas sociedades anônimas na economia nacional. O absentismo dos sócios às deliberações assembleares e a crescente complexidade das decisões necessárias à gestão da companhia impediam os acionistas de exercerem, a contento, o papel orientador e de controle da diretoria que lhes havia sido atribuído.

Para propiciar o incentivo necessário para o investidor aplicar capital no mercado de risco, a reforma da lei das sociedades anônimas orientou-se por reforçar os direitos dos acionistas, dentre os quais tornar efetiva a posição do acionista como dono e controlador da empresa. Do mesmo modo, buscou-se propiciar a formação e gestão eficiente e responsável. Para tanto, procurou-se defender a empresa da omissão dos acionistas, os quais já não teriam condições de avaliar as crescentes exigências de especialização de funções a serem desempenhadas pelo administrador eleito<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Direito Empresarial, Econômico e Negocial da Escola Paulista da Magistratura (EPM), Professor de Direito Empresarial da Faculdade de Direito de Itu (FADITU). Autor de obras e artigos jurídicos.

<sup>2</sup> Art. 87, do revogado Decreto-Lei 2627/1940.

<sup>3</sup> Para A. LAMY FILHO, havia uma diversidade de interesses a disciplinar. “Efetivamente, o alvo a atingir supõe incentivo e estímulo ao investidor para aplicar poupanças no mercado de capitais de risco, e, para tanto, cabe reforçar-lhe os direitos,

Além dos custos de agência decorrentes da insuficiência desse mecanismo de controle atribuído à assembleia geral, a reforma da estrutura monista de administração era também exigida pelos ditames da responsabilidade social das companhias. O crescimento do poderio econômico da sociedade anônima fez com que essa forma jurídica ascendesse à instituição de interesse público. Os diversos agentes relacionados à sua atividade, como acionistas minoritários, preferencialistas e trabalhadores passaram a ser considerados grupos de relevância para a tranquilidade social<sup>4</sup> e, nesses termos, deveriam ter seus interesses considerados pela administração da companhia.

Para propiciar uma estrutura administrativa adequada, os autores do projeto inspiraram-se nos sistemas alemão, francês e norte-americano<sup>5</sup> e consagraram um sistema dualista de administração, de adoção compulsória ou facultativa, a depender do tipo de companhia<sup>6</sup>.

Aos diretores continuou-se a atribuir a exclusividade do poder de representação e também parcela do poder de gestão. Pelo poder de gestão, os diretores poderiam tomar as decisões gerenciais para o desenvolvimento da atividade habitual da companhia, exceto limitação estatutária à prévia autorização do Conselho<sup>7</sup>.

Fora criado também um segundo órgão administrativo, o Conselho de Administração, com atribuição para a fiscalização dos diretores e orientação da atividade social<sup>8</sup>.

Esse órgão deliberativo deveria ser composto pelos diversos grupos de interesses envolvidos com a atividade empresarial e espelhar, com ganho de especialização de

---

umentar a publicidade dos atos dos administradores, defendê-lo contra fraude dos gestores, tornar efetiva a posição do acionista como dono e controlador da empresa; correlatamente, cabe proteger a iniciativa do empresário, assegurar-lhe liberdade de ação para decisões que, inclusive, envolvem riscos inerentes à vida empresarial, dar-lhe meios de defender-se e defender a empresa da omissão e incompetência dos acionistas. Do mesmo passo, cabe propiciar à S/A o desempenho de sua função básica a serviço da atividade privada na realização de grandes empreendimentos, e zelar para que o poder e a força de que dispõe não sejam utilizados contrariamente ao bem público, dando-lhe uma consciência de responsabilidade social (...)” (A. LAMY FILHO, *A Reforma da Lei de Sociedades Anônimas (Seminário)*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, pp. 137/138).

<sup>4</sup> A. LAMY FILHO, *A Reforma da Lei de Sociedades Anônimas (Seminário)*, op. cit., p. 127.

<sup>5</sup> Em comentário sobre a reforma, A. LAMY FILHO sustenta a importância das legislações estrangeiras para a reforma da legislação nacional. Segundo o autor, dentre as propostas até então, cabia a “alteração no sistema de administração de S/A, para adotar o sistema francês (que copia o alemão, de dois colegiados: Conselho de Vigilância e Conselho de Direção ou o americano, de um Conselho, (o *Board of Directors*, com os *officers* por ele nomeados) não apenas para dar organização mais eficiente à empresa e à sociedade mas, ainda, para assegurar a certas minorias qualificadas direito a participar no Conselho, informando-se da *policy* da sociedade, ao mesmo tempo que se co-responsabiliza pelas providências de que participa” (A. LAMY FILHO, *A Reforma da Lei de Sociedades Anônimas (Seminário)*, op. cit., p. 141).

<sup>6</sup> Tendo em vista que a previsão do Conselho de Administração fixa “um aparato complexo e dispendioso para o funcionamento da sociedade anônima” (O. BARRETO FILHO, *Estrutura administrativa das sociedades anônimas*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial e Econômico*, nº 24, Revista dos Tribunais, 1976, p. 65), sua adoção é obrigatória somente à sociedade anônima aberta, à sociedade anônima de capital autorizado e à sociedade de economia mista, cujos interesses sociais demandariam particular proteção pelo ordenamento jurídico.

<sup>7</sup> Segundo F. MARTINS, “quando, pois, as sociedades anônimas não possuírem conselho de administração, os poderes desse serão exercidos pela Diretoria, desde que tais poderes não conflitem com os da própria Diretoria” (F. MARTINS, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 518). Cf. R. REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, v. II, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 184.

<sup>8</sup> Suas atribuições podem ser classificadas em três grupos: as programáticas ou normativas; as de fiscalização ou controle; e as propriamente administrativas. As normativas compreendem o poder de fixar a orientação geral aos negócios da sociedade. As atribuições de fiscalização compreendem o controle sobre o cumprimento das normas, a verificação dos livros, o controle dos atos e a manifestação sobre o relatório da administração. As atribuições administrativas compreendem as manifestações prévias sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir e de autorização de alienação de bens do ativo permanente, a substituição de ônus reais e a prestação de garantias, conforme dispuser o estatuto (P. F. C. S. DE TOLEDO, *O conselho de administração na sociedade anônima*, Atlas, São Paulo, 1997, pp. 37 e ss.).

funções, a dinâmica da própria companhia<sup>9</sup>. Como sua composição seria heterogênea, contribuiria para aumentar a transparência dos atos administrativos, ao assegurar maior informação aos interessados e, assim, aumentaria o controle dos referidos atos. A composição heterogênea do Conselho, ademais, permitiria a participação dos diversos grupos na cogestão da empresa<sup>10</sup>.

Poderão ser representados diretamente os interesses dos acionistas controladores, minoritários, acionistas preferenciais sem direito de voto ou com voto restrito e, se houver previsão no estatuto, também dos trabalhadores. Embora possam eleger seus representantes no Conselho, os membros do órgão administrativo devem orientar sua atuação conforme o interesse social, nos termos do art. 154, da Lei 6.404/76.

A propensão dos eleitos a priorizar os interesses do grupo que os elegeu, contudo, gera novas hipóteses de conflitos de interesse na companhia. Tradicionalmente, esses conflitos de interesses nas sociedades podia ser apontado como de duas ordens: o conflito entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários; e os conflitos de agência, que revelariam eventual atuação do administrador para perseguir seus interesses pessoais em detrimento dos interesses da companhia<sup>11</sup>.

Com a criação do Conselho, esses conflitos entre os interesses dos diversos agentes, restrito até então ao âmbito da Assembleia Geral ou ao controle da atuação do administrador, passam a ser internalizados na composição do órgão administrativo da companhia.

Embora sua composição ofereça uma solução organizativa para permitir a democratização da companhia, a internalização no órgão administrativo do conflito entre os interesses dos diversos grupos existentes na sociedade pode provocar o bloqueio das decisões necessárias à administração. Não desenvolvida a cooperação adequada entre os agentes na busca do escopo final comum, o processo decisório poderá ser dilatado e enrijecido e a atividade empresarial poderá ser prejudicada à custa de todos os demais envolvidos<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> O Conselho de Administração, contudo, permitiu originalmente a cogestão apenas para os proprietários do capital social. Na redação histórica da Lei 6.404/76, apenas os acionistas tiveram a participação contemplada pelo referido órgão. Os trabalhadores tiveram, inicialmente, a possibilidade de participação rejeitada, pois os redatores julgaram que o assunto não estava “suficiente maduro” para a adoção no Brasil (A. LAMY FILHO, *A Reforma da Lei de Sociedades Anônimas (Seminário)*, op. cit., p. 149). A possibilidade de participação dos trabalhadores no Conselho de Administração somente surgiu a partir da inclusão do parágrafo único do art. 140 pela Lei 10.303/01.

<sup>10</sup> Para C. SALOMÃO FILHO, entretanto, “as novas regras sobre participação no conselho permitem no máximo uma maior oportunidade de informação e não de efetiva co-participação nas decisões sociais mais importantes (*O novo direito societário*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 91).

<sup>11</sup> Para solucionar ou atenuar a primeira ordem de conflitos, a Lei dispôs sobre as hipóteses de proibição e anulação de voto na assembleia geral das companhias. Os conflitos de agência, por seu turno, foram considerados pelo legislador ao dispor sobre o acordo de acionistas, nos termos do art. 118, da Lei 6.404/76, em que o administrador eleito pelo bloco permanece vinculado aos termos da convenção. De maneira mais simples, outrossim, a persecução dos interesses do grupo foi estabelecida pela Lei ao garantir a possibilidade de os eleitores insatisfeitos com os atos de gestão destituírem, sem qualquer justificativa, o administrador eleito.

<sup>12</sup> A. M. CORDEIRO aponta algumas desvantagens desse conflito de interesses no órgão administrativo. “As desvantagens derivavam do “desvio social” das empresas. Num mundo dominado pelo lucro, as medidas puramente sociais encetadas pelas empresas, sob pressão dos representantes dos trabalhadores, seriam tomadas como meros custos. Além disso, pode-se imputar à co-gestão um alongamento do processo de decisão, com uma certa rigidez empresarial daí decorrente. Medidas como o encerramento de afiliada, a abertura de sucursais com recrutamentos mais vocacionados para jovens ou as transferências de unidades produtivas originam, em regra, complicadas negociações nos órgãos onde se encontrem representantes dos trabalhadores” (*Direito Europeu das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 729).

Frente a esses novos conflitos de interesse, os intérpretes são chamados a esclarecer algumas questões nem sempre claras na nova legislação, mas cujas soluções poderão comprometer toda a governança corporativa almejada pela Lei. Dentre essas questões, pode ser destacada a possibilidade de o controlador destituir membro do Conselho de Administração por ele não eleito, sem justificativa ou apenas por contrariar seus interesses, bem como o direito de a minoria conversar com o representante administrador que tenha infringido a Lei ou violado seus deveres funcionais para com a companhia.

Ilustrativo dessas novas controvérsias foi o processo CVM RJ 2006/579. No referido feito, a Copel – Companhia Paranaense de Energia recorreu contra decisão da Superintendência de Relações com Empresas (“SEP”), que determinou que membro do Conselho de Administração eleito pelos empregados da companhia somente poderia ser destituído por aqueles que o elegeram. Na decisão objeto de recurso, a SEP teria considerado inadmissível a destituição imotivada do conselheiro pela assembleia geral. A destituição somente seria possível se justificada com base nos arts. 158 e 159 da Lei 6.404/76<sup>13</sup>.

Para verificar a possibilidade de destituição pelo controlador de membro do Conselho de Administração eleito por grupo diverso, cumpre verificar, inicialmente, a forma pela qual o Conselho de Administração poderá ser composto pelos diversos grupos. Essa análise prévia é necessária porque o modo de sua constituição condiciona a forma pela qual a destituição poderá ser realizada.

## 1 - Nomeação dos membros do Conselho de Administração

A Lei 6.404/76 estabeleceu, no art. 140, que o Conselho de Administração será composto por, no mínimo, três membros, eleitos pela assembleia geral e por ela destituíveis a qualquer tempo.

Os conselheiros serão eleitos por maioria de votos na assembleia. Ainda que ocorra a eleição de vários conselheiros, não haverá a constituição de chapas. Os conselheiros deverão ser eleitos individualmente, com processo de votação isolado para o preenchimento de cada um dos cargos.

Essa regra geral de atribuição aos maiores proprietários do capital social com direito de voto do direito de escolha dos administradores tem fundamento econômico. A regra da maioria decorre da tentativa de redução dos custos de agência, na medida em que a escolha do agente seria, a princípio, mais cuidadosamente realizada se feita pelas pessoas que sofreriam as maiores consequências de eventual desvio na conduta do administrador eleito. Sofreriam os maiores impactos em seu patrimônio individual os acionistas com maior quantidade de capital investido<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> No fundamento de sua decisão que não deu provimento ao recurso, o diretor-relator Pedro Oliva Marcílio de Sousa sustentou: “junto com o direito de eleger vem o direito de substituir e não é dado aos excluídos dessa eleição o direito de retirar o nomeado. Se assim fosse, o próprio direito de eleger seria prejudicado, pois sempre que se elegeisse um conselheiro inconveniente para a maioria, ela o destituiria. (...) Creio que, por isso, se não se pode eleger com base no *caput* do art. 140, não se pode destituir com base no *caput* do art. 140. Esse é o caso do representante dos empregados. A destituição pela assembleia só poderia ser aceita se houvesse dispositivo específico ou justa causa, no melhor interesse da companhia” (Processo CVM RJ 2006/579).

<sup>14</sup> E. F. FAMA e M. C. JENSEN, *Separation of ownership and control*, in *Journal of Law & Economics*, v. XXVI, 1983, <http://ssrn.com/abstract=94034>, p. 9.



A regra geral permite, se aplicada isoladamente, que o acionista controlador eleja todos os membros do Conselho de Administração. Para permitir a composição no referido órgão dos diferentes interesses presentes na companhia, a Lei estabeleceu formas diversas de eleição.

### 1.1 - Voto múltiplo

A regra geral de eleição por atribuição de um voto para cada ação ordinária poderá ser derogada se houver requerimento de acionistas que representem ao menos um décimo do capital social votante para que a eleição ocorra pelo sistema do voto múltiplo<sup>15</sup>.

O voto múltiplo não assegura necessariamente a participação dos grupos minoritários no Conselho de Administração, mas apenas auxilia na representação proporcional dos diversos grupos de interesse<sup>16</sup>.

Pelo voto múltiplo atribui-se a cada uma das ações com direito a voto a quantidade de votos referente aos membros do Conselho de Administração que serão eleitos<sup>17</sup>. Esse sistema permite que o acionista concentre seus votos em um ou alguns candidatos, o que aumenta a possibilidade de os minoritários conseguirem eleger um dos membros, mas não garante essa eleição. Notadamente nos Conselhos compostos por poucos conselheiros, ainda que a eleição ocorresse pelo voto múltiplo, o minoritário com pequena participação no capital social pode não conseguir eleger representante ao Conselho.

A redação originária do art. 141, § 4º, estabelecia, nesse sentido, que se o número de membros do Conselho de Administração fosse inferior a cinco, seria facultado aos acionistas que representassem 20%, no mínimo, do capital social sem direito a voto, a eleição de um dos membros do Conselho. Referida disposição, revogada pela Lei 11.303/01, apenas era aplicada nessa situação em que o voto múltiplo era insuficiente para garantir aos minoritários eleger um membro do Conselho.

### 1.2 - Eleição em separado

Além da eleição por voto múltiplo, a Lei 6.404/76 previu a possibilidade de o estatuto das companhias estabelecer eleição em separado para determinadas ações.

### 1.3 - Ações ordinárias

Para as companhias fechadas, o art. 16 dispõe que é possível ao estatuto diferenciar as ações ordinárias em classes, em função do direito de voto em separado para o preenchimento de determinados cargos de órgãos administrativos.

<sup>15</sup> O sistema do voto múltiplo é de inspiração americana. Nos Estados Unidos, seis estados possuem provisões para a adoção de voto múltiplo nas eleições dos *directors*. Na maioria dos estados cada corporação poderá prever em seu estatuto se haverá ou não o processo de eleição por voto múltiplo (R. W. HAMILTON, *Corporations*, 4ª ed., St. Paul, West Publishing, 1997, p. 277).

<sup>16</sup> Ainda que não previsto no estatuto da companhia, esse procedimento de votação poderá ser requerido por acionistas que representem, no mínimo, um décimo do capital social com direito a voto. O percentual de 10% poderá, entretanto, ser reduzido pela CVM, a teor do art. 291, da Lei. A Instrução 165/1991 da CVM fixou escala variável entre 5 e 10% para o requerimento de eleição por voto múltiplo a depender do valor do capital social.

<sup>17</sup> O voto múltiplo não se confunde com o voto plural, o qual é proibido pela Lei 6.404/76. O voto plural consiste na possibilidade de conferir a apenas algumas ações maior quantidade de votos, em detrimento das demais.

Pela Exposição de Motivos do Projeto de Lei que se converteu na Lei 6.404/76, a possibilidade de divisão das ações ordinárias em classe permitiria, nas companhias fechadas, que as sociedades pudessem se associar em torno de um empreendimento comum (*joint venture*).

As diferentes classes permitiriam a composição de interesses entre os contratantes e, independentemente do percentual do capital social, confeririam a possibilidade de participação desses diversos grupos na administração da companhia.

Poderá, portanto, o estatuto prever que determinados cargos do Conselho de Administração sejam eleitos por uma específica classe de ações ordinárias. Independentemente do percentual do capital social detido pelos referidos acionistas, estes poderão eleger a quantidade de membros prevista no estatuto e por meio de eleição em separado, sem o cômputo dos votos das demais classes de acionistas.

As classes deverão ser estabelecidas no estatuto social, que deverá regular os direitos de cada qual, bem como eventual possibilidade de alteração no futuro desses direitos e o modo pelo qual poderá ser realizada. A inexistência dessa regulação exigirá a concordância de todos os titulares das ações atingidas para a referida alteração (art. 16, parágrafo único)<sup>18</sup>.

#### **1.4 - Ações preferenciais**

Por seu turno, o art. 18 reconheceu a possibilidade de o estatuto assegurar a uma ou mais classes de ações preferenciais o direito de eleger, em votação em separado, um ou mais membros dos órgãos de administração.

A previsão estatutária poderá ocorrer tanto nas companhias abertas quanto nas fechadas e visa a garantir o direito de participação nas atividades de gestão de acionistas preferencialistas.

Os preferencialistas poderão exercer um efetivo controle sob a atividade administrativa com a representação de seus interesses por administradores eleitos. Referido poder de controle não poderá ser livremente suprimido pelo controlador em assembleia geral. A alteração das preferências e vantagens dessas ações é condicionada à maioria absoluta dos acionistas com direito a voto e também à prévia aprovação ou ratificação por titulares de mais da metade de cada classe de ação preferencial prejudicada.

#### **1.5 - A Lei 11.303/01 e as novas hipóteses de eleição dos membros do Conselho de Administração**

Apesar dessas diversas formas de eleição, esses institutos não asseguraram efetivamente a representatividade dos acionistas minoritários no Conselho de Administração. Ainda que possível a eleição em separado aos proprietários de ações ordinárias e de ações preferenciais, essa eleição era condicionada à previsão estatutária, o que era

---

<sup>18</sup> Nesse sentido, F. MARTINS. Para o autor, “essa unanimidade de concordância é necessária, porque a alteração afetarà a todos quantos participam da referida classe de ações. Tal não se dá somente quando o próprio estatuto dispõe a respeito porque, então, ao ingressar na sociedade, o acionista concordou com o disposto no estatuto, responsabilizando-se pela observação do que nele está contido” (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, op. cit.*, p. 72). Em sentido análogo, Parecer DNRC 138/92.

raramente previsto. Por seu turno, o percentual de 20% quanto aos minoritários, na hipótese de número inferior a cinco conselheiros, era demasiadamente elevado para assegurar a participação.

Com o intuito de incentivar o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro, a Lei 11.303/2001 procurou fortalecer os direitos dos acionistas minoritários e consagrar princípios de governança corporativa para tornar mais transparente as decisões societárias. A participação mais efetiva de diversos grupos de interesse no Conselho de Administração asseguraria maior fiscalização dos atos da diretoria, maior divulgação das informações entre os diversos envolvidos com a empresa. Contribuiria, também, a um melhor desempenho da atividade empresarial.

Antonio Kandir, ao se manifestar sobre o substitutivo na Comissão de Finanças e Tributação, afirmou que “a transparência, como princípio de gestão, constitui-se no pressuposto de que uma empresa, ao abrir seu capital e fazer apelo à poupança pública, terá que, em contrapartida, compartilhar com os investidores as decisões de maior importância para o desenvolvimento de sua atividade. O propósito colimado pelo Substitutivo, através do dispositivo em questão, é o de exortar as companhias a seguir o rumo de uma cooperação entre o acionista controlador e os titulares de ações ordinárias, acionistas minoritários, bem como os preferencialistas, com o consequente compartilhamento da responsabilidade pela tomada de decisões estratégicas”<sup>19</sup>.

Ao longo da tramitação legislativa, o substitutivo sofreu alterações, que não mais limitaram a possibilidade de eleição em separado pela minoria a depender do número dos membros do Conselho de Administração, ou que limitavam a participação a 20% do capital social a tanto. Entretanto, a alteração da redação original do art. 141, § 4º, suprimiu o direito aos minoritários das companhias fechadas de elegerem um membro em votação em separado.

Promulgada a Lei 11.303, a nova redação do art. 140, § 4º, estabeleceu o direito de eleição de membro do Conselho de Administração e seu suplente, em votação em separado na assembleia geral, aos titulares de ações ordinárias de emissão apenas de companhias abertas, que representem pelo menos 15% do total das ações com direito a voto<sup>20</sup>. Referidos minoritários, entretanto, deverão demonstrar que são titulares de suas ações pelo período mínimo de três meses anteriores à assembleia geral.

<sup>19</sup> Em relação ao Projeto de Lei nº 3.115/1997, sustentou o deputado relator Emerson Kapaz que “um mercado acionário forte e verdadeiramente democratizado - alcançando toda sua potencialidade de alavancagem econômica - depende, é óbvio, de que os investidores, principalmente pequenos e médios, sintam-se protegidos e vejam defendidos seus interesses, não se permitindo a manipulação e o desrespeito a seus direitos por manobras e políticas estabelecidas unilateralmente pelos controladores, muitas vezes, inclusive, privilegiando interesses externos à própria sociedade” (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, de 20 de abril de 2000, p. 17.702).

<sup>20</sup> “A alteração promovida no §4º do art. 141 prejudicou os minoritários das companhias fechadas. Isso porque o antigo §4º garantia a esses acionistas, desde que detivessem ao menos 20% do capital votante, o direito de eleger em separado um conselheiro, quando o número de membros do conselho de administração fosse inferior a cinco. E de acordo com o inciso I do novo §4 do art. 141, somente podem eleger o seu representante e respectivo suplente no referido órgão os minoritários de companhias abertas titulares de pelo menos 15% do capital votante (...) em contrapartida, foram beneficiados, nas companhias abertas, não apenas os preferencialistas, mas também os ordinaristas de fora do bloco de controle. Estes últimos deixam de ter a garantia da eleição de um representante e respectivo suplente condicionada à existência de um número de conselheiros inferior a cinco, e passam a poder elegê-lo qualquer que seja o número de cargos a preencher. Além disso, reduziu-se o quórum necessário para a eleição em separado desse representante dos ordinaristas de 20% para 15%” (D. G. AFONSO, *Parecer CVM de 16.4.2002: Critérios para a eleição de membros do conselho de administração de S/A aberta, após a lei 10.303/2001*, in *Revista de Direito Mercantil*, n. 126, São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 208/209).

Igual direito de eleição de um membro e de seu suplente do Conselho de Administração, em votação em separado, foi garantido à maioria dos titulares de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito de emissão de companhias abertas presentes, que representem, no mínimo, 10% do capital social, desde que não tenham exercido o direito previsto no estatuto nos termos do art. 18.

Em ambas as hipóteses, tanto dos minoritários, quanto dos preferencialistas, casos os percentuais não sejam atingidos, os titulares de ações com direito a voto e os titulares de ações preferenciais podem agregar suas ações para elegerem um membro para o conselho de administração em conjunto, desde que alcancem ao menos 10% do capital social total.

### **1.6 - Voto múltiplo e eleição em separado**

Embora tratados no mesmo art. 141, da Lei 6.404/76, a eleição em separado não se confunde com o voto múltiplo e não permite a cumulação das formas de eleição pelas mesmas ações.

Na redação original da Lei 6.404/76, a distinção entre as duas formas era clara, pois somente se garantia aos acionistas representantes de ao menos 20% do capital social, com direito a voto, a eleição de um dos membros do conselho de administração e desde que o Conselho fosse composto por menos de cinco conselheiros. Caso composto por mais de cinco conselheiros, os acionistas minoritários, pela utilização do voto múltiplo, já conseguiriam eleger pelo menos um dos conselheiros, o que tornava o voto em separado desnecessário para garantir a representação dos seus interesses.

A nova redação do § 4º, do artigo 141, todavia, não é decorrência lógica do caput do dispositivo e revela a construção de novo instituto, cuja aplicação deve ser sopesada e esclarecida.

No voto múltiplo, os acionistas detentores de ações com direito a voto não são diferenciados. A eleição faz-se por votação na assembleia geral, pela maioria de votos. A atribuição da mesma quantidade de votos em relação ao número de membros do Conselho de Administração apenas permite que os acionistas minoritários possam concentrar seus votos em um único candidato para tentar, por maioria de votos, eleger um dos conselheiros.

Na votação em separado, os acionistas são diferenciados. Apenas os acionistas minoritários de companhias abertas ou os acionistas preferencialistas sem direito a voto ou com voto restrito de companhia aberta integrarão a assembleia geral. A assembleia somente poderá ser integrada por ambos, mas sem a presença dos acionistas controladores, se os minoritários e os preferencialistas sem direito a voto ou com voto restrito não possuírem o quórum necessário para a eleição e necessitarem agregar suas ações.

Embora ambos os processos possam ser utilizados para a composição do Conselho de Administração, as duas formas de eleição não podem ser cumulativamente adotadas pelas mesmas ações.

A cumulação vem sendo restringida pelas Leis Societárias de outros países. A Lei das sociedades por ações espanhola, por exemplo, dá tratamento explícito à matéria. Em seu art. 137, que prevê o sistema proporcional de eleição, determinou:

*La elección de los miembros del Consejo se efectuará por medio de votación. A estos efectos, las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de vocales del Consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes miembros del Consejo.*

No Brasil, não há norma expressa sobre a questão. A vedação resulta de uma interpretação sistemática da Lei.

A cumulação de votos é proibida pelo artigo 110, § 2º, da Lei das S.A. Pelo dispositivo, é vedado atribuir voto plural a qualquer classe ou espécie de ações. A disposição, juntamente com a previsão do caput que estabelece que a cada ação ordinária corresponde um voto nas deliberações da assembleia geral, procura garantir o tratamento paritário dos acionistas.

Outrossim, a própria redação do art. 141, § 4º, II, assegura que apenas terão direito de eleger o membro do Conselho de Administração, em votação em separado, as ações preferenciais sem direito de voto ou com voto restrito que não tenham exercido a eventual vantagem política conferida pelo estatuto, conforme o art. 18 da Lei. Por esse artigo, o estatuto pode conferir a uma ou mais classes de ações preferenciais o direito de eleger, em votação em separado, um ou mais membros dos órgãos de administração.

Essa interpretação de que as ações preferenciais, a que foram conferidas vantagens de escolha de um membro do Conselho de Administração, não poderão utilizar-se cumulativamente do direito de eleição em separado de outro administrador deve ser estendida às ações ordinárias, na medida em que a lei procurou garantir que a cada classe ou espécie de ação corresponda apenas um voto.

Pela interpretação sistemática da Lei 6.404/76, portanto, a eleição em separado pelos acionistas minoritários deve ocorrer previamente à eleição na assembleia geral ordinária e a companhia deverá manter registro com a identificação dos acionistas que exercerem essa prerrogativa (art. 141, § 8º). Apenas o excedente aos 15% do total das ações com direito a voto e necessários à eleição de um dos membros Conselho de Administração pela votação em separado poderá requerer o voto múltiplo na assembleia, de modo a garantir que não haja a atribuição de voto plural às ações<sup>21,22</sup>.

<sup>21</sup> Nesse sentido, N. J. PARENTE, *Eleição de membros do Conselho de Administração pelos acionistas minoritários*, in *Revista de Direito Mercantil*, n. 131, São Paulo, Malheiros, 2003, pp.151-152; D. G. AFONSO, *Parecer CVM de 16.4.2002*, op. cit., pp. 212/213; J. L. CAMARGO e M. I. P. BOCATER, *Conselho de Administração: seu funcionamento e participação de membros indicados por acionistas minoritários e preferencialistas*, in *Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controversas da Lei n. 10.303, de 31.10.2001* (Jorge Lobo coord.), Rio de Janeiro, Forense, 2002, pp. 404/404.

Em sentido contrário, P. O. M. de SOUSA. Para o autor, cinco são os argumentos contrários: "i) não se pode falar em voto plural, no caso da eleição com base na prerrogativa e na eleição com base no processo de voto múltiplo; ii) mesmo se se tratasse de voto plural, as regras para superação de antinomias fazem as disposições mais recentes e específicas do discutido §4 prevalecerem sobre a vedação ao voto plural; iii) o legislador, de forma deliberada, não excluiu os minoritários que façam uso da prerrogativa prevista no inc. I do §4º do art. 141 da Lei 6.404/76 da eleição pelo processo por voto múltiplo; iv) a interpretação dada pela Decisão da CVM aos dispositivos da Lei 6.404/76 que regulam a eleição de membros do conselho de administração pelos acionistas minoritários tem efeitos negativos não regulados pela lei o que não ocorre pela interpretação defendida neste texto; e v) a interpretação dada à questão pela Decisão da CVM gera situações inconsistentes e resultados não desejados pelo legislador" (*Eleição de membros do conselho de administração pelos acionistas minoritários*, in *Revista de Direito Mercantil*, n. 126, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 87-99.

Na hipótese de cumulação dos dois sistemas, votação em separado e voto múltiplo, seria possível que os controladores não detivessem maioria no Conselho de Administração. As normas de proteção aos acionistas minoritários e preferencialistas, contudo, não podem importar em transferência do poder do controle a esses.

Para evitar essa situação, o art. 141, § 7º, estabeleceu que, sempre que, cumulativamente, a eleição do Conselho de Administração se der pelo sistema do voto múltiplo e os titulares de ações ordinárias ou preferenciais exercerem a prerrogativa de eleger conselheiro, será assegurado ao controlador o direito de eleger conselheiros em número igual ao dos eleitos pelos demais acionistas, mais um, independentemente do número de conselheiros que, segundo o estatuto, compoem o órgão.

A norma não é aplicável a qualquer controlador. Apenas acionista ou grupo de acionistas vinculados por acordo de votos que detenham mais do que 50% das ações com direito de voto terão direito de eleger número superior de conselheiros. Desse modo, assegura-se a preservação da participação proporcional dos acionistas no Conselho de Administração.

### 1.7 - Eleição pelos trabalhadores

Além dos interesses dos acionistas minoritários e preferencialistas, a Lei também reconheceu a importância de interesse de terceiros, ainda que não acionistas, mas que sofrem os efeitos diretos da atividade social, os *stakeholders*<sup>23</sup>.

Desde a promulgação da Lei 6.404/76, considerava-se que a Grande Empresa não podia ser mais concebida como unidade produtiva isolada, pois o desenvolvimento de sua atividade afetava diversos agentes cujos interesses mereciam a tutela estatal, como os consumidores, fornecedores e, principalmente, os trabalhadores. Sua disciplina deveria propiciar o desempenho desse novo papel de instrumento de implementação de políticas públicas e de efetivação dos valores sociais constitucionais<sup>24</sup>.

Além da imposição de deveres e responsabilidades aos administradores e controladores, a forma mais efetiva de controle da persecução dos interesses extrassociais no desenvolvimento da atividade da companhia era a possibilidade de participação dos terceiros afetados pela atividade empresarial nas decisões mais importantes da companhia: a gestão da empresa.

A participação dos trabalhadores asseguraria maior oportunidade de informação e a possibilidade de os conflitos serem resolvidos por cooperação dentro do órgão delibe-

<sup>22</sup> Nesse sentido foi também a decisão da CVM, em resposta à consulta 3.649 de 16 de abril de 2002 pela CVM. Pela decisão, "qualquer interpretação que permita que uma ação vote em quantidade de vezes diferentes das demais ações da mesma espécie e classe na mesma deliberação não pode ser aceita. Esclareço, desde logo, que, no voto múltiplo, muito embora a quantidade de votos detidos por uma ação seja multiplicado, em termos percentuais e relativos não há diferença, pois cada ação independentemente de seu titular, é multiplicada pelo número de vagas no conselho de administração, de forma que cada ação atribui ao seu titular o mesmo número de votos, o que difere muito do duplo voto ou do voto plural, em que, dito de forma simples, algumas ações têm mais votos do que outras".

<sup>23</sup> Nos artigos 116 e 117 foram impostos deveres e responsabilidades ao controlador da sociedade para com os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos interesses deve atender. Por seu turno, o art. 154 estabeleceu que o administrador deve exercer suas funções para lograr os interesses da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

<sup>24</sup> N. EIZIRIK, *A Lei das S/A comentada*, v. II, São Paulo, Quartier Latin, 2011, p. 274.



rativo<sup>25</sup>. Não se concedia simplesmente um direito subjetivo à classe trabalhadora, mas se permitia que esta integrasse diretamente o processo produtivo e se responsabilizasse pelas intervenções realizadas na atividade da companhia<sup>26</sup>.

Essa possibilidade de participação dos trabalhadores na gestão das companhias, entretanto, não era regulação recente, mas já se fazia presente nas Constituições anteriores, ainda que como norma programática de eficácia limitada<sup>27</sup>. Por ocasião da promulgação da Lei das S.A., contudo, entendeu-se que o assunto ainda não estava suficientemente sedimentado para sua aplicação<sup>28</sup>.

A aplicação normativa geral a todas as sociedades anônimas apenas foi realizada em 2001, com a promulgação da Lei 10.303<sup>29</sup>. Essa inclusão da cogestão da empresa pelos trabalhadores, apesar de inaugurada no direito brasileiro apenas pela Lei 10.303/01, não é questão nova no direito estrangeiro. Sua concepção alcançou na Alemanha sua maior expressão como forma de controlar o poder das empresas e “dar uma resposta à evolução coletivizante da Zona de Ocupação Soviética”<sup>30,31</sup>.

<sup>25</sup> Para A. M. CORDEIRO, “as vantagens cifram-se, naturalmente, na maior coesão empresarial das empresas “cogeridas” e na paz social que daí decorre. Isso, naturalmente, por confronto com o sindicalismo mais agressivo dos países do Sul, ainda apostado na revolução comunista e que, da luta de classes, fazia o motor da História. As desvantagens derivavam do “desvio social” das empresas. Num mundo dominado pelo lucro, as medidas puramente sociais encetadas pelas empresas, sob pressão dos representantes dos trabalhadores, seriam tomadas como meros custos. Além disso, pode-se imputar à co-gestão um alongamento do processo de decisão, com uma certa rigidez empresarial daí decorrente. Medidas como o encerramento de afiliada, a abertura de sucursais com recrutamentos mais vocacionados para jovens ou as transferências de unidades produtivas originam, em regra, complicadas negociações nos órgãos onde se encontrem representantes dos trabalhadores” (*Direito Europeu das Sociedades*, op.cit., p. 729).

<sup>26</sup> A. A. SILVA, *Co-gestão no estabelecimento e na empresa*, São Paulo, LTR, 1991, p. 112.

<sup>27</sup> Art. 158, V, da CF/1967: “integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos”. A EC 1/69 manteve a previsão ao estabelecer, em seu art. 165, V, que a “integração do trabalhador na vida e desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, segundo for estabelecido em lei”.

Na atual Constituição de 1988, o art. 7º, XI, assegura como direito dos trabalhadores a participação nos lucros ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.

<sup>28</sup> Na redação original da lei 6.404/76, a cogestão não fora prevista, pois o redator do projeto considerava que “o assunto não está suficientemente maduro entre nós, e tememos que, na fase atual de nosso desenvolvimento econômico, possa provocar traumas que se reflitam negativamente no processo, e terminem por comprometê-lo” (A. LAMY FILHO, *A Reforma da Lei de Sociedades Anônimas (Seminário)*, op.cit., p.147).

<sup>29</sup> A aplicação particular a algumas sociedades anônimas já tinha sido feita anteriormente a 2001. O Programa Nacional de Desestatização previa, nos editais de alienações, que os adquirentes do controle das sociedades privatizadas deveriam realizar alteração estatutária para estabelecer a possibilidade de eleição de um membro do Conselho de Administração pelos empregados. Anteriormente, ainda que não houvesse lei expressamente permitindo a cogestão, a doutrina já se posicionava pela possibilidade de adoção facultativa pelas companhias. Nesse sentido, parecer de R. Requião, que admitia a cogestão da empresa, já em 1980 (in *Aspectos Modernos do Direito Comercial*, 2º v., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 203).

A partir de 2011, com a promulgação da Lei 12.353/2010, a representação de empregados nos Conselhos de Administração é compulsória para as sociedades de economia mista, suas subsidiárias, controladas, e empresas em que a União tenha maioria do capital social com direito a voto, desde que possuam mais de 200 empregados.

<sup>30</sup> A. M. CORDEIRO, *Direito Europeu das Sociedades*, op.cit., p. 727.

<sup>31</sup> Na Alemanha, a primeira experiência com a integração dos trabalhadores nos órgãos de administração ocorreu em 1922 com a Gesetz über die Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat. Até então, e desde 1891, apenas era prevista a formação facultativa de comitês de trabalhadores.

Embora a cogestão tenha sido suprimida durante o regime nacional-socialista, foi reintroduzida em 1951, por meio da Montan-Mitbestimmungsgesetz. Pela Lei, as sociedades de carvão e de aço com mais de 1.000 empregados possuiriam um sistema de cogestão, na qual haveria representação paritária dos trabalhadores na Aufsichtsrat e no Vorstand. Para o Conselho de Supervisão, a Lei determinou que os representantes dos trabalhadores tivessem os mesmos direitos e obrigações que os eleitos pelos acionistas.

Em 1952, a Betriebsverfassungsgesetz estabeleceu, para além das sociedades de carvão e aço, a participação minoritária, um terço, dos trabalhadores nos conselhos de Supervisão das sociedades com mais de 500 empregados, qualquer que seja sua atividade. A Drittelbeteiligungsgesetz de 2004 manteve a mesma participação de 1/3 dos representantes dos trabalhadores no Conselho de Supervisão para companhias com mais de 500 empregados.



Pela Lei brasileira, foi introduzido parágrafo único no art. 140, da Lei 6.404/76, que assegurou a possibilidade de eleição de membros do Conselho de Administração por deliberação em separado dos trabalhadores. A representatividade dos trabalhadores, entretanto, apenas foi estabelecida de modo facultativo.

A exigência de previsibilidade da eleição no estatuto social permite ao controlador das companhias avaliar se a internalização do conflito de interesses no órgão administrativo permitiria a cooperação entre os agentes, maior satisfação dos trabalhadores, controle da diretoria, aumento da produtividade, com melhor persecução dos objetivos sociais. Possibilita que se verifique, por outro lado, se, na situação concreta daquela sociedade, a inserção dos trabalhadores no órgão administrativo não acarretará maior morosidade nas decisões necessárias e paralisação da companhia.

Embora possa ser permitida a representação dos interesses dos trabalhadores no órgão deliberativo, o representante eleito pela deliberação em separado dos trabalhadores é administrador da companhia<sup>32</sup> e tem para com esta os mesmos deveres e responsabilidades dos demais administradores. Deve, nesse ponto, orientar suas decisões para a persecução do interesse social, ainda que este interesse seja contrário ao interesse dos empregados que o elegeram, sob pena de responsabilização.

## 2 - Destituição dos administradores

A governança corporativa pretendida pela Lei 6.404/76 e pela 10.303/01 procurou fortalecer o mercado de capitais brasileiro e o próprio desenvolvimento econômico nacional. Esse ambiente propício à segurança dos investidores e ao maior controle da persecução pelos administradores dos fins sociais, ainda que em detrimento dos interesses particulares, poderia ser comprometido pela possibilidade de destituição dos membros do Conselho de Administração.

A Lei de Sociedades Anônimas, em seu artigo 122, garante à assembleia geral de acionistas poderes para destituir os membros do Conselho de Administração a qualquer tempo.

A expressão “a qualquer tempo” é interpretada pela doutrina de forma a caracterizar essa destituição como “ad nutum”<sup>33</sup>. Pela interpretação doutrinária, a rescisão

---

Em 1976, a Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer assegurou a participação paritária dos trabalhadores nos Conselhos de Supervisão de sociedades com mais de 2.000 empregados (A. A. SILVA, *Co-gestão no estabelecimento e na empresa*, op. cit., pp. 112/114).

<sup>32</sup> Ainda que eleito por deliberação em separado dos trabalhadores, o contrato de administração celebrado com o eleito para o desempenho de suas funções é realizado pela própria sociedade. A eleição em separado por acionistas minoritários, preferencialistas ou pelos trabalhadores revela-se como quórum especial de deliberação de um órgão da pessoa jurídica, que declarará sua vontade perante o terceiro eleito para que esse aceite preencher o órgão social.

Não se justifica a interpretação de que a eleição pelos trabalhadores de um dos membros do Conselho se caracterizaria como contrato a favor de terceiro, pois a comissão não poderia ser considerada órgão da sociedade (L. B. CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 757).

Os órgãos da pessoa jurídica poderão ser integrados por terceiros que não os acionistas, como pode ocorrer com os diretores, membros do Conselho de Administração ou do Conselho Fiscal, bem como o estatuto pode criar outros órgãos, desde que não subtraíam funções exclusivas dos administradores. A previsão estatutária, assim, permite que o órgão social seja integrado pelos trabalhadores, os quais, em deliberação em separado, emitirão como órgão a vontade da companhia para a celebração do contrato de administração com o indivíduo por eles eleito.

<sup>33</sup> Para M. CARVALHOSA, “essa prerrogativa de revogação sem motivo vem, com efeito, da concepção contratualista da sociedade, em que se considerava o administrador mandatário dela, sendo, portanto, o mandato revogável a qualquer tempo” (M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. II e III, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 80).

do contrato dos administradores pela companhia independe de justa causa e não gera qualquer direito de indenização ao destituído<sup>34</sup>.

Além de não exigir justificativa ou de não gerar qualquer indenização, o art. 129, da Lei 6.404/76, estabelece que as deliberações da assembleia geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria de votos. A regra permite que o controlador destitua livremente o administrador que atue em desacordo com os seus interesses particulares, ainda que em detrimento do melhor interesse social<sup>35</sup>.

## 2.1 - Destituição do administrador eleito por voto múltiplo

Para que o controlador não abuse de seu poder para destituir livremente administrador eleito pelos acionistas minoritários, simplesmente por contrariar seus interesses pessoais, a Lei societária estabeleceu regras específicas de destituição.

A destituição do administrador eleito por voto múltiplo submete-se à regra geral de destituição pela Assembleia. Ainda que o administrador tenha sido eleito pelo grupo de minoritários, foi eleito em assembleia geral em que não houve a distinção entre os diversos acionistas com direito de voto.

Se a eleição do conselheiro tiver ocorrido pelo processo de voto múltiplo, contudo, a destituição de qualquer membro do Conselho de Administração pela assembleia geral importará destituição de todos os demais membros. Ainda que a destituição pelo controlador do administrador eleito pelos minoritários seja possível, conforme a regra geral, o art. 141, § 3º, da Lei 6.404/76, mantém a possibilidade de representação proporcional de interesses no Conselho de Administração ao impor a destituição de todos os demais membros e permitir nova eleição pelo voto múltiplo<sup>36</sup>.

## 2.2 - Destituição do administrador eleito por votação em separado

A regra geral de destituição por maioria de votos dos membros presentes na assembleia geral também é excepcionada na hipótese de eleição por deliberação em separado.

<sup>34</sup> H. M. D. VERÇOSA, *Curso de direito comercial*, v. III, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 448. Para M. CARVALHOSA, “pode ele ser destituído, sem alegação de motivos, pela assembleia geral, a qualquer tempo” (M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, p. 81). Para M. CARVALHOSA, “além de desnecessária, a justificativa para destituição de conselheiro eleito pelos controladores pode ser inconveniente. A justificativa do ato de destituição deliberado em assembleia geral pode, com efeito, gerar fundamento para eventuais pedidos de indenização por perdas e danos por parte do conselheiro atingido” (M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, pp. 81 e 82).

<sup>35</sup> Essa constatação foi apontada por A. B. A MARGONI e S. A. SILVEIRA. Para as autoras, “em sociedades de controle concentrado, este mecanismo acaba sendo mais um artifício para que o acionista controlador tenha a administração da companhia sob sua influência, na medida em que o membro do Conselho que, por qualquer motivo, atue em desacordo com os interesses do controlador (ainda que no interesse da companhia), pode ser sumariamente removido de seu cargo” (A. B. A MARGONI e S. A. SILVEIRA, *A administração das sociedades anônimas*, in *Direito societário contemporâneo I* (Erasmus V. A. e Novaes França coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 331-358, p. 346).

<sup>36</sup> Na lição de M. CARVALHOSA, “perderão os demais conselheiros o seu mandato no mesmo ato de destituição do companheiro, não podendo, em consequência, deliberar a partir daí sobre qualquer matéria de competência desse órgão. Isso porque o fundamento da norma é exatamente o de impedir que a assembleia geral, pelo voto dos controladores, obstrua e invalide mediante a destituição dos representantes minoritários, a representação proporcional obtida pelo regime de voto múltiplo” (M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, p. 141).

Aos minoritários de companhias abertas e aos titulares de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito é atribuído o poder de destituir “ad nutum” os administradores por eles eleitos, o que se fará por deliberação em separado, sem a presença do acionista controlador, nos termos do art. 141, § 4º, da Lei das S.A.

A ausência da presença do controlador para a deliberação de destituição procura assegurar a efetividade do direito de participação dos órgãos administrativos conferido aos minoritários e preferencialistas. A restrição ao controlador impede que este substitua o representante desses grupos por não tutelar ou contrariar seu interesse pessoal.

Ainda que não prevista no art. 140, parágrafo único, essa regra especial de destituição deve ser aplicada, por analogia, também aos membros do Conselho de Administração eleitos pelos empregados<sup>37</sup>.

O poder de eleição deve ter como correlato o poder de destituir atribuído aos mesmos agentes. Isso porque o direito atribuído aos grupos minoritários, preferencialistas e aos empregados não é apenas o direito de eleger, mas o direito de possuir um representante no Conselho de Administração. Esse direito pressupõe, nesses termos, não apenas a escolha da pessoa, mas o direito de investi-la no cargo e de conservá-la durante o seu mandato<sup>38</sup>.

A possibilidade de destituição “ad nutum” pelos controladores em Assembleia Geral desses representantes dos empregados, assim como dos representantes dos minoritários ou preferencialistas, tornaria esse direito de participação na administração sem qualquer eficácia. A contrariedade aos interesses do controlador poderia implicar a destituição do administrador eleito por esses grupos e exigiria que esses elegeassem representante alinhado aos interesses daquele, sob pena de nova destituição.

### 2.3 - Destituição por violação aos deveres

A garantia de manutenção de seus representantes no cargo de conselheiro de administração, embora deva ser protegida de eventual arbitrariedade do acionista controlador, não pode ser absoluta.

Na hipótese de violação aos deveres pelo administrador, a doutrina controverte se a deliberação em separado dos minoritários, preferencialistas ou trabalhadores, sem a presença do controlador, seria, nesse caso, o único modo de destituição dos administradores por eles eleitos, notadamente diante da inércia ou recusa dos referidos grupos.

Para uma primeira corrente doutrinária, o controlador não poderia, em nenhum caso, destituir o administrador eleito pela minoria, pelos preferencialistas ou pelos trabalhadores. A possibilidade de destituição tornaria ineficaz o direito conferido a estes grupos de eleger e também de destituir em separado seus representantes. Para essa

<sup>37</sup> Em sentido contrário, A. C. BRANCO: “o legislador é silente acerca da destituição do conselheiro eleito pelos empregados. Tal competência deverá ser da assembleia geral em consonância com as previsões legais constantes dos arts. 153 a 159 da LSA, que dispõem sobre os deveres e responsabilidades inerentes ao cargo de conselheiro” (*O conselho de administração nas sociedades anônimas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004, p. 36).

Também em sentido contrário, D. G. AFONSO, para quem “note-se que a lei nada menciona a respeito da destituição desse representante dos empregados. Deve-se entender, portanto, que cabe à assembleia geral destituir esse conselheiro” (D. G. AFONSO, *Parecer CVM de 16.4.2002, op. cit.*, p. 2014).

<sup>38</sup> L. S. LEÃO JR., *Direito das companhias* (Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira coord.), Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 1045.

concepção, os administradores somente poderiam ser destituídos pela mesma forma que foram eleitos, ou seja, por deliberação em separado, sem a presença do controlador<sup>39</sup>.

Corrente contraposta, por seu turno, defende que a assembleia geral poderia destituir o conselheiro eleito por votação em separado, desde que houvesse justa causa<sup>40</sup>.

Sobre essa questão, as legislações estrangeiras não disciplinam a matéria de modo idêntico<sup>41</sup>. No Brasil, o art. 159, § 2º, da Lei 6.404/76 estabelece que o administrador ficará impedido de exercer suas funções se houver a aprovação pela assembleia geral da propositura de ação de responsabilização pelos prejuízos causados ao patrimônio da companhia em razão da violação de deveres pelo administrador. Esse impedimento é um efeito da deliberação e exige a substituição do administrador por ocasião da própria assembleia que deliberou a propositura da ação de responsabilidade.

A exigência de substituição na própria assembleia permite a conclusão de que o impedimento é efeito da própria deliberação e não da propositura da ação em si. O administrador é substituído na deliberação para que possa promover a referida ação de responsabilidade, de modo que, ainda que a ação não seja proposta, o impedimento já ocorreu<sup>42</sup>.

Nessa hipótese, portanto, a destituição do conselheiro seria decorrente da possibilidade de responsabilização do administrador em face da companhia.

O dispositivo legal não faz qualquer distinção entre os administradores eleitos em assembleia geral ou em deliberação em separado. A limitação do impedimento a apenas os administradores eleitos pela assembleia geral não poderia subsistir.

Diante da omissão da minoria em destituir o administrador por deliberação em separado, não seria possível impor à maioria a manutenção de administrador sob qualquer circunstância. O administrador pode ter infringido seus deveres ou a lei, causando danos à companhia e prejudicado o desenvolvimento das atividades sociais. A conservação no cargo do administrador pela minoria, nessa situação, para simplesmente tutelar seus interesses, em detrimento do interesse social, revela abuso de direito e exige a tutela pelo direito pátrio.

<sup>39</sup> D. G. AFONSO, *Parecer CVM de 16.4.2002, op. cit.*, p. 210.

<sup>40</sup> M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, p. 82; M. V. ADAMEK, *Notas sobre a Cogestão da Empresa no direito brasileiro*, in *Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2013, pp. 362-363; L. S. LEÃO JR., *Direito das companhias, op. cit.*, p. 1045.

<sup>41</sup> O direito português regula a questão da destituição dos membros do conselho de administração no art. 403, do Código das Sociedades Comerciais. Pelo dispositivo, qualquer membro do conselho de administração pode ser destituído por deliberação da assembleia geral, em qualquer momento. Entretanto, na hipótese de destituição sem justa causa, consistente na violação dos deveres e na inaptidão para o exercício das funções, do administrador eleito pelos grupos minoritários, a destituição não produzirá quaisquer efeitos se contra ela tiverem votado acionistas que representem, pelo menos, 20% do capital social. Em comentário ao dispositivo, A. M. CORDEIRO explica que “os administradores eleitos ao abrigo das regras especiais do 392 não são destituídos sem justa causa se, contra a destituição, tiverem votado acionistas que representem, pelo menos, 20% do capital social. De outro modo, ficaria sem base o administrador das minorias” (*Código das sociedades comerciais anotado*, Coimbra, ed. Almedina, 2011, p. 1070). Por justa causa, nesses termos, ainda que houvesse oposição de 20% dos acionistas, o controlador poderia destituir os representantes dos minoritários na administração.

A Lei francesa, de 24 de julho de 1966, estabelece que os membros do Conselho de Vigilância podem ser revogados em qualquer momento pela assembleia geral ordinária (art. 134, al. 2). Pela legislação francesa, a revogabilidade dos conselheiros é “ad nutum”, não exige qualquer justificativa.

<sup>42</sup> M. V. ADAMEK, *Responsabilidade civil dos administradores de S.A. e as ações correlatas*, 1ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010, p. 347; N. EIZIRIK, *Aspectos modernos do direito societário*, Rio de Janeiro, Renovar, 1992, p. 76.

Como efeito da deliberação e não da propositura, a ação social ut singuli não acarreta o impedimento do administrador. Além da hipótese de deliberação positiva e inércia da propositura por prazo superior a três meses da assembleia geral, a ação social ut singuli poderá ser proposta por acionistas que representem ao menos 5% do capital social, na hipótese de deliberação negativa (art. 159, §§ 3 e 4).

Para evitar que maiores prejuízos à atividade social sejam causados com a manutenção do infrator no cargo, os administradores eleitos pela minoria poderiam ser destituídos pelos controladores, desde que tivessem agido com infração à lei ou aos deveres impostos pelo estatuto.

Nessa hipótese excepcional, a destituição não seria “ad nutum”. O controlador poderia apenas destituir os representantes se houvesse deliberação para representação de responsabilidade civil destes. Essa destituição exigiria, assim, justa causa; exigiria justificativa de violação dos deveres do administrador ou infringência da lei<sup>43</sup>.

### 3 - Conclusão

Os objetivos de maior transparência das decisões administrativas, seu controle e participação dos diversos grupos de interesses envolvidos com a atividade da companhia motivaram os legisladores de 1976 e, posteriormente, de 2001, a fomentarem uma composição heterogênea do novo órgão administrativo criado. As formas especiais de eleição, correspondentes à previsão de sistemas de voto múltiplo ou de deliberações em separado pelos grupos de interesses relevantes, entretanto, apenas lograrão os objetivos pretendidos se forem complementadas por um sistema adequado de destituição dos conselheiros.

A regra geral de destituição “ad nutum” dos conselheiros de administração pela assembleia geral, nesse particular, deve sofrer interpretação restritiva. Sua aplicação deve ocorrer apenas nas hipóteses de eleição dos conselheiros por deliberação da assembleia geral com a presença do controlador, ainda que a votação ocorra por meio do sistema de voto múltiplo.

Essa regra geral de destituição é inaplicável para os administradores eleitos por votação em separado dos acionistas minoritários, preferencialistas ou dos trabalhadores. Como o direito de possuir um representante no órgão administrativo deve ser composto pelo direito de escolher a pessoa, mas também pelo direito de conservar o eleito no cargo durante o mandato, a destituição “ad nutum” dos representantes apenas poderia ocorrer por nova deliberação em separado do particular grupo, sem a presença do controlador.

Esse direito de conservação de seus representantes no Conselho, todavia, não é absoluto. O abuso do grupo minoritário em manter no cargo administrador desidioso garante ao acionista controlador, mediante deliberação em assembleia geral, o poder de destituir referido administrador.

Essa destituição, contudo, deverá ser motivada. Exige-se que o contrato de administração seja rescindido em razão de infração à lei ou de violação dos deveres funcio-

---

<sup>43</sup> O impedimento ocorre apenas para o administrador contra os quais a assembleia imputou a violação aos deveres e deliberou propor a ação de responsabilidade. A substituição, em regra, será apenas do referido administrador. Entretanto, na hipótese de voto múltiplo, para que a proporcionalidade da representação seja mantida, o impedimento de um dos conselheiros implicará a substituição de todos os demais. A destituição de todos os administradores permitirá nova eleição para todos os cargos e, mediante requerimento de voto múltiplo, os acionistas minoritários poderão novamente eleger um representante para o Conselho de Administração.

Como a destituição por justa causa ocorreu apenas em face de um dos conselheiros, embora os demais também tenham sido destituídos para permitir nova eleição pelo sistema do voto múltiplo, nada impede que esses conselheiros novamente se candidatem ao órgão. O impedimento restringe-se ao administrador destituído por justa causa, o único, portanto, que não poderá novamente se candidatar.

nais pelo administrador, a ponto de a assembleia geral deliberar a propositura da ação de responsabilização pelos prejuízos causados ao patrimônio da companhia.

Apenas com essa disciplina da destituição, que assegura aos grupos minoritários uma proteção às arbitrariedades do controlador, embora não submeta este a eventuais abusos da minoria, será possível alcançar os objetivos pretendidos com a criação do Conselho de Administração e promover o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro.

## Bibliografia

ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Notas sobre a Cogestão da Empresa no direito brasileiro, in Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2013.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil dos administradores de S.A. e as ações correlatas*, 1ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010.

AFONSO, Daniela Gomes. *Parecer CVM de 16.4.2002: Critérios para a eleição de membros do conselho de administração de S/A aberta, após a lei 10.303/2001*, in *Revista de Direito Mercantil*, n. 126, São Paulo, Malheiros, 2002.

BARRETO FILHO, Oscar. *Estrutura administrativa das sociedades anônimas*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial e Econômico*, n. 24, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976.

BRANCO, Adriano Castello. *O conselho de administração nas sociedades anônimas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004.

CAMARGO, João e BOCATER, Maria Isabel de P. *Conselho de Administração: seu funcionamento e participação de membros indicados por acionistas minoritários e preferencialistas*, in *Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei n. 10.303, de 31.10.2001* (Jorge Lobo coord.), Rio de Janeiro, Forense, 2002.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. II e III, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Código das sociedades comerciais anotado*, Coimbra, ed. Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito Europeu das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2005.

CORREIA, Luis Brito. *Os administradores de sociedades anônimas*, Coimbra, Almedina, 1993.

DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, de 20 de abril de 2000.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, v. II, São Paulo, Quartier Latin, 2011.

\_\_\_\_\_. *Aspectos modernos do direito societário*, Rio de Janeiro, Renovar, 1992.

FAMA, Eugene F. e JENSEN, Michael C. *Separation of ownership and control*, in *Journal of Law & Economics*, v. XXVI, 1983, <http://ssrn.com/abstract=94034>.

HAMILTON, Robert W. *Corporations*, 4ª ed., St. Paul, West Publishing, 1997.

LAMY FILHO, Alfredo. *A Reforma da Lei de Sociedades Anônimas (Seminário)*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972.

LEÃO JR., Luciano de Souza. *Direito das companhias* (Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira coord.), Rio de Janeiro, Forense, 2009.

MARGONI, Anna Beatriz Alves e SILVEIRA, Susana. *A administração das sociedades anônimas*, in *Direito societário contemporâneo I* (Erasmio V. A. e Novaes França coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2009.

MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010.

PARENTE, Norma Jonssen. *Eleição de membros do Conselho de Administração pelos acionistas minoritários*, in *Revista de Direito Mercantil*, n. 131, São Paulo, Malheiros, 2003.

REQUIÃO, Rubens. *Aspectos Modernos do Direito Comercial*, 2º v., São Paulo, Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial*, v. II, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

SILVA, A. A. *Co-gestão no estabelecimento e na empresa*, São Paulo, LTR, 1991.

SOUSA, Pedro Oliva Marcílio de. *Eleição de membros do conselho de administração pelos acionistas minoritários*, in *Revista de Direito Mercantil*, n. 126, São Paulo, Malheiros, 2002.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O conselho de administração na sociedade anônima*, São Paulo, Atlas, 1997.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*, v. III, São Paulo, Malheiros, 2008.



# Exclusão e retirada de sócios na sociedade Ltda.

**Luiz Fernando Silva Oliveira**  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Conceito. 3. Histórico. 4. A diferença entre exclusão de sócio e dissolução parcial de sociedade. 5. Teorias da Exclusão de Sócios. 6. Fundamentos para a exclusão do sócio na sociedade limitada. 7. A impossibilidade da utilização da quebra da *affectio societatis* como fundamento para a exclusão do sócio e para o exercício do direito de retirada nas sociedades limitadas. 8. A importância da sentença líquida nos processos de exclusão e de exercício do direito de retirada. 9. Conclusões. 10. Bibliografia.

## 1. Introdução

O dia a dia forense é marcado por disputas envolvendo problemas nas sociedades empresárias, tais como disputa pelo controle acionário, contendas entre acionistas majoritários e minoritários, descontentamentos dos membros das sociedades que não conseguiram ver suas posições sendo acatadas em assembleias ordinárias e uma infinidade de celeumas decorrentes da luta pelo poder nas corporações.

Muitas das desavenças resultam em ajuizamento de ações da sociedade empresária e seus sócios para excluírem um dos sócios, ou em ações movidas por um sócio para desligar-se da sociedade. Em qualquer dos casos, antes do ajuizamento da ação judicial ocorrem muitos atritos, quase sempre resultantes da disputa pelo poder dentro da sociedade.

A resolução parcial de sociedade atualmente é medida cabível em casos de sociedades empresárias cujo tempo de duração é indeterminado, porque não é possível excluir sócio ou dissolver parcialmente a sociedade por tempo determinado.

## 2. Histórico

O Código Comercial, Lei 556, de 25 de julho de 1850, arts. 295 e 335 previa a possibilidade de dissolução pela quebra da própria sociedade ou de algum dos sócios, ou por mútuo consenso de todos os sócios, ou pela morte de um dos sócios, salvo convenção em contrário a respeito dos que sobrevivessem, e também a dissolução pela pura e simples vontade de um dos sócios. No art. 336, o Código Comercial dispunha sobre a dissolução das sociedades por tempo determinado, quando tornava-se impossível a continuidade da sociedade por não preencher o intuito e fim social, ou por inabilidade de alguns dos sócios, ou incapacidade moral ou civil, julgada por sentença, e ainda, por abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais, ou fuga de algum dos sócios.

O Código Comercial de 1850 não contemplava a figura da sociedade limitada, que posteriormente foi regulada pelo Decreto 3.708, de 10 de janeiro de 1919, cujo art. 15 facultava aos sócios que divergissem da alteração do contrato social a retirada da sociedade e no mais, remetia ao Código Comercial para regular as disposições gerais da sociedade limitada.

Ao tratar das sociedades anônimas, o diploma de 1850 prescrevia que as companhias somente poderiam ser dissolvidas quando expirasse o prazo de duração, ou por quebra, ou quando não pudessem preencher o intuito ou fim social. A partir de 1976, com o advento da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, o ordenamento jurídico dispôs expressamente sobre a dissolução da companhia pelo término do prazo de sua duração, nos casos expressamente previstos no estatuto social; por deliberação da assembleia geral em razão da dissolução da companhia ou do estado de liquidação; pela existência de um único acionista, verificada em assembleia geral, quando a reconstituição não fosse realizada até a data da assembleia geral do ano seguinte; no caso de extinção da autorização para funcionar; por decisão judicial: quando anulada a constituição, quando não puder preencher o fim social, em caso de falência, ou por decisão da autoridade administrativa competente na forma prevista em lei especial.

O Código Civil de 2002 revogou o Código Comercial de 1850 e o art. 1.053 do novo diploma regulou a forma de dissolução da sociedade limitada, especificando que a resolução em relação a um sócio pode ocorrer quando o sócio colocar em risco a continuidade da empresa, desde que prevista no contrato a exclusão por justa causa. E no art. 1.029 o Código Civil permitiu a dissolução parcial pela retirada de sócio, sem necessidade de justa causa, nas sociedades de prazo indeterminado, e mediante prova de justa causa, nas sociedades de prazo determinado.

Quanto à sociedade anônima fechada, a Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, continua em vigor, com as regras nela previstas.

### 3. Conceito

A exclusão do sócio é um instituto que trata do afastamento do sócio da sociedade empresária independentemente de sua vontade. É uma medida adotada pela sociedade para proteger o interesse social em benefício da preservação da empresa, da geração de empregos, da geração de riqueza, da manutenção da arrecadação tributária, que em última análise, resulta na diminuição dos índices de violência, pois havendo crescimento econômico, há o aumento do poder de compra da população, e por consequência, diminui a quantidade de pessoas que ousam infringir a lei para a aquisição de seus objetos de desejo.

A doutrina conceitua a exclusão do sócio como “despedida compulsória”, afirmando que “A exclusão de sócios abrange todas as formas de afastamento ou eliminação do sócio independentemente de sua vontade. Consiste na despedida compulsória do sócio que esteja prejudicando o interesse social. Trata-se de uma das modalidades de resolução da sociedade em relação ao sócio. Contudo, não deve ser confundida com as demais modalidades de resolução, como a dissolução parcial em sentido estrito (solução dada

pela jurisprudência às situações em que um dos sócios desejava a dissolução total da sociedade), a morte de sócio ou mesmo a sua despedida voluntária.”<sup>1</sup>

Exceto em caso de previsão contratual, a exclusão do sócio não pode ocorrer pela simples vontade dos demais sócios, porque não existe tal possibilidade no ordenamento jurídico, e o Código Civil, art. 1.030<sup>2</sup> é expresso ao permitir a exclusão do sócio somente por falta grave ou incapacidade superveniente. O mesmo diploma, art. 44, parágrafo segundo<sup>3</sup>, determina a aplicação subsidiária das disposições relativas às associações ao direito de empresa, e o art. 57<sup>4</sup> do Código Civil, ao regular a exclusão de membro de associação, veda a exclusão sem justa causa.

Seguindo as disposições legais, a doutrina sustenta que “O instituto da exclusão de sócio busca preservar o interesse social e a empresa, dependendo sempre da existência da justa causa motivadora da exclusão, ou seja, de uma conduta de sócio que esteja prejudicando a consecução do escopo comum.”<sup>5</sup>

Portanto, a exclusão de sócio consiste em excluir o sócio do quadro social, contra a sua vontade, em razão de comportamento contrário aos interesses da sociedade.

#### 4. Diferença entre exclusão e dissolução parcial

A doutrina majoritária entende que o termo “dissolução parcial” é usado tanto para a exclusão de sócio quanto para a ação movida por sócio para retirar-se da sociedade empresária, afirmando que “O CC disciplina a exclusão do sócio como causa da dissolução parcial da sociedade, além do recesso (artigo 1.077), vontade individual do sócio na sociedade por prazo indeterminado e justa causa por prazo determinado (artigo 1.029), falecimento do sócio (artigo 1.028) e liquidação da quota a pedido do credor (artigo 1.026, parágrafo único).”<sup>6</sup>

O Tribunal de Justiça de São Paulo, pelas duas Câmaras de Direito Empresarial, adota o mesmo entendimento, considerando ação de dissolução parcial tanto a medida judicial ajuizada pela sociedade empresária para a exclusão de sócio quanto ação manejada por sócio para retirar-se da sociedade. A propósito, Agravo de Instrumento de relatoria do Desembargador José Reynaldo<sup>7</sup>, em julgamento de ação de exclusão de sócio denominando-a dissolução parcial de sociedade; Apelação de relatoria do Desembargador Francisco Loureiro<sup>8</sup>, em julgamento de ação de exclusão de sócio, considerando dissolu-

<sup>1</sup> José Marcelo Martins Proença, *A Exclusão de Sócio nas Sociedades Limitadas - in Tipos Societários*, Saraiva 2010, Série GVlaw, págs. 176/177.

<sup>2</sup> CC art. 1.030: “*Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.*”

<sup>3</sup> CC Art. 44, par. 2º: “*As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código.*”

<sup>4</sup> CC art. 57: “*A exclusão de associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.*”

<sup>5</sup> José Marcelo Martins Proença, *A Exclusão de Sócio nas Sociedades Limitadas - in Tipos Societários*, Saraiva 2010, Série GVlaw, pág. 177.

<sup>6</sup> Márcio Tadeu Guimarães Nunes, *Dissolução Parcial, Exclusão de Sócio e Apuração de Haveres nas Sociedades Limitadas*, Quartier Latin 2010, pág. 119.

<sup>7</sup> AI 2027516-73.2014.8.26.0000 - 2ª Câmara de Direito Empresarial.

<sup>8</sup> Ap. 1003295-34.2014.8.26.0003 - 1ª Câmara de Direito Empresarial.

ção parcial de sociedade; Agravo de Instrumento de relatoria do Desembargador Ricardo Negrão<sup>9</sup> denominando ação de dissolução parcial a tutela judicial para exclusão de sócio; Agravo de Instrumento de relatoria do Desembargador Teixeira Leite<sup>10</sup> denominando ação de dissolução parcial a medida intentada pelo sócio retirante; e Agravo de Instrumento de relatoria do Desembargador Francisco Loureiro<sup>11</sup> quando denominou ação de dissolução parcial a medida judicial movida pelo sócio para retirar-se da sociedade.

A doutrina simplesmente seguiu o que está na própria lei, porque o Código Civil, nos artigos 1.028, 1.029, 1.033, 1.034 e 1.035 menciona “dissolução” da sociedade, assim como a Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, no artigo 206 utiliza o termo “dissolução”.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial funda-se no resultado final da resolução parcial, porque quando a sociedade empresária ajuíza ação de exclusão de sócio ou acionista, a procedência da pretensão deduzida em juízo resulta na diminuição do quadro societário, o que significa uma dissolução parcial da sociedade, com os efeitos previstos em lei, possibilitando a execução de valores reconhecidos na sentença em favor da sociedade. No caso de ação intentada pelo sócio ou acionista pretendendo retirar-se da sociedade, a procedência da pretensão fixará o direito do retirante de receber valores a que tiver direito, geralmente a serem apurados em liquidação de sentença para apurar os haveres.

Como o processo é prático e não teórico, o Poder Judiciário adota a posição da própria lei, até para evitar discussões acadêmicas, e porque no processo judicial o importante é o resultado buscado pelas partes e a efetividade da prestação jurisdicional. No ajuizamento da ação, os advogados denominam ação de dissolução parcial tanto para a pretensão de exclusão de sócio quanto para a pretensão do sócio de retirar-se da sociedade e o Poder Judiciário, geralmente, expede os provimentos judiciais com a mesma denominação dada pelo advogado à ação, o que não resulta em qualquer prejuízo ao processo.

Entretanto, há entendimento doutrinário que faz distinção entre exclusão e dissolução parcial, afirmando que “Algumas legislações, como a italiana, a espanhola e o novo Código Civil brasileiro mencionam a exclusão como dissolução da relação social limitada a um sócio. A jurisprudência brasileira firma o uso da expressão dissolução parcial. No entanto, exclusão e dissolução parcial são institutos distintos. Quando muito, a exclusão do sócio é causa de dissolução parcial.”<sup>12</sup>

O posicionamento doutrinário divergente sustenta que a exclusão de sócio não resulta na dissolução parcial da sociedade, porque a exclusão tem por finalidade a preservação da sociedade empresária e não sua dissolução parcial. A doutrina divergente traduz que “a exclusão de sócio não deve gerar a dissolução da sociedade, sendo impróprio associar o conceito de exclusão de sócio ao de dissolução de sociedade, mesmo parcialmente. Enquanto a dissolução põe término à sociedade, a exclusão objetiva a preservação da sociedade e da empresa por ela exercida. Uma demonstração da diferença entre exclusão de sócio e dissolução da sociedade encontra-se na possibilidade de exclusão na sociedade com dois sócios, pois a continuidade da sociedade com apenas um sócio, mesmo temporariamente, indica o interesse da preservação da empresa e ser protegido.”<sup>13</sup>

<sup>9</sup> AI 2036606-08.2014.8.26.0000 - 2ª Câmara de Direito Empresarial.

<sup>10</sup> AI 2094992-31.2014.8.26.0000 - 1ª Câmara de Direito Empresarial.

<sup>11</sup> AI 2077812-02.2014.8.26.0000 - 1ª Câmara de Direito Empresarial.

<sup>12</sup> Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão de Sócios nas Sociedades Anônimas*, Quartier Latin, 2005, pág. 103.

<sup>13</sup> Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão de Sócios nas Sociedades Anônimas*, Quartier Latin, 2005, pág. 104.

Apesar de a exclusão de sócio ou acionista resultar na dissolução parcial da sociedade, diminuindo a quantidade de membros do quadro societário, e de o Código Civil e a Lei de Sociedades Anônimas adotarem a nomenclatura “dissolução”, no presente trabalho, para diferenciar os institutos “exclusão de sócio” e “retirada do sócio”, adotamos a nomenclatura “exclusão de sócio” ou “exclusão de acionista” para o caso de a sociedade empresária agir para excluir o sócio do quadro societário, e em se tratando de medida judicial ajuizada para excluir o sócio, adotamos a nomenclatura ação de exclusão de sócio ou ação de exclusão de acionista. E tratamos como dissolução parcial, a pretensão do sócio ou acionista de retirar-se da sociedade, e no caso de medida judicial ajuizada, adotamos o termo ação de dissolução parcial.

## 5. Teorias da exclusão de sócio

As teorias mais conhecidas acerca da exclusão dos sócios são três: teoria do poder corporativo disciplinar; teoria da disciplina taxativa legal e teoria contratualista.

### 5.1. Teoria do poder corporativo disciplinar

Para a teoria do poder corporativo disciplinar, a exclusão do sócio é fundada na soberania do estatuto ou contrato social. Segundo a doutrina, “A teoria do poder corporativo disciplinar (ou teoria institucional ou teoria cultural, como também são conhecidas) baseia-se na soberania estatutária para justificar a exclusão. De acordo com ela, a sociedade é um ente com poder disciplinar próprio. Considerando que a sociedade é um ente diverso da figura dos seus sócios, possuindo natureza institucional e não contratual, a ela não se aplica a teoria geral de resolução de contratos, ficando a exclusão representada pelo exercício do poder disciplinar da sociedade, aproximando-se do poder de polícia da administração pública.”<sup>14</sup>

Para José Marcelo Martins Proença, “As críticas à referida teoria repousam no argumento de que não há relação de supremacia ou hierarquia na relação entre a sociedade e os sócios, ou seja, diferentemente do poder de polícia, o instituto da exclusão tem a finalidade de proteger a sociedade, e não o interesse de excluir, podendo optar ou não pela exclusão, conforme lhe for mais conveniente, enquanto o Estado possui o poder-dever de exercer o poder de polícia.”<sup>15</sup>

Ao discorrer sobre a teoria do poder corporativo disciplinar, a doutrina afirma que “Se o associado tem por dever ou função trabalhar colaborar com o escopo social, não pode ser obstáculo à consecução dos fins sociais. O predomínio da sociedade sobre os sócios, inclusive com o poder de exclusão, permite instaurar a disciplina dos sócios, fazendo com que eles cumpram seus deveres e respeitem o ente coletivo.”<sup>16</sup>

<sup>14</sup> José Marcelo Martins Proença, *A Exclusão de Sócios nas Sociedades Limitadas*, in *Tipos Societários*, Saraiva, Série GVlaw, pág. 181.

<sup>15</sup> José Marcelo Martins Proença, *A Exclusão de Sócios nas Sociedades Limitadas*, in *Tipos Societários*, Saraiva, Série GVlaw, pág. 182.

<sup>16</sup> Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão de Sócios nas Sociedades Anônimas*, Quartier Latin, 2005, pág. 136.

São muitas as críticas à teoria do poder corporativo disciplinar, sob o argumento de que não há como aplicar no direito societário o raciocínio próprio do direito administrativo acerca do poder de império do Estado, a ponto de a exclusão não estar sujeita ao controle do Poder Judiciário, pois “Não bastasse o exposto, deve-se salientar que não se sustenta referida teoria em razão de que, segunda ela, o mérito da exclusão, por se tratar do exercício de um poder de império, não estaria sujeito à apreciação pelo Poder Judiciário. Contudo, deve-se assegurar ao sócio excluído, em qualquer hipótese, o direito de recorrer ao Judiciário para o seu controle, inclusive do mérito da exclusão, de forma a coibir eventuais abusos praticados pelos demais sócios.”<sup>17</sup>

Apesar das críticas, entendemos que a teoria do poder corporativo disciplinar pode ser adotada para explicar o instituto da exclusão dos sócios, porque não há incompatibilidade na sua aplicação em raciocínio semelhante ao aplicado no direito público.

O fato é que a alegada discricionariedade existente no direito administrativo, que a doutrina comercialista toma com base para criticar a teoria do poder corporativo disciplinar, não é absoluta, e hodiernamente a discricionariedade não é uma cláusula aberta para o administrador público agir como bem entender, a ponto de interpretação semelhante ser incabível no Direito Comercial para fundamentar a exclusão do sócio.

No direito administrativo, o ato administrativo contém cinco requisitos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto, e há entendimento de que a estes cinco requisitos, inclui-se o sexto, a causa.<sup>18</sup>

É unânime o entendimento de que os requisitos da competência, finalidade e forma são vinculados, e antigamente, falava-se que o motivo e o objeto eram discricionários, todavia, atualmente o direito administrativo evoluiu para o entendimento de que não existe discricionariedade, e sim graus diversos de vinculação. “O direito administrativo certamente não corresponde à exceção ao processo de constitucionalização do Direito. Seus princípios estruturantes começam a experimentar maiores reflexões críticas, suas teorias e paradigmas passam por um processo de reformulação na busca por consolidar uma harmonia com a atual dogmática estabelecida pela Constituição de 1988. Oriundo dessa nova postura científica de neoconstitucionalismo, o conceito de discricionariedade também começa a experimentar graus de alteração, saindo da ideia de liberdade e subjetivismo para a noção de obrigatoriedade de consonância entre a motivação do ato e os postulados estruturantes da Constituição Federal, manifestando-se na ideia de juridicidade administrativa. Logo, a emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.”<sup>19</sup>

Nessa medida, ainda que o ato administrativo seja discricionário, ele deve estar vinculado à lei, o que significa que no direito societário o instituto da exclusão do sócio pode ser estruturado de acordo com a teoria do poder corporativo disciplinar, adaptada

<sup>17</sup> José Marcelo Martins Proença, *A Exclusão de Sócios nas Sociedades Limitadas*, in *Tipos Societários*, Saraiva, Série GVlaw, pág. 182.

<sup>18</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 1998, Malheiros.

<sup>19</sup> Saulo Nunes de Carvalho Almeida e Luis Otávio Franco Martins, *Linhas Fundamentais acerca da Relativização e Transformação dos Paradigmas da Discricionariedade Administrativa*, SÍNTESE SAGE, 12 de junho de 2012, fazendo referência a BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 39.

ao modelo atual do ato administrativo e também ao ato de império, pois nenhum ato do administrador público atualmente fica excluído da apreciação do Poder Judiciário.

Hodiernamente, até os defensores da discricionariedade sustentam que o ato administrativo deve ser analisado pelo Poder Judiciário, inclusive com relação ao motivo e ao objeto, os quais devem ser examinados à luz do princípio constitucional da proporcionalidade, ou seja, o ato administrativo não está excluído da apreciação do Poder Judiciário.

Da mesma forma, o ato de império não está excluído do exame judicial, a exemplo dos planos econômicos levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal, entre outros. Consequentemente, não é o caso de repudiar a teoria do poder corporativo disciplinar ao fundamento de que a exclusão do sócio pode ser controlada pelo Poder Judiciário e o ato de império não pode, pois ambos, tanto este (ato administrativo e ato de império) podem e devem ser controlados pelo Judiciário, assim como a exclusão do sócio.

O fato de a exclusão do sócio não ser, necessariamente, feita por meio de ação judicial não é fundamento para rejeitar a teoria do poder corporativo disciplinar, porque a regra deve ser, sempre e sempre, que as controvérsias societárias sejam resolvidas internamente, no seio da sociedade, pela Assembleia Geral. No caso, o sócio que se sentir prejudicado poderá acionar o Poder Judiciário, sendo desarrazoado querer que a sociedade empresária judicialize, ela própria, toda e qualquer controvérsia contra sócios, pois se assim fosse, a Assembleia Geral seria um órgão meramente emissor de pareceres, já que as deliberações da Assembleia Geral simplesmente seriam pressuposto para o ajuizamento da ação para o Judiciário decidir o que a Assembleia deliberou.

Um outro argumento contrário à teoria é o de que no direito societário, diferente do que ocorre no direito administrativo, não há supremacia ou hierarquia da sociedade sobre os sócios.

Entendemos que todos os sócios estão vinculados aos interesses da sociedade e a ela devem se curvar, abrindo mão de interesses pessoais, em benefício do interesse social.

Da mesma forma que pelo contrato social, o homem abriu mão de sua liberdade em nome do Estado, o qual regula a vida em sociedade, no direito societário o sócio vincula-se à sociedade, não podendo agir contra os interesses sociais, e relativamente a estes, a sociedade exerce supremacia sobre o sócio, tanto que se o sócio fizer concorrência com a sociedade poderá ser excluído do quadro societário.

Portanto, respeitadas as posições em contrário, entendemos que não há incompatibilidade na adoção da teoria do poder corporativo disciplinar para fundamentar a exclusão de sócio.

## **5.2. Teoria da disciplina taxativa legal**

A referida teoria sustenta que a exclusão do sócio é uma punição, e por isso os fatos permissivos da exclusão devem estar taxativamente previstos no estatuto, na lei, ou no contrato social.

Para a doutrina, “De acordo com a teoria da disciplina taxativa legal, a exclusão de sócio surgiu em razão de interesse econômico e público na conservação da empresa. Ademais, a exclusão do sócio teria um caráter penal, devendo ser prevista legal ou estatutariamente, servindo de punição ao sócio que deixasse de cumprir com algu-



ma obrigação em relação à sociedade. Trata-se, então, de hipótese de caráter penal, restritivo e excepcional, sendo restrita aos casos expressamente previstos em lei, em *numerus clausus*.<sup>20</sup>

O direito penal é espécie do gênero *direito sancionador*, e entendemos que não se deve fazer comparação de institutos de direito sancionador, no caso direito penal, com ramos do direito que não têm objetivo sancionatório, principalmente o direito penal, que é *ultima ratio*, ou seja, é aplicado em último caso, quando outras medidas jurídicas tornam-se insuficientes para resolver conflitos. O direito penal é instituto de controle social, que não guarda relação com o direito comercial, e os desacertos comuns ao direito comercial não podem ser tratados de forma semelhante a um direito *ultima ratio*, porque a taxatividade do direito penal é incompatível com qualquer outro ramo do direito.

Em se tratando de exclusão de sócio, deve existir uma cláusula porosa a permitir que cada caso seja analisado em concreto, e esta cláusula porosa vem consubstanciada na justa causa, um instituto que permite avaliar se o comportamento do sócio, passivo ou ativo, é justa causa para a exclusão, porquanto, é nítida a incompatibilidade da teoria da disciplina taxativa legal como teoria para fundamentar a exclusão de sócio.

### 5.3. Teoria contratualista

É a teoria adotada pela maioria dos doutrinadores, entre eles, Dalmartello, Egberto Lacerda Teixeira, Rubens Requião, Fábio Comparato e Avelãs Nunes, e define, basicamente, que a exclusão do sócio é fundada na resolução por inadimplemento. Antônio José Avelãs Nunes, reportando-se a Aulleta, Il contrato, pág. 56 e ss. e Dalmartello, L'esclusione, p. 69, sustenta que “como uma via di mezzo entre as duas concepções atrás enunciadas (teoria do poder corporativo disciplinar e teoria da disciplina taxativa legal), outros escritores, ainda no domínio da legislação italiana anterior a 1942, reduziram o instituto da exclusão ao esquema da resolução por inadimplemento, temperados os seus princípios pelo princípio conservativo da empresa, expediente necessário para justificar que a resolução operasse apenas em face do sócio inadimplente, sobrevivendo a relação social entre os outros.”<sup>21</sup>

O autor português entende que para a teoria contratualista, a exclusão do sócio é extraída dos princípios gerais da resolução contratual, afirmando que “O Código Civil italiano de 1942 parece ter consagrado a idéia de que o fundamento da exclusão se deve ir buscar aos princípios gerais da resolução dos contratos. Nele se determina, efetivamente, que nos contratos com mais de duas partes em que as prestações de cada uma são dirigidas à realização de um escopo comum, o inadimplemento ou a impossibilidade superveniente da prestação de uma das partes não importam a resolução do contrato em face das restantes (arts. 1.420º, 1.459º e 1.466º).”<sup>22</sup>

<sup>20</sup> José Marcelo Martins Proença, *A Exclusão de Sócios nas Sociedades Limitadas*, in *Tipos Societários*, Saraiva, Série GVlaw, pág. 182.

<sup>21</sup> Antônio José Avelãs Nunes, *O Direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais*, Cultural Paulista, São Paulo, 2001, pág. 40.

<sup>22</sup> Antônio José Avelãs Nunes, *O Direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais*, Cultural Paulista, São Paulo, 2001, pág. 41.

A discussão que vem à tona com a teoria contratualista da exclusão de sócio é se porventura surgir uma situação ruínosa para a sociedade em razão da presença de um determinado sócio, e tal situação não estiver prevista no contrato como causa de exclusão.

Ao enfrentar a questão, António José Avelãs Nunes sustenta que isso não impossibilita a exclusão do sócio, porque não existe direito de permanecer na sociedade em prejuízo da corporação. Segundo o autor português, o direito não permite a permanência de um sócio nocivo à sociedade, tão somente pela falta de previsão contratual expressa da situação surgida, e que exige a exclusão como forma de preservação da empresa, porque se assim fosse, seria o ordenamento jurídico “a apoiar uma situação nítida de abuso de direito, situação que não pode merecer proteção jurídica, quer em face da sociedade, quer em face dos outros sócios que pretendem evitar a destruição da empresa social e do valor objetivo de organização que ela representa.”<sup>23</sup>

A solução de Avelãs Nunes é a de que em todos os contratos e estatutos de sociedades existe uma cláusula implícita que permite a exclusão do sócio quando sua presença for nociva aos negócios da sociedade sustentando que “podemos concluir que a exclusão do sócio justamente intolerável pode sempre considerar-se como a efectivação de uma cláusula do pacto: cláusula que os sócios expressamente fixaram; ou com que tacitamente concordaram; ou que deveria ter sido aceita, de acordo com a mais razoável interpretação dos interesses em jogo feita agora, dentro dos cânones da boa-fé contratual.”<sup>24</sup>

Apresentadas as teorias, a aplicação de uma ou outra será examinada ao analisar os fundamentos da exclusão de sócio, aplicando-se a teoria mais adequada ao caso, e até eventual cabimento da conjugação da teoria do poder corporativo disciplinar com a teoria contratualista, para a prevalência dos interesses da sociedade sobre os interesses do sócio, quando não há previsão expressa de exclusão em uma situação que está comprometendo a sociedade.

## 6. Fundamentos para a exclusão do sócio da sociedade limitada

Conforme já dissemos, a exclusão do sócio quando há expressa previsão no contrato social ou no estatuto não é tão complicada, bastando aplicar o que está pactuado. O problema surge quando a presença do sócio está comprometendo o desenvolvimento da atividade social e não há previsão de exclusão, ao menos naquele caso específico.

Para Avelãs Nunes, há em todos os contratos uma cláusula implícita de exclusão, em nome da boa-fé contratual. Entendemos perfeitamente cabível a convivência de cláusula implícita de exclusão em todos os contratos de sociedade para tornar possível a exclusão de sócio quando surgir situação que torne insuportável o exercício da empresa, porque em nome da preservação da empresa é possível a exclusão, uma vez que no conflito de interesses entre o sócio e a sociedade, deve prevalecer o interesse social. Por isso, em vez de dissolução total da sociedade, é possível, com supedâneo na cláusula implícita de exclusão de sócio, extirpar membro do quadro societário, assegurando-se a continuidade da atividade empresária.

<sup>23</sup> António José Avelãs Nunes, *O Direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais*, Cultural Paulista, São Paulo, 2001, pág. 65.

<sup>24</sup> António José Avelãs Nunes, *O Direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais*, Cultural Paulista, São Paulo, 2001, pág. 67.

Ao considerar a existência de cláusula implícita de exclusão, apesar de Avelãs Nunes defendê-la sustentando a teoria contratualista, entendemos que é uma conjugação da teoria do poder corporativo disciplinar com a teoria contratualista, em que os interesses sociais se sobrepõem aos interesses do sócio ou acionista.

Quando o comportamento do sócio, seja ativo, praticando atos que comprometam a boa governança ou o bom desempenho da sociedade, ou passivo, deixando de agir, omitindo-se e causando prejuízos à sociedade, a ponto de tornar insuportável sua presença no quadro social, ainda que não prevista a exclusão expressamente, é possível considerar a existência de cláusula implícita de exclusão, pois, entre a extinção da sociedade pela insuportabilidade da presença do sócio nocivo e a exclusão de sócio, esta é a medida saneadora do problema, e visa a preservação da empresa.

E ainda que a situação não seja tão ruim a ponto de tornar insuportável o exercício da empresa, uma das formas de manutenção da sociedade empresária é o seu crescimento, e por isso, quando a presença de um sócio puser em risco a expansão da atividade empresária, está presente o fundamento para a exclusão, ou seja, a cláusula implícita da exclusão do sócio, fundada no princípio da boa-fé contratual, pois quando da constituição da sociedade empresária ou do ingresso do tal sócio no quadro societário, havia a presunção geral de boa-fé, de que ele iria, sempre e sempre, contribuir para o bem da sociedade.

Nessa linha de raciocínio, há abalizada doutrina sustentando a exclusão do sócio como medida de promover maior eficácia na atividade empresarial, citando Perrino, Le Tecniche, pág. 140, e defendendo que “A finalidade da exclusão de sócio não é só a preservação da empresa, mas a eficiência na exploração da atividade empresarial pela sociedade. Isto justifica a exclusão situação gerada pelo sócio, com ou sem culpa, que tenha afetado ou possa prejudicar a atividade social, mesmo sem o risco de fim da empresa. A elevada competitividade do mundo empresarial hodierno exige eficiência, ou seja, maximização de resultados, para obtenção de menor custo e melhor qualidade. Da melhor eficiência decorre o sucesso da atividade empresarial. Por isso, devem ser evitadas as situações que afetam a eficiência da empresa, justificando a exclusão de sócio não só quando prejudicial à eficiência, mas também quando sua saída pode ocasionar melhora da atividade empresarial.”<sup>25</sup>

O posicionamento de Avelãs Nunes, defendido em 1968, em dissertação apresentada para o exame do Curso Complementar de Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito de Coimbra, no ano letivo de 1966/1967, é perfeitamente aplicável no ordenamento jurídico pátrio, porque analisando a situação à luz de princípios constitucionais, considerando o direito de propriedade do sócio ou acionista, garantido pela CR/88, art. 5º, inciso XXII<sup>26</sup>, e considerando a obrigação da sociedade de atender a sua função social, igualmente prevista na Carta Magna, art. 5º, inciso XXIII<sup>27</sup>, não pode o sócio ou acionista ser um estorvo ao desenvolvimento da atividade econômica da sociedade, tão somente ao fundamento de que não há previsão expressa de exclusão.

É que, ao interpretar a Constituição da República, a garantia do direito de propriedade está condicionada ao atendimento da função social, pela propriedade, e quando

<sup>25</sup> Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão de Sócios nas Sociedades Anônimas*, Quartier Latin, 2005, págs. 164/165.

<sup>26</sup> CR/88, art. 5º, inciso XXII: “é garantido o direito de propriedade;”

<sup>27</sup> CR/88, art. 5º, inciso XXIII: “a propriedade atenderá a sua função social;”

o sócio ou acionista está sendo estorvo para a manutenção da atividade empresária, ou para o crescimento da sociedade, a propriedade não está atendendo a sua função social, daí, o fundamento constitucional para a exclusão.

A CR/88, art. 170, incisos II e III<sup>28</sup>, dispõe que a ordem econômica deve obedecer aos princípios da propriedade privada e da função social da propriedade, o que significa que no direito societário, a propriedade privada do sócio ou acionista deve ser utilizada para o bem da sociedade, gerando empregos, gerando riquezas, aumentando a arrecadação fiscal para a melhoria da prestação de serviços públicos, resultando, em última análise, na redução das desigualdades sociais, e na diminuição dos índices de violência, e nisso consiste o atendimento da função social da propriedade no direito societário.

Quando a presença do sócio ou acionista na sociedade deixa de ser benéfica para a atividade econômica da sociedade, e ele passa a ser um estorvo, o seu direito de propriedade não está servindo de meio para o atendimento da função social da sociedade, daí que, interpretando-se os dispositivos constitucionais de forma conjugada, concluímos que pela falta de atendimento da função social da propriedade, o direito do sócio ou acionista de permanecer na sociedade não pode sobrepor-se ao direito da sociedade de atender sua função social. E na colidência de direitos, no caso concreto, deve prevalecer o interesse social.

É exatamente aqui que podemos conjugar a teoria contratualista com a teoria do poder corporativo disciplinar, sustentando a prevalência dos interesses da sociedade sobre os interesses dos sócios.

Ainda que exista discordância quanto à cláusula implícita de exclusão, o Código Civil, art. 1.085<sup>29</sup>, inclui a “justa causa” para a exclusão do sócio, quando prevista no estatuto ou contrato social, e a doutrina, fazendo menção a Lucena, *Das Sociedades por Quotas*, pág. 616, entende que “A idéia de justa causa pode ser expressa das mais variadas formas, como falta grave, forte motivo, motivo grave, motivo legítimo, ato irregular, justo motivo, grave inadimplência, inegável gravidade, etc”.<sup>30</sup>

Poder-se-ia dizer que a exclusão do sócio, então, seria possível somente se prevista no contrato ou estatuto social, entretanto, essa não é a solução aplicável, porque além da exclusão por justa causa, condicionada à previsão estatutária, o dispositivo legal ressalva a previsão do art. 1.030<sup>31</sup>, que é a exclusão judicial por falta grave, mediante iniciativa da maioria dos sócios, independentemente de previsão estatutária.

O conceito de falta grave, extraído de Innocenti, deve ser analisado no caso concreto, e “A doutrina que melhor desenvolveu a idéia de motivo relevante foi a alemã, conceituando-a como qualquer comportamento ou circunstância pessoal do sócio excluído que, valorando todas as circunstâncias do caso, traga impossibilidade ou ponha em

<sup>28</sup> CR/88, art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II - propriedade privada; III - função social da propriedade;”

<sup>29</sup> CC, art. 1.085: “Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.”

<sup>30</sup> Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão dos Sócios nas Sociedades Anônimas*, Quartier Latin, 2005, pág. 177.

<sup>31</sup> CC, art. 1.030: “Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.”

perigo a consecução do fim social ou que de qualquer outra forma torna inadmissível aos demais a permanência do sócio na sociedade.”<sup>32</sup>

Nessa medida, o conceito de falta grave é um conceito aberto, que deve ser analisado caso a caso, pela sociedade e seus sócios, a fim de concluir se o comportamento do sócio está causando insuportabilidade da continuidade da atividade social, ou se está impedindo ou dificultando o crescimento da sociedade empresária, ou ainda, se está causando embaraços para a melhoria da eficiência da atividade empresarial.

Não é qualquer situação que poderá justificar a exclusão do sócio, devendo ser uma situação fática que, com ou sem culpa do sócio ou acionista, está prejudicando o desenvolvimento da atividade empresarial. Por isso, a doutrina, com supedâneo em Antônio José Avelãs Nunes e Luis Menezes Leitão, sustenta que “A gravidade deve sempre estar relacionada ao objeto da sociedade ou a atos ou situações ensejadoras da perda de confiança em determinado sócio. Em outras palavras, falta grave é o ato do sócio que, se conhecido antes da constituição da sociedade ou de seu ingresso nela, inibiria os demais de participarem da sociedade.”<sup>33</sup>

Entendemos que não apenas o ato conhecido antes da constituição da sociedade ou do ingresso do sócio, mas também o ato superveniente que torne insuportável o desenvolvimento do objeto da empresa, ou que comprometa a melhoria da eficiência da atividade empresária é fundamento para a exclusão do sócio ou acionista, entretanto, a quebra da *affectio societatis*, que será analisada em tópico à parte, não é falta grave, e não está relacionada com o objeto da empresa, por isso não pode ser utilizada como fundamento para a exclusão do sócio.

### **7. A impossibilidade de utilização da quebra da *affectio societatis* para a exclusão do sócio e para o exercício do direito de retirada nas sociedades limitadas**

No Brasil, o direito societário convive, até hoje, com as sociedades familiares, constituídas por amigos ou por parentes, tanto que os membros da sociedade, não raras vezes, frequentam o mesmo círculo social, e quando ocorrem divergências entre os sócios, a questão deságua em pedidos de exclusão de sócios, com base na quebra da *affectio societatis*.

Acontece de alguns sócios, insatisfeitos com um deles, por questões alheias ao objeto social, quererem a saída do sócio. Da mesma forma, é comum um sócio, pretendendo seguir sua vida profissional sozinho, pedir judicialmente a dissolução parcial.

Há situações em que depois de um investimento vultoso, um sócio pretende deixar a sociedade, alegando discordância com os rumos da sociedade, e é também comum acontecer de, após investimentos vultosos, os demais sócios quererem excluir um deles.

No dia a dia forense deparamos com processos em que, quando há a expectativa de lucro pela sociedade, os sócios querem excluir um deles, e quando há risco de prejuízos,

<sup>32</sup> Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão dos Sócios nas Sociedades Anônimas*, Quartier Latin, 2005, pág. 180, fazendo menção a Osmida Innocenti, *L'escusione del sócio*, Padova, CEDAM, 1956, págs. 72/74.

<sup>33</sup> Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão de Sócios nas Sociedades Anônimas*, Quartier Latin, 2005, pág. 181, citando Antônio José Avelãs Nunes, *O Direito de Exclusão dos Sócios nas Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 1968, e Luis Menezes Leitão, *Pressupostos da exclusão do sócio nas sociedades comerciais*, Lisboa, AAFDL, 1989, págs. 56/58.

um sócio pretende deixar a sociedade. É também comum que o sócio que quer se retirar da sociedade, pretender estabelecer-se no mesmo ramo de atividade.

Essa situação existe em razão da nossa cultura, muito enraizada na personalidade, em que o indivíduo quer prevalecer sobre as instituições e faz delas uma extensão de sua vida social e familiar.

É assim na Administração Pública, e ainda existem administradores que confundem o público com o privado, fazendo do Poder Público, geralmente as Prefeituras, uma extensão de seus negócios particulares. No direito societário a situação é a mesma, pois existem empreendedores que, ao fundamento de terem constituído a sociedade, fazem dela uma extensão de sua família, onde os filhos opinam sobre os negócios sociais, dão ordens aos empregados da sociedade, utilizam os bens da sociedade em benefício da família, entre outros fatos comuns às empresas familiares brasileiras.

Essa situação tem origem na própria personalidade do povo brasileiro, e Luiz Guilherme Marinoni faz duras críticas a isso, citando Sérgio Buarque de Holanda, na obra *Raízes do Brasil*, afirmando que o que ocorre entre nós vem da origem de nossa colonização pelos povos ibéricos, pois “No famoso capítulo intitulado *Homem Cordial*, Buarque de Holanda trabalha com os conceitos weberianos de patrimonialismo e burocracia. Esses conceitos são usados como ferramentas para a demonstração do significado de homem cordial, um modo de comportamento pessoal típico à formação da cultura brasileira, avesso à impessoalidade e à racionalidade formal, nitidamente relacionado ao modelo das instituições e da Administração Pública brasileiras - que ainda permanece na cultura do país.”<sup>34</sup>

Para Marinoni, “Sérgio Buarque de Holanda, nos cinco primeiros capítulos de *Raízes do Brasil*, alude a vários pontos de grande importância para a compreensão de como o patrimonialismo e particularmente o ‘homem cordial’ inserem-se na cultura brasileira. No primeiro capítulo, Sérgio adverte para o personalismo, peculiar aos povos ibéricos, e sua influência sobre a ausência de coesão social e a tibieza das organizações: ‘Pode-se dizer, realmente, que pela importância particular que atribuem ao valor próprio da pessoa humana, à autonomia de cada um dos homens em relação aos semelhantes no tempo e no espaço, devem os espanhóis e portugueses muito de sua originalidade nacional. Para eles, o índice do valor de um homem infere-se, antes de tudo, da extensão em que não precise depender dos demais, em que não necessite de ninguém, em que se baste. (...) É dela (dessa concepção) que resulta largamente a singular tibieza das formas de organização, de todas as associações que impliquem solidariedade e ordenação entre esses povos. Em terra onde todos são barões não é possível acordo coletivo durável, a não ser por uma força exterior respeitável e temida’.”<sup>35</sup>

Ao analisar a obra de Sérgio Buarque de Holanda, concluímos que as desavenças que resultam em ações de exclusão de sócios ou em pedidos de dissolução parcial são, geralmente, fruto da cultura brasileira de colocar o homem acima das instituições, e segundo ele, “No fundo, o próprio princípio de hierarquia nunca chegou a importar de modo cabal entre nós. Toda hierarquia funda-se necessariamente em privilégios. E a verdade é que, bem antes de triunfarem no mundo as chamadas idéias revolucionárias, portugueses e espanhóis parecem ter sentido vivamente a irracionalidade específica, a

<sup>34</sup> Luiz Guilherme Marinoni, *A Ética dos Precedentes - Justificativa do Novo CPC*, Revista dos Tribunais, 2014, pág. 77.

<sup>35</sup> Luiz Guilherme Marinoni, *A Ética dos Precedentes - Justificativa do Novo CPC*, Revista dos Tribunais, 2014, pág. 81, citando Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, pág. 32.



injustiça social de certos privilégios, sobretudo dos privilégios hereditários. O prestígio pessoal, independente do nome herdado, manteve-se continuado nas épocas mais gloriosas da história das nações ibéricas.”<sup>36</sup>

No direito empresarial é comum as desavenças começarem pela vaidade, e pelo interesse de o membro do quadro social estar acima da instituição, as disputas pelo poder interno e os interesses financeiros desaguando em ações de exclusão ou pedidos de dissolução da sociedade, tudo porque, como dito acima, nossa cultura é a cultura do indivíduo colocar-se acima da instituição.

No atual estágio da globalização, o país precisa de corporações fortes, bem administradas, e sem o ranço da pessoalidade que permeia as empresas familiares, porque os empreendedores têm o mérito de terem constituído a sociedade empresária, todavia, com a constituição da sociedade, ela adquire vida própria, distinta da vida de seus membros, e o fim social está acima do interesse de seus membros.

A legislação brasileira já sinaliza para esse entendimento, tanto que a Lei de Recuperação de Empresas dispõe que o objetivo da recuperação é viabilizar a superação da crise econômico-financeira com as finalidades específicas.

Uma das finalidades é a de permitir a manutenção da fonte produtora, porque mantendo a sociedade produzindo, haverá geração de riquezas, arrecadação tributária, garantia do poder de compra dos consumidores, e por consequência, diminuição dos índices de violência. Outras das finalidades são a manutenção do emprego dos trabalhadores e os interesses dos credores, ou seja, os empregados continuarão tendo a remuneração e os credores irão receber seus créditos.

A Lei de Recuperação de Empresas não menciona, em hipótese alguma, a recuperação como forma de ajudar os sócios ou diretores da sociedade empresária e seria incorreto um processo para os credores concederem deságio, alongamento de dívidas, parcelamentos, entre outras formas de viabilizar a recuperação da empresa, em benefício dos sócios, porque seria o Estado-Juiz, facilitando o parcelamento de dívidas que as outras empresas do mesmo ramo não têm, em benefício de sócios, pois seria o sacrifício de muitos em benefícios de poucos.

Por isso, entendemos cabível a convivência da teoria do poder corporativo disciplinar com a teoria contratualista, porque a teoria institucionalista (poder corporativo disciplinar) impede que os sócios estejam acima da instituição, o que favorece o fortalecimento institucional das corporações brasileiras.

No mundo contemporâneo, no atual estágio do direito societário brasileiro, é necessário fortalecer as instituições, para que a impessoalidade suplante o culto à personalidade, próprio de nossa cultura, pois não há como conviver com instituições fragilizadas pela pessoalidade, cujos diretores colocam-se como “donos”, deixando de lado a instituição.

E quando há expectativa de lucros, ocorre de um grupo de sócios querer excluir um deles, ou quando há expectativa de prejuízos, há sócio que quer deixar a sociedade para não fracassar juntamente com os demais, e buscam na cláusula aberta da quebra da *affectio societatis* o fundamento para a exclusão ou dissolução.

<sup>36</sup> Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, pág. 35, Companhia das Letras, 26ª edição, 40ª impressão.



Apesar de jurisprudência maciça permitindo a resolução parcial pela quebra da *affectio societatis*, é necessário uma releitura do instituto à luz do moderno direito societário, visando o fortalecimento das instituições.

E ainda que prevaleça a teoria contratualista, a quebra da *affectio* não é fundamento para a extinção do contrato social, porque a *affectio* não é elemento essencial do contrato de sociedade. Em estudo sobre o tema, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira Von Adamek, sustentam que a *affectio societatis* é um conceito jurídico superado pelo conceito de fim social, e criticando a utilização da *affectio* para a resolução parcial, afirmam que “A quarta crítica é a de que a *affectio societatis* não é elemento que, desaparecendo ao longo da execução do contrato de sociedade, possa determinar a sua automática extinção. Embora a solução pudesse ser até diversa da *societas* romana, da qual a moderna sociedade em muito difere, a verdade é que a *affectio societatis* também não é elemento essencial para a manutenção da sociedade – como não o é, de regra, para qualquer outro contrato em que não se admita o arrependimento.”<sup>37</sup>

Portanto, com supedâneo na posição de Erasmo Valladão e Marcelo Von Adamek, entendemos que a exclusão de sócio e o exercício do direito de retirada não podem ser fundamentadas na quebra da *affectio societatis*, dada a superação do referido conceito jurídico pelo conceito de fim social da sociedade empresária.

## 8. A importância da sentença líquida nos processos de exclusão e de exercício do direito de retirada

Nos processos de exclusão de sócio ou de dissolução parcial, o que ocorre, geralmente, é o juiz analisar o objeto da pretensão, e em caso de procedência, decretar a exclusão ou a retirada do sócio, remetendo para a fase de liquidação a apuração de haveres.

Na prática, o que ocorre é que o processo torna-se interminável, tramitando anos a fio, sem solução prática, pois a resolução da parte financeira da controvérsia fica postergada a momento futuro. Após a sentença, geralmente a parte sucumbente recorre e após o trânsito em julgado da decisão que decretou a exclusão ou autorizou a retirada do sócio é que começa a fase de apuração de haveres, na qual serão resolvidas as pendências financeiras entre a sociedade e o sócio excluído ou retirante da sociedade.

É nessa fase que ocorrem muitos agravos de instrumento, muitos deles impugnando a forma de realização dos cálculos periciais, exigindo quesitos desnecessários e querendo que o perito responda a achismos, ou que o perito emita parecer, sobre se é comum ocorrer isso ou aquilo, e se em casos semelhantes, é comum o perito deparar-se com situação semelhante, entre outros quesitos absolutamente incabíveis, visando tumultuar o processo e retardar a solução da lide. Isso é incorreto porque perito responde a quesitos certos e determinados, sobre fatos certos e determinados, emitindo laudo pericial, nunca parecer.

<sup>37</sup> Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira Von Adamek, *Affectio Societatis: Um Conceito Jurídico Superado no Moderno Direito Societário pelo Conceito de Fim Social*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, vol. 149/150, jan./dez. 2008, Malheiros, págs. 108/130, (com remissão a Fábio Konder Comparato, *Restrições à Circulação de Ações em Companhia Fechada: nova et vetera*, in *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial, Rio de Janeiro, Forense, 1981*, pág. 38 e Antônio Menezes Cordeiro, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. 1, n. 6, 2ª ed. Coimbra, Almedina, 2007, pág. 51, Francesco Galgano, *Lex Mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2001, págs. 45 e ss e José Luiz Bulhões Pedreira e Alfredo Lamy Filho, *Notas sobre a história das Companhias*, em *A Lei das S/A*, 1º vol, 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 28-30).

E para evitar tumulto na fase de liquidação da sentença, é importante que a apuração de haveres seja feita na fase de conhecimento, antes da sentença de decretação da exclusão ou autorização de retirada do sócio.

A regra no direito processual é a prolação de sentença líquida, e a liquidação de sentença é medida excepcional, que deve ser utilizada somente quando não for possível resolver todas as questões no processo de conhecimento.

No caso de dissolução de sociedades, não há nenhuma situação que inviabilize a realização da apuração de haveres na fase de conhecimento. Ainda que a pretensão dissolutória seja improcedente, a perícia estando pronta no processo, em caso de o Tribunal reformar a sentença e decretar a dissolução, a apuração de haveres estará pronta, nada tendo que ser resolvido em liquidação.

A experiência mostra que a remessa da apuração de haveres para a fase de conhecimento pode prejudicar a efetividade do processo. É que o recurso da sentença de primeiro grau que decreta a exclusão do sócio tem efeito apenas devolutivo, e por isso, entre a data da sentença monocrática de conhecimento, e a data da perícia para a apuração de haveres passam anos, o que não raras vezes compromete a efetividade do processo.

Apesar de na sentença de conhecimento o juiz fixar a data da exclusão ou retirada do sócio, pode ocorrer de a sociedade empresária passar por dificuldades e entrar em recuperação judicial, ou até encerrar suas atividades, tanto por situações mercadológicas desfavoráveis quanto por má administração.

O argumento de que se isso ocorrer o sócio que permanecer na sociedade responde pessoalmente não é suficiente para sustentar a remessa da apuração de haveres para a fase de liquidação, porque o processo deve ser efetivo, e, na maioria das vezes, quando ocorre o encerramento das atividades da sociedade, ou quando o sócio que permanece decide agir de má-fé, ocultando bens, que geralmente não são encontrados, ou quando o encerramento das atividades ocorre por má administração, não sobram bens na pessoa física do sócio para indenizar o excluído ou retirante.

E não basta condenar o sócio administrador a indenizar, porque não tendo bens, a condenação judicial é inócua, contribuindo para a desmoralização do Poder Judiciário, porque a decisão judicial que obriga a indenizar torna-se uma “vitória de Pirro”.

É importante ressaltar que nem sempre o sócio excluído ou retirante tem valores a receber e, em vez disto, ter de pagar para a sociedade.

Quando o sócio excluído tiver lesado a sociedade, e estiver concorrendo com a sociedade, por exemplo, fazendo concorrência desleal com a sociedade, exercendo atividade econômica no mesmo ramo de atividade, causando prejuízos no faturamento da sociedade autora, poderá ter que indenizar, e a sentença fixará o valor da indenização. Pode ocorrer de a sociedade ter contraído financiamentos, assumindo dívidas, e seu passivo estar comprometido, e o retirante ficar obrigado a assumir parte do passivo social. Tais situações devem ser resolvidas na fase de conhecimento, e não há qualquer óbice a que fique tudo resolvido sem a fase de liquidação.

Portanto, a solução para garantir a efetividade do processo em casos dessa natureza é o juiz determinar a realização da perícia de apuração de haveres na fase de conhecimento, antes da sentença, e proferir sentença líquida, fixando no dispositivo se o sócio excluído ou retirante tem direito de receber algum valor, e em caso positivo,

qual o valor que deverá receber, e como o recurso será no efeito devolutivo, a sentença poderá ser executada imediatamente, independentemente do trânsito em julgado, evitando a longa e penosa fase de liquidação de sentença, muitas e muitas vezes inefetiva.

## 9. Conclusões

Apesar de a doutrina maciçamente majoritária sustentar que a exclusão de sócio deve ser fundamentada na teoria contratualista, entendemos perfeitamente cabível a aplicação da teoria do poder corporativo disciplinar para fundamentar a exclusão, ou no mínimo, aplicação unificada das duas teorias, porque diante do quadro brasileiro de empresas familiares, a profissionalização das administrações corporativas e o fortalecimento institucional das corporações necessita de interpretação que coloque a instituição acima de seus membros.

Seguindo o entendimento de Avelãs Nunes, entendemos que em todos os contratos sociais há a cláusula implícita de exclusão para tornar possível a exclusão de sócio quando surgir situação que torne insuportável o exercício da empresa, vez que no conflito de interesses entre o sócio e a sociedade, deve prevalecer o interesse social. A cláusula implícita de exclusão serve também para excluir o sócio quando sua saída for imprescindível para a maior eficiência no exercício da atividade econômica.

O conceito de falta grave para justificar a exclusão do sócio é um conceito aberto, que deve ser analisado no caso concreto, a fim de concluir se o comportamento do sócio está causando insuportabilidade da continuidade da atividade social, ou se está impedindo ou dificultando o crescimento da sociedade empresária, ou ainda, se está causando embaraços para a melhoria da eficiência da atividade empresarial.

Não é qualquer situação que poderá justificar a exclusão do sócio, devendo ser uma situação fática que, com ou sem culpa do sócio ou acionista, está prejudicando o desenvolvimento da atividade empresarial.

Não apenas o ato conhecido antes da constituição da sociedade ou do ingresso do sócio, mas também o ato superveniente que torne insuportável o desenvolvimento do objeto da empresa, ou que comprometa a melhoria da eficiência da atividade empresarial é fundamento para a exclusão do sócio ou acionista, entretanto, a quebra da *affectio societatis*, não pode ser utilizada como fundamento para a exclusão do sócio, porque, na esteira do entendimento de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira Von Adamek, a *affectio societatis* é um conceito superado no direito societário.

Nos processos de exclusão ou retirada de sócio, a sentença deve ser líquida, com a apuração de haveres realizada antes da sentença, para evitar a fase de liquidação, sendo tal medida necessária para a garantia da efetividade do processo.

## 10. Bibliografia

ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho e MARTINS, Luis Otávio Franco. *Linhas Fundamentais acerca da Relativização e Transformação dos Paradigmas da Discricionariedade Administrativa*. SÍNTESE SAGE, 12 de junho de 2012.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Saraiva e Cia Livraria Acadêmica, 1945.

BERTOLDI, Marcelo M. e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. Revista dos Tribunais, 5ª Edição, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito das Sociedades*. vol. 1, n. 6, 2ª ed. Coimbra, Almedina, 2007.

ESTRELLA, Hernani. *Curso de Direito Comercial*. José Konfino Editor, Rio de Janeiro, 1973.

FERREIRA, Juliano. *O Direito de Exclusão de Sócio na Sociedade Anônima*, Almedina, 2009.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes e ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Affectio Societatis: Um Conceito Jurídico Superado no Moderno Direito Societário pelo Conceito de Fim Social*, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Vol. 149/150, jan./dez. 2008, Malheiros, págs. 108/130.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. Malheiros, 2009.

GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*. Bologna, Il Mulino, 2001.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Companhia das Letras, 26ª edição, 40ª impressão.

INNOCENTI, Osmida. *L'escusione del sócio*. Padova, CEDAM, 1956.

KOMPARATO, Fábio Konder. *Restrições à Circulação de Ações em Companhia Fechada: nova et vetera*, in *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro, Forense, 1981.

LEITÃO, Luis Menezes. *Pressupostos da exclusão do sócio nas sociedades comerciais*. Lisboa, AAFDL, 1989.

MARIANO, João Cura. *Direito de Exoneração dos Sócios nas Sociedades por Quotas*. Almedina, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes - Justificativa do Novo CPC*. Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 1998, Malheiros.

NUNES, António José Avelãs. *O Direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais*. Cultural Paulista, São Paulo, 2001.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Dissolução Parcial, Exclusão de Sócio e Apuração de Haveres nas Sociedades Limitadas*. Quartier Latin 2010.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões e FILHO, Alfredo Lamy. *Notas sobre a história das Companhias, em A Lei das S/A*. 1º vol, 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 28-30).

PROENÇA, José Marcelo Martins. *A Exclusão de Sócio nas Sociedades Limitadas* - in *Tipos Societários*. Saraiva 2010, Série GVlaw.

RIBEIRO, Renato Ventura. *Exclusão de Sócios nas Sociedades Anônimas*. Quartier Latin, 2005.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Direito Empresarial*. Saraiva, 2014.

ZANETTI, Andrea e FEBERBAUM, Marina. *Direito dos Negócios em Debate*. Saraiva/FGV, 2011.



# Breves notas a respeito da não superação do conceito de *affectio societatis* em matéria de resolução de acordo de acionistas

Alexandre Bucci<sup>1</sup>

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Origens da expressão *affectio societatis* no Direito Romano. 3. Do texto acadêmico paradigma escrito pelos Professores Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira Von Adamek. 4. *Affectio societatis* nas Sociedades Anônimas. 5. Natureza Jurídica do acordo de acionistas. 6. Resolução do acordo de acionistas. 7. A análise jurisprudencial da não superação da *affectio societatis* em matéria de resolução de acordo de acionistas. 8. Conclusões. 9. Referências.

## 1. Introdução

Seria mesmo a *affectio societatis* um conceito jurídico absolutamente superado e desprovido de utilidade no âmbito do direito societário?

A proposição central que se coloca com o presente estudo é aquela atrelada ao tema da não superação do conceito de *affectio societatis*, em especial, em matéria de resolução de acordo de acionistas.

Note-se que a evolução histórica recente da ciência do Direito no Brasil, aos olhos do observador externo, em tese, poderá parecer paradoxal e contraditória, caso não se atente para as duas tendências que à primeira vista se revelam opostas, quais sejam: a tendência da fragmentação das fontes ou descodificação com a constitucionalização de novos sujeitos de direito e a tendência de unificação das fontes por meio da unificação das obrigações civis e comerciais, valorizando-se a imposição de deveres *ex vi lege*, mediante a adoção de cláusulas gerais transversais por todo o ordenamento jurídico.

Isto não implica em deixar de reconhecer, contudo, que o Direito Comercial, como um todo, passa por momento rico, de nova contextualização da disciplina, o que se dá, por exemplo, por conta de recente realização da I Jornada de Direito Comercial no E. Superior Tribunal de Justiça.

O Projeto de Novo Código Comercial, com a revalorização principiológica da disciplina é também prova de que o Direito Comercial deve unir-se de maneira taxativa e definitiva ao paradigma dos princípios, ainda que respeitados seus postulados particulares

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho (área de concentração: Empresa e Sustentabilidade). Especialista em Direito do Consumidor, Direito Público e Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Especialista em Direito dos Contratos e em Direito Tributário pelo Instituto Internacional de Ciências Sociais - Centro de Extensão Universitária (CEU-IICS). Autor de artigos jurídicos.



e próprios, para assim renascer e atuar de forma marcante como instrumento de tutela das relações empresariais.

Postas tais considerações iniciais, vale mencionar que no presente estudo, tal qual anunciado, será valorizada a importância da *affectio societatis*, notadamente sob o prisma da resolução do acordo de acionistas.

O tema da *affectio societatis* e sua propalada superação no moderno Direito Societário, como se sabe, já foi enfrentado com brilhantismo pelos professores Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira Von Adamek<sup>2</sup>.

E sem ter aqui a pretensão de rivalizar com os sólidos e brilhantes fundamentos expostos pelos mestres acima indicados, partindo-se da origem da expressão *affectio societatis* no Direito Romano, passando-se pelo texto acadêmico paradigma que preconiza a irrelevância do dado jurídico atrelado à *affectio*, pretende-se a análise particular da *affectio* nas Sociedades Anônimas, passando-se pela natureza jurídica do acordo de acionistas e sua resolução.

Note-se que o regime jurídico da exclusão de sócio minoritário de sociedade empresária sofreu séria alteração em virtude do que contém o art. 1.085 do novo Código Civil, que não mais se contenta com a fórmula indeterminada do desaparecimento da *affectio societatis*, mas, ao contrário, exige a prática de ato do sócio de inegável gravidade, que coloque em risco a continuidade da empresa.

Porém, para o tema da resolução do acordo de acionistas, seria a *affectio societatis* realmente um conceito absolutamente superado?

Acredita-se que não, razão pela qual, em seguida, no desenvolvimento do texto, teremos a análise jurisprudencial do tema, com breves comentários prévios acerca da aludida não superação do conceito da *affectio* em matéria de resolução de acordo de acionistas.

Ocorre que o atual panorama social e econômico do direito brasileiro, que elege a pessoa como valor central do sistema jurídico, aliado às inúmeras particularidades existentes nos vínculos associativos, o que não se faz diferente em matéria de acordos de acionistas, permitindo-se então o reconhecimento da existência da *affectio* no seio das sociedades anônimas, que, historicamente, foram concebidas como sociedades de capitais, podendo, em muitos casos, ser verificada a *affectio* ainda com mais intensidade em uma sociedade anônima do que em uma limitada propriamente dita e outrora tida como clássica sociedade de cunho preponderantemente pessoal.

A premissa teórica adotada considera que a composição de interesses dos acionistas das sociedades anônimas é viabilizada por meio dos acordos de acionistas com base na fidelidade e na confiança ente seus signatários.

Estes acordos, por óbvio, submetidos aos requisitos de validade do direito comum, merecem especial atenção quanto à sua rescisão quando celebrados por prazo indeterminado.

Neste contexto, ante o silêncio da Lei 6.404/76, levanta-se a discussão sobre o tema da rescisão imotivada do pacto, sem que se olvide aqui da necessária razoabilidade de não mais se manter vinculado a um acordo aqueles que assim não mais o desejam ainda que por razões pessoais ou meramente subjetivas.

<sup>2</sup> NOVAES FRANÇA, Erasmo e ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. pp. 131/161.

Conclui-se, portanto, o que aqui se anuncia de maneira antecipada, a respeito da possibilidade da resolução do acordo de acionistas com base na quebra da *affectio societatis* entre seus signatários, evidenciando a necessidade do comprometimento e da lealdade entre os sócios para a viabilização do pacto.

## 2. Origens da expressão *affectio societatis* no Direito Romano

Tido como surgido no Direito Romano, o termo *affectio societatis*, cuja autoria da expressão atribui-se a ULPIANO, aparece como traço distintivo da sociedade em relação ao estado de comunhão ou condomínio, designando um tipo particular de consentimento contratual<sup>3</sup>.

Por isto se afirma que o sentimento de cooperação e confiança recíproco para se atingir um propósito comum é visto como o elemento subjetivo a que se dá o nome de *affectio societatis*, verificado na constituição das sociedades.

A utilização do termo *affectio societatis* diferenciava a sociedade da comunhão, em especial o *consortio inter fratres*, ou seja, a comunhão universal de bens entre os herdeiros que se formava com a morte do *pater familias*.

Relevante anotar, porém, que este termo não era utilizado exclusivamente para o contrato de sociedade, sendo empregado em outros institutos como o da posse e do matrimônio.

Assim o era, posto que em matéria de matrimônio, por exemplo, referia-se à *affectio maritalis* como um consentimento que se projetava no tempo, sendo certo que, quanto à posse, a *affectio tenendi* era interpretada como a intenção de deter a coisa<sup>4</sup>.

No sistema jurídico Romano, tem-se no registro de ULPIANO que a sociedade se dissolveria por causas relativas às pessoas, às coisas, à vontade e às ações dos sócios.

Com relação às pessoas, por perda da liberdade ou da cidadania; quanto às coisas, quando os bens coletivos se perdessem; no que tange à vontade dos sócios, via renúncia e distrato; e quanto às ações dos sócios, quando mudassem as condições de execução da sociedade, afetando o ânimo continuativo.

Sob outro ângulo, o professor FÁBIO KONDER COMPARATO, citando ARANGIO-RUIZ, explica que no caso das *societas* e em contratos assemelhados, a *affectio* prevê um estado de ânimo prolongado, onde as partes manifestam continuamente o seu consentimento e a perseverança no mesmo acordo de vontades<sup>5</sup>.

O autor ainda esclarece que, cessando a *affectio* entre os sócios, como consequência de desavenças entre eles que impossibilitassem a sociedade de cumprir seu fim social, rompia-se o vínculo contratual que os unia, dando causa à dissolução da sociedade, que não se operava automaticamente, pois dependia de apuração.

Com idênticas premissas, mas referindo-se particularmente às sociedades anônimas fechadas, SÉRGIO CAMPINHO descreve a ruptura da *affectio societatis* como “elemento

<sup>3</sup> COMPARATO, Fábio. *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

<sup>4</sup> NOVAES FRANÇA, Erasmo e ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 134/135.

<sup>5</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

que impede a companhia de realizar o seu fim”, não podendo prosperar uma companhia pertencente a acionistas divididos e em permanente clima de hostilidade<sup>6</sup>.

Entretanto, o aludido desejo de colaboração mútua para atingir um objetivo comum, cuja ausência pode levar à extinção da sociedade, evidentemente não pode ser considerada característica exclusiva do contrato de sociedade.

Os contratos em que se observa essa comunhão de escopo, denominados plurilaterais, que carregam a característica de convergência de vontades, abrangem não somente os contratos sociais mas também os acordos de acionistas.

O *venire contra factum proprium* levado a efeito pelo sócio que se põe em contradição com sua anterior estipulação deve, pois, ser considerado relevante em matéria de disposições estatutárias e convencionais, surgindo, neste contexto, a relevância da *affectio societatis* e sua necessária manutenção para a subsistência do acordo de acionistas.

### 3. Do texto acadêmico paradigma escrito pelos professores Erasmus Valladão e Marcelo Von Adamek

O caráter equívoco do conceito de *affectio societatis* já foi reconhecido doutrinariamente no texto paradigma dos mestres citados, tal qual adiantado nas linhas iniciais deste estudo.

A *affectio societatis* era tradicionalmente definida como o elemento subjetivo intencional presente no contrato de sociedade, sendo isto o que o distinguia da mera comunhão de interesses.

Com razão expressou-se BONFANTE, condensando o tema, ao considerar a *societas* uma daquelas relações que exige uma vontade continuada, persistente, que produz efeito até quando esta vontade dura e cessa de produzi-la.

O termo *affectio societatis* ou *animus societatis* indica a vontade de ser sócio, e exprime como viva e sentida fosse aquela natureza de relação e o caráter continuativo da *voluntas*<sup>7</sup>.

Na doutrina clássica, a vontade era substancial para a configuração da *affectio societatis*, embora se desse a essa vontade um traço solidarista, bem explicado pela doutrina de THALLER<sup>8</sup>, para quem o contrato de sociedade era individualizado por uma feição mais econômica que jurídica, consistente na vontade de colaboração ativa, em virtude da qual todos tinham a consciência de que a união harmoniosa de bens e trabalho aumentaria os bens de cada um, em patamar bem superior se comparado à atuação individual dos sócios.

Essa vontade de colaboração fundava-se na mútua estima alimentada entre os sócios, que se chamaria *affectio societatis*.

As dificuldades de atribuição de significado à expressão decorriam do caráter muitas vezes vazio desta última, a qual, desprovida de alcance tornava vicioso o círculo no qual se pretendia analisar a intenção, o ânimo voluntário que se fazia presente em todo contrato.

<sup>6</sup> CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 387.

<sup>7</sup> BONFANTE. Pietro. *Corso di Diritto Romano*, p. 132.

<sup>8</sup> THALLER. Edmond Eugène. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*. Paris: A. Rousseau Éditeur, 1898, p. 114.

As críticas passavam pelo emprego de uma expressão latina, além do fato de não se tratar a *affectio* de uma especial modalidade de consentimento supostamente distinta daquela exigida para qualquer contrato, bem como levavam em consideração também a não caracterização da *affectio* como elemento constitutivo do contrato de sociedade, de modo que não sendo a *affectio* elemento que desaparecia ao longo do contrato de sociedade, impossível seria determinar-se a partir dela a automática extinção do contrato.

Também falava o texto dos Professores Valladão e Adamek que a *affectio* não seria baliza ou elemento de determinação da extensão dos deveres dos sócios, concluindo-se, com respaldo de juristas do porte de MAURICE COZIAN e ALAIN VIANDER<sup>9</sup>, ser a *affectio societatis* mais um sentimento do que um conceito jurídico propriamente dito, revestindo-se a expressão, de tal sorte, em descrição sociológica das sociedades.

Mas este propalado desvio de perspectiva, ainda que existente e válido no raciocínio afeto à exclusão do sócio, indicaria como tecnicamente correto o abandono completo da ideia de *affectio societatis*, inclusive, em matéria de acordo de acionistas?

A resposta negativa à indagação retro formulada passa pela necessária análise da *affectio societatis* nas sociedades anônimas, enfrentando-se ainda a natureza jurídica do acordo de acionistas e sua resolução, temas abordados nos próximos tópicos do trabalho.

#### 4. A *affectio societatis* nas sociedades anônimas

Pese, embora sejam comumente abordadas as Sociedades Anônimas como típicas sociedades de capitais, o entendimento de que a *affectio societatis* é elemento fundamental na comunhão de interesses para a realização do contrato social indica que este elemento pode estar presente em qualquer tipo societário, revelando-se, sob este prisma, um possível caráter equívoco da utilização da expressão *affectio*.

Mas é assim também em matéria de acordo de acionistas?

Não se olvide que diante de um conflito de interesses não é o tipo societário que deve esgotar as soluções jurídicas a serem aplicadas, mas deve o conflito ser examinado à luz dos princípios de direito societário e constitucional, considerando as circunstâncias materiais na qual se insere a sociedade, que poderá, em certos casos, indicar uma complexa estrutura organizacional de uma sociedade limitada ou uma modesta sociedade familiar constituída sob a forma de sociedade anônima.

Menciona MARCELO BARBOSA SACRAMONE<sup>10</sup> que se faz visível a necessidade de orientação negocial harmônica, na esteira do que consta como objetivo legislativo na própria exposição de motivos da lei societária, na medida em que seus novos institutos visariam a garantir a segurança dos investidores, a qual somente poderia ser alcançada por meio de uma política empresarial estável.

Neste sentido, observa mais o autor retro mencionado que a efetiva direção das atividades sociais e do funcionamento dos órgãos da companhia é atribuída pelo teor redacional da alínea *b* do art. 116 ao poder de controle, inclusive quando este se constituir por meio de convenção entre os acionistas.

<sup>9</sup> COZIAN, Maurice e VIANDIER, Alain, *Droit des Sociétés*, 5ª. ed. Paris: Litec, 1992, n. 200, p. 65.

<sup>10</sup> SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Acordo de Acionista e Eficiência da Companhia*.

Possível concluir até o momento, que a leitura atual da *affectio societatis* a situa como modalidade da autonomia da vontade, fundamentada no princípio da liberdade de associação (art. 5º, XX, CF).

Essa modalidade de autonomia é, pois, específica dos contratos associativos, entre os quais se incluem o contrato de sociedade, ainda que não exclusivamente, sem falar nos acordos “*parassociais*”.

A funcionalização dos institutos jurídicos, dos quais se sobressaem a propriedade e o contrato no campo das relações patrimoniais privadas, e a relativização daqueles em face de valores tutelados pelo ordenamento constitucional, exigem, pois, a rediscussão dos contornos da *affectio societatis*, a fim de que se proteja não apenas o exercício regular de um direito, mas sim o exercício legítimo de um direito.

Por tais motivos é que o professor MODESTO CARVALHOSA, observando a possibilidade da quebra da *affectio* nas sociedades anônimas, assevera que os acordos de voto e os acordos de controle, por constituírem-se embasados na fidelidade e na confiança entre seus signatários, fundam-se na boa-fé e na *affectio* para a realização do interesse comum. Diante disto, a prática de conduta incompatível aos fins pretendidos e ao interesse social permite que a parte promova judicialmente a dissolução parcial ou total do pacto<sup>11</sup>.

O que se quer dizer, em outras palavras, é que a regra da boa-fé deve estar presente em todo negócio jurídico, tornando-se norma cogente, conforme preconizam vários dispositivos do Código Civil em vigor.

Não é novidade a matriz orientativa de que as partes contratantes devem agir umas com as outras da maneira mais reta e honrada possível a fim de que se realize o objetivo comum para o qual as partes se uniram, observando-se, por ser pertinente, que os acordos de acionistas assim como a sociedade apresentam-se como contratos plurilaterais, ou seja, contratos que possuem interesses convergentes de seus signatários.

Nesse sentido, a pessoalidade nesse tipo de pacto torna-se visível considerando que o consentimento da parte (pessoa) é decisivo para a realização do pacto, daí evidenciando-se, ainda como algo relevante, neste particular tema do moderno Direito Societário, a questão atrelada à *affectio societatis* no campo do acordo de acionistas.

Note-se que pese embora não se traduza a *affectio* em um valor em si mesmo considerado, a mesma não pode ser tida como conceito absolutamente superado, vez que ainda pode ser objeto de avaliação pelo ordenamento, de acordo com as circunstâncias presentes no caso concreto e em direta subordinação aos princípios norteadores do sistema jurídico, encontrando-se viva e funcionalizada, portanto, atrelada, tanto aos princípios fundamentais da República (artigos 1º. e 3º., da CF), quanto aos demais princípios explícitos e implícitos sob os quais se encontra ordenada constitucionalmente a atividade econômica (artigo 170, da CF).

Observa-se, pois, que muitas são as hipóteses em que acordos de acionistas comandados pela *affectio* regulam mecanismos de direito de preferência para aquisição de ações, de modo que o sócio não possa vender a terceiro sua participação societária sem antes oferecê-la aos demais associados.

Sob outro prisma, há estruturas que firmam a prerrogativa de cada sócio de participar da administração da sociedade, mediante a outorga do direito de eleger em sepa-

<sup>11</sup> CARVALHOSA. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 2. p. 697.

rado seus administradores, o que pode ser viabilizado pela criação de diferentes classes de ações, sejam elas ordinárias ou preferenciais (art. 16, III, e art. 18, Lei n° 6.404/76).

E não se olvide que a realidade econômica brasileira é substancialmente dominada por pequenas e médias empresas, formalizadas, inclusive, por sociedades anônimas e mesmo nesta estruturação societária se nota claramente a importância da *affectio* nas deliberações que criam e resolvem os acordos de acionistas.

Portanto, sustentar de maneira taxativa que a sociedade anônima nos dias atuais desconhece por completo a *affectio societatis*, com a devida vênia de eventuais posicionamentos acadêmicos em sentido contrário, em última análise, seria desconsiderar o panorama social e econômico brasileiro, em que até as maiores companhias e os mais ricos conglomerados empresariais são controlados por estruturas familiares, evidenciando-se decisões e acordos de acionistas muitas vezes pautados por agrupamento ditado pela *affectio*.

Por óbvio que o reconhecimento da *affectio societatis* em companhia aberta restringe-se a certos grupos de acionistas, formados por acionistas-empresendedores (aqueles que efetivamente participam da direção social) e por acionistas-investidores (aqueles que, embora não tenham assento na administração ou não participem das decisões tomadas pelo grupo de controle, mantêm sua participação com vistas ao exercício de direitos de sócio e, em certos casos, podem se organizar para que elejam um representante na administração, nos termos do quanto está disposto no artigo 141, § 4º, Lei n° 6.404/76, com a redação dada pela Lei n° 10.303/2001).

Mas tais considerações não excluem a existência da *affectio*, fazendo-se apenas necessária ressalva no sentido de que nessa hipótese estariam excluídos da *affectio societatis* os chamados acionistas-especuladores (aqueles que compram e vendem ações no mercado com o exclusivo escopo de auferir ganho na atividade especulativa), os quais, adquirem, em última análise, um papel a ser vendido, tão logo as condições mercadológicas assim o aconselhem.

## 5. Natureza jurídica do acordo de acionistas

Novamente aproveitando a doutrina de MARCELO SACRAMONE, cumpre observar a esta altura, invocando ainda EIZIRIK, que “os efeitos decorrentes dos acordos de voto produzem-se essencialmente perante a companhia, na medida em que é no âmbito dos órgãos sociais que os convenientes e os administradores por eles indicados devem profereir o voto de acordo com as disposições pactuadas (...) Assim, o arquivamento do acordo de acionistas na sede social destina-se a impor à companhia a observância das cláusulas referentes ao exercício do direito de voto ou do poder de controle, impedindo-a de computar o voto manifestado em sentido contrário daquele previamente ajustado”<sup>12</sup>.

A despeito de encontrar-se inserido na lei das sociedades anônimas, o acordo de acionistas, tido como instrumento utilizado para a composição dos interesses individuais dos acionistas dentro da companhia, trata de negócio jurídico de direito privado que se submete aos requisitos de validade do direito comum.

<sup>12</sup> EIZIRIK, Nelson. *Revista de Direito Mercantil, Industrial e Econômico*, n. 129, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 45-53, *apud* in SACRAMONE, *op. cit.*



Neste sentido, afirma CARVALHOSA que não obstante seja a lei societária fonte formal do Direito, a fonte substancial do acordo de acionistas encontra-se no direito das obrigações<sup>13</sup>.

Deste modo, a formação do citado pacto se dá mediante a livre manifestação da vontade dos contratantes, que, por tal razão, sujeitam-se ao que foi acordado. Logo, para que produza os efeitos desejados pelos seus signatários, os acordos de acionistas devem submeter-se às normas comuns de validade aplicáveis aos negócios jurídicos segundo os ditames do Código Civil de 2002, que prevê em seu artigo 104 que o negócio jurídico, para que surta os efeitos pretendidos, requer: a) partes capazes, b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável e c) forma prescrita ou não defesa em lei.

A natureza do acordo de acionistas aproxima-se então do contrato de sociedade, razão pela qual se considera aquele um pacto dito “*parassocial*”, incluído na categoria dos contratos plurilaterais, com características próprias, não presentes nos contratos unilaterais ou bilaterais.

Há necessária submissão hierárquica ao estatuto social, tratando-se de verdadeira norma secundária que pressupõe, por óbvio, a constituição da sociedade, na medida em que é voltado ao implemento da vontade manifestada pelos contratantes representados como acionistas que se unem com claro escopo de atingimento de fim comum, produzindo tal vínculo, efeitos no âmbito social.

Necessário elucidar, entretanto, que apesar de depender da companhia para existir, o acordo de acionistas não se vincula aos atos constitutivos da sociedade, pois, além de não refletir, necessariamente, o anseio da totalidade dos acionistas, possuem eles conteúdo distinto das declarações presentes no estatuto social.

Por outro lado, a companhia não é parte neste pacto acionário<sup>14</sup>.

Por isso é que CALIXTO SALOMÃO FILHO esclarece que o reconhecimento da “*parassocialidade*” do acordo de acionistas implica reconhecer a separação do acordo de acionistas da disciplina típica, legal e estatutária, decorrendo disto a impossibilidade destes modificarem a relação social.

O que pode ocorrer, em certos casos, é que a relação entre as partes tenha força vinculante para a sociedade, igualmente atingida pelos termos pactuados, ainda que no aspecto fático<sup>15</sup>.

Vale dizer que os contratos plurilaterais abrangem não apenas o contrato de sociedade, como igualmente outros tipos contratos, de seu teor, extrai-se uma finalidade econômica comum desejada pelas partes, como ocorre – além do comentado acordo de acionistas – com o consórcio (arts. 278 e 279 da Lei 6.404/76) e com a convenção de grupo de sociedades (art. 269, Lei 6.404/76), ou como pode decorrer do exame de contratos inominados, que, por sua substância, apresentem conteúdo plurilateral.

Já FRAN MARTINS, citando COMPARATO, esclarece que a plurilateralidade de um contrato não se qualifica pela existência de mais de dois contratantes, não devendo confundir-se *parte* com *sujeito*.

<sup>13</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de Acionistas*. São Paulo, Saraiva, 1984, p. 32-33.

<sup>14</sup> BARBI FILHO, Celso. Acordo de acionistas: Panorama atual do instituto no Direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal, in: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 121, São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 30-55.

<sup>15</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo Direito Societário*, 2ª ed, São Paulo, Malheiros, 2002.



O contrato bilateral, por possuir dois centros de interesses distintos, terá sempre duas partes, que podem ser ocupadas por mais de um sujeito.

De outra forma, ainda que possua somente duas partes, o contrato plurilateral, caracterizado pela persecução de um objetivo comum contratantes, permite a livre entrada de outras partes na relação<sup>16</sup>.

É de se notar que os contratos plurilaterais se contrapõem aos contratos bilaterais ou sinalagmáticos, na medida em que nestes pode-se identificar apenas duas vertentes de interesses antagônicos, em que pese possam ser representados, cada polo, por mais de um indivíduo, enquanto naqueles, cada parte possui direitos e obrigações não para com “uma outra”, mais para com “todas” as outras<sup>17</sup>.

E diferentemente do que ocorre nos acordos plurilaterais, os acordos bilaterais apresentam uma relação sinalagmática, quando a obrigação de uma das partes depende da existência de uma obrigação válida da parte contrária, apresentando clara reciprocidade de contraprestações entre os seus signatários.

Diante disto, os acordos de acionistas vêm sendo classificados pela doutrina como sendo plurilaterais, bilaterais ou unilaterais.

COMPARATO analisa esta classificação quanto aos efeitos do acordo, esclarecendo que se imputa a eficácia dos acordos em relação às partes, ou centros de interesse contratual, que não se confunde com os sujeitos do contrato, ou seja, aqueles que manifestam declarações de vontade<sup>18</sup>.

## 6. Resolução do acordo de acionistas

Poderia se imaginar neste ponto da argumentação aqui desenvolvida que os acordos “*parassociais*” só poderiam ser resolvidos por “justa causa”, não se aplicando os mecanismos de resolução (rescisão e resilição) próprios dos negócios bilaterais.

O aludido pensamento implicaria em defender que não haveria “resolução” do acordo, mas sim “dissolução”, a ser obtida necessariamente pela via judicial. Evidentemente, tal corrente de pensamento identifica a deslealdade e a quebra da boa-fé como suficientes para a caracterização da “justa causa”, responsável pelo rompimento da *affectio societatis* e autorizadora do pedido de “dissolução”.

No entanto, a melhor orientação parece ser aquela que acolha os efeitos da *plurilateralidade* do acordo de acionistas à luz da cláusula geral de liberdade de associação, prevista no art. 5º, XX, da Constituição Federal, permitindo a resolução do acordo por desinteligência entre seus subscritores.

Não há dúvidas que o direito do contraente de se desvincular da comunhão “*parassocial*” não é absoluto: se por um lado a liberdade de desvinculação deve transigir com outros interesses do grupo subscritor do acordo, por outro a análise do problema merece ser aprofundada para que se solucione diferentemente o conflito entre acionistas, conforme o acordo tenha sido celebrado ou não por prazo determinado.

<sup>16</sup> MARTINS, Fran. *Novos Estudos de Direito Societário: Sociedades Anônimas e Sociedades por Cotas*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 114-115.

<sup>17</sup> ASCARELLI, Túllio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

<sup>18</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 55.

Por conseguinte, nos acordos firmados por prazo indeterminado, o que se defende é a admissão da resolução do contrato por iniciativa de uma das partes (ou grupo), em razão da quebra da *affectio societatis*, isto é, da vontade de integrar aquele grupo de acionistas, desde que disto não resulte afronta à boa-fé e à confiança, capaz de gerar prejuízos às contrapartes.

E por ser assim, relevante se faz novamente destacar que o acordo de acionistas pode ser celebrado por prazo determinado ou por prazo indeterminado.

Quando celebrado com prazo determinado, as partes podem definir a data certa da sua expiração ou estabelecer sua vigência até que seja implementada uma condição resolutiva.

Sob outro prisma, não sendo determinado o prazo de duração do acordo, *a priori*, este poderia ser denunciado a qualquer tempo, imotivadamente, mas, por apresentar certas peculiaridades, o acordo de acionistas merece especial atenção neste ponto.

Ocorre que o silêncio da lei no que se refere à denúncia dos acordos com prazo indeterminado, somando-se à relevância deste instituto perante a sociedade, por encontrar-se acima dos interesses pessoais dos sócios para atingir o fim social almejado, acabou por levantar algumas dúvidas que provocaram dissídios doutrinários e jurisprudenciais envolvendo o tema.

Poder-se-ia então imaginar que a regra geral civilista, quanto aos contratos por prazo indeterminado, permite sua denúncia a qualquer tempo, independentemente de motivação, baseando-se no princípio da teoria geral dos contratos que repele vínculos eternos<sup>19</sup>.

Destarte, analisando a natureza plurilateral dos acordos de controle e dos acordos de voto (minoritários), correto afirmar que nestes casos não deve prevalecer o princípio da rescindibilidade do acordo, mas o da dissolução.

Tal entendimento é justificado pelo fato de não haver nesse tipo de avença prestações de uma parte junto à outra, própria dos negócios bilaterais.

Ao contrário, o acordo tem por objeto o exercício comum do poder-dever do controle ou o exercício do voto da minoria.

O que se afirma, em outras palavras, é que se tratando de acordo plurilateral, como os de controle e os de voto, caso não tenha sido definido o prazo de sua vigência, a denúncia pode ser pautada na quebra da *affectio* que deixe claro a desavença entre as partes e nestes casos se torna fundamental para que seja caracterizada a quebra da *affectio*, vale dizer, um não alinhamento subjetivo de interesses, o que não mais se coaduna com a manutenção forçada do antigo acordo entabulado.

## 7. Análise jurisprudencial

Trataremos neste tópico, em especial, do resultado extraído de um julgado aqui tido como relevante do C. Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial.

Pertinente observar que falamos de um REsp. n. 388.423-RS interposto por Petroplastic Indústria de Artefatos Plásticos Ltda. em face de Primeira Indústria de Comércio

---

<sup>19</sup> PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3. p.153.

Ltda. e Petrobrás Química S/A, por meio do qual se discutia matéria referente à resolução do acordo de acionistas por quebra da *affectio societatis*.

Em linhas gerais, vale anotar que a recorrida postulou em juízo o pedido de resolução do acordo de acionistas sob o argumento de rompimento da *affectio societatis* em virtude da exclusão de uma das partes do acordo e do descumprimento, pela recorrente, do dever de lealdade e cooperação, sendo esta pretensão fundada, ainda, no inciso XX do artigo 5º da Constituição Federal que resguarda o princípio da liberdade de associação.

Tida como vencida nas denominadas instâncias ordinárias, a empresa Petroplastic Indústria de Artefatos Plásticos Ltda. recorreu à via especial, reiterando sua oposição à resolução do acordo de acionistas, negando ainda sua inadimplência quanto às obrigações pactuadas. Argumentou mais, que nos termos da cláusula geral de execução específica das obrigações assumidas por acordo de acionistas, inserta no artigo 118 parágrafo 3º da Lei 6.404/76, as soluções nos acordos de acionistas não comportavam rescisão por inadimplemento.

De acordo com o ponto de vista recorrente, o desentendimento entre os signatários do acordo de acionistas, culminando com a quebra da *affectio societatis*, não seria causa para a resolução do pacto.

Diante disto, o Superior Tribunal de Justiça, confirmando a decisão do tribunal recorrido, acabou por admitir a resolução do acordo de acionistas por inadimplemento das partes, ou inexecução em geral, bem como pela quebra da *affectio societatis*, com o que se convalidam os argumentos aqui expostos em torno da relevância do conceito de *affectio* em matéria de acordo de acionistas.

Assim se afirma, posto que ao apreciar os argumentos apresentados pelas das partes, discorreu-se acerca do tema, amparado por ilustres juristas como CARVALHOSA e BARBI FILHO, entendendo ser justificável a resolução do acordo pela ausência de confiança e quebra do dever de cooperação e lealdade entre as partes, ou seja, com base na quebra da *affectio societatis*.

## 8. Conclusões

Interesse social, por óbvio, não pode desprezar inafastável eficiência corporativa.

Se assim o é, não se pode negar a eficiência do acordo de acionistas para a composição dos interesses de seus signatários no âmbito das sociedades por ações verificando, inclusive, que este extrapola o interesse particular de cada sócio podendo vincular a sociedade.

Referidos pactos, especialmente aqueles de comando, podem estabelecer, em última instância, os rumos da administração da companhia.

A resolução destes pactos, especialmente quando não houver sido determinado um prazo para sua vigência é tratado com especial atenção, considerando o silêncio da lei a este respeito,

E pese, embora realmente funcionalizada tanto aos princípios fundamentais da República (artigos 1º e 3º, da CF) quanto aos princípios sob os quais se encontra ordenada a atividade econômica (artigo 170, da CF) a *affectio societatis* não se trata de um conceito absolutamente superado em matéria de direito societário.

Do quanto do foi exposto, razoável concluir que conquanto meros aborrecimentos ou divergências diminutas não tenham força jurídica capaz de dissolver o acordo, o que se afirma é que a *affectio* ainda está viva no direito societário, sobretudo, em matéria de acordo de acionistas, posto que a discórdia, que por sua gravidade possa afetar de maneira irremediável o cumprimento do objetivo estabelecido na avença, em consequência, pode vir a dar causa ao pedido de resolução do pacto.

A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça mencionada neste estudo, decisão esta afeta ao rompimento do acordo de acionistas com base na quebra da *affectio* e deslealdade entre seus signatários, aponta o entendimento jurisprudencial pelo reconhecimento da exigência e da subsistência longeva da boa-fé nos acordos entre os acionistas de sociedades anônimas.

Considera-se, pois, que os pactos “*parassociais*” acentuam o caráter pessoal nessas sociedades de capital, reivindicando um posicionamento leal e reto entre seus aderentes, o que, por óbvio, deve perdurar para que os acordos também perdurem pautados pela *affectio societatis*.

Essa abordagem parte da premissa, já comentada, de que não é a forma societária que determina a substância do fenômeno associativo, mas sim as circunstâncias reais que lhe dizem respeito.

Só assim se pode validamente chegar à conclusão de que a relação firmada por meio de acordo de acionistas é pautada na *affectio societatis*, cujo desaparecimento implica (ou pode implicar) na resolução do ajuste.

Evidente, então, a ainda fundamental importância da *affectio* no âmbito do acordo de acionistas e sua resolução, notadamente com alicerce na deslealdade e no conjunto de atitudes incompatíveis com o dever de cooperação, visualizando-se com clareza, nessa quadra de considerações, a inviabilidade da continuidade na vigência do ajuste quando não mais existente o liame subjetivo de escopo comum que unia os interessados por meio do acordo pautado na *affectio*.

## Referências

- ASCARELLI, Túllio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969.
- BARBI FILHO, Celso. *Acordo de Acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 121 - Acordo de Acionistas: Panorama Atual do Instituto no Direito Brasileiro e Propostas para a Reforma de sua Disciplina Legal. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001.
- BERTOLDI, Marcelo M. (Coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: Comentários à Lei 10.303 de 31.10.2001*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BONFANTE, Pietro. *Corso di Diritto Romano*. Imprenta: Milano, A. Giuffrè, 1963.
- BUGARELLI, Waldírio. *Questões de Direito Societário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de Acionistas*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 2.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- \_\_\_\_\_. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CORREA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima: Textos e Casos*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Sociedade Anônima*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- COZIAN, Maurice e VIANDIER, Alain. *Droit des Sociétés*, 5ª. ed. Paris: Litec, 1992.
- EIZIRIK, Nelson. *Temas de Direito Societário*. São Paulo: Renovar, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Revista de Direito Mercantil, Industrial e Econômico*, n. 129, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 45-53, apud in SACRAMONE, op. cit.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Coord). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LEITE JÚNIOR, Carlos Antônio Goulart. *Affectio Societatis: na sociedade civil e nas sociedades simples*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MARTINS, Fran. *Novos Estudos de Direito Societário: Sociedades Anônimas e Sociedades por Cotas*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Direito Europeu das Sociedades*. Coimbra, Almedina, 2005.
- MENEZES, Maurício Moreira Mendonça de. *Resolução de Acordo de Acionistas com base na quebra da affectio societatis*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, (julho-set. 2005), v. 23.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Acordo de Acionista e Eficiência da Companhia*.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda, GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1979, v. 1.

THALLER. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*. Paris: A. Rousseau Éditeur, 1898.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. *Modificações introduzidas na Lei das Sociedades por Ações, quanto à disciplina da administração das companhias*, in LOBO, Jorge (coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002.

VALVERDE, Trajano Miranda. *Sociedades por Ações*. 2ª ed., v. II, Rio de Janeiro, Forense, 1953.

WALD, Arnold. A evolução do regime legal do conselho de administração, os acordos de acionistas e os impedimentos dos conselheiros decorrentes de conflitos de interesses, in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 11, RT, 2001.

# Contratos de seguro, mutualismo, solidariedade e boa-fé: análise de decisões judiciais

**Eduardo Calvert<sup>1</sup>**

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

## I. Introdução

Os contratos de seguro detêm características que os diferenciam dos demais tipos de contratos de massa, cujo conhecimento é determinante para a solução justa de litígios advindos deste tipo de contratação entre o segurador e os segurados.

Sem pretensão de exaurir o tema ou trazer novidades conceituais ao assunto, o presente trabalho pretende perpassar alguns dos princípios basilares do contrato de seguro, especialmente o mutualismo, a solidariedade e a boa-fé, analisando, ao final, o tratamento dado em decisões judiciais a casos práticos envolvendo contratos de seguro.

Espera-se, com a presente análise, demonstrar que a proteção aos segurados (consumidores) deve respeitar determinados limites impostos pela natureza dos contratos de seguro e suas especificidades, sob pena de impingir prejuízos à coletividade de segurados em razão da proteção da má-fé de alguns.

## II. Princípios aplicáveis aos contratos de seguro.

### O mutualismo, a solidariedade e a boa-fé

Definido pelo artigo 757 do Código Civil como um contrato pelo qual “o segurador se obriga, mediante pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou coisa, contra riscos determinados”, o contrato de seguro remonta suas origens à Idade Média, época em que se restringia à cobertura de sinistros em navios de cargas.

O espírito do contrato de seguro, no entanto, e o seu vínculo de mutualidade, é sabidamente mais antigo, podendo ser encontrado expressamente no Digesto na *Lex Rhodia de lactu*, a qual previa a divisão proporcional dos prejuízos impostos aos proprietários de mercadorias e objetos que fossem atirados ao mar para livrar a embarcação de um naufrágio entre todos aqueles que fossem beneficiados com o alijamento das cargas.

O mutualismo é uma das características mais destacadas e importantes do contrato de seguro, sendo tratado pelos autores ora como elemento essencial do seguro, ora como um dos princípios que regem esses contratos. O mutualismo baseia-se na concepção de que é mais fácil suportar coletivamente as consequências danosas dos riscos individuais do que deixar o indivíduo, só e isolado, exposto a essas consequências<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Formado em Direito pela Universidade de São Paulo.

<sup>2</sup> Gustavo Tepedino; Heloísa Helena Barboza; Maria Celina Bodin de Moraes. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Vol. II, pág. 563.



O risco é uma constante na vida de qualquer indivíduo e é justamente o sentimento de insegurança gerado pela existência do risco que levou à criação do instituto do seguro, o qual representa uma união de esforços para superar as consequências individuais de danos futuros.

Como não é possível eliminar a atividade geradora do risco, nem se mostra suficiente a formação de um fundo preventivo individualmente para cobrir as perdas futuras, a solução que se mostra viável é a repartição ou partilha de riscos, viabilizando o atendimento das necessidades dos que sofrem a concretização do risco (dano) por meio da aproximação dos indivíduos num método de economia coletiva em que a participação não representa grande sacrifício individual<sup>3</sup>.

O mutualismo caracteriza-se, portanto, por uma comunidade submetida aos mesmos riscos, um agrupamento de pessoas expostas aos mesmos perigos, às mesmas probabilidades de dano, que decidem contribuir para a formação de um fundo capaz de fazer frente aos prejuízos sofridos pelo grupo.

O seguro, na realidade, é uma operação coletiva de poupança: de um lado estão inúmeras pessoas, reunidas em um processo de mutualismo, todas poupando pequenas quantias; de outro lado está o segurador, administrando essa poupança, por sua conta e risco, e destinando-a àqueles que dela necessitem em razão de prejuízos concretizados<sup>4</sup>.

O segurador moderno, portanto, é um administrador de fundos mutuais; a rigor, não entra com dinheiro próprio para cobrir ou garantir riscos dos outros, mas sim com trabalho, técnica e experiência capazes de proporcionar a adequada gestão desses fundos.

Essa é uma conclusão importante para as análises que serão feitas a seguir: do ponto de vista puramente econômico, a seguradora apenas administra os recursos formados pela mutualidade dos segurados, cobrando um preço por esse serviço, que é o seu lucro.

O mutualismo está intimamente ligado a outros 2 (dois) princípios essenciais do contrato de seguro: a solidariedade e a boa-fé. Veja-se a definição de “mutualismo” apresentada pelo Instituto Brasileiro de Atuária:

*Princípio fundamental que constitui a base de toda operação de seguro. O mutualismo na atividade atuarial nasce da convergência de duas virtudes cardeais da humanidade: boa fé e solidariedade. A credibilidade da palavra do segurado, ao declarar suas condições pessoais na contratação e/ou adesão, e do segurador, ao prometer proteção, é pilar essencial para a atividade de seguro, haja vista que as partes repartem entre si o preço da proteção ao patrimônio, às rendas, à vida ou à saúde, em face da imprevisibilidade do risco. O mutualismo, por definição, é a associação entre membros de um grupo no qual suas contribuições são utilizadas para propor e garantir benefícios aos seus participantes, portanto está relacionado à união de esforços de muitos em favor aleatório de alguns elementos do grupo.*

O traço que individualiza o contrato de seguro, distinguindo-o dos outros contratos, é justamente esse sistema de poupança coletiva, que permite uma segurança impensável

<sup>3</sup> Juliana Carolina Frutuoso Bizarria. *O dever de cooperação no contrato de seguro*, in *Revista de Direito Privado*, ano 13, vol. 50, abril-junho 2012. São Paulo: RT. Pág. 168.

<sup>4</sup> Sérgio Cavalieri Filho. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012. Pág. 464.

vel do ponto de vista individual. Segundo Ovídio Baptista da Silva, o contrato de seguro preservou a característica de uma instituição de natureza solidária, “enquanto genuína expressão de um contrato rigorosamente econômico, porém, apesar disso, com a feição de um negócio jurídico que, ao invés do conflito, assenta-se no princípio da solidariedade entre os sujeitos que dele participam”<sup>5</sup>.

A definição de seguro feita pela rainha Elisabeth I, há mais de 3 (três) séculos, demonstra as bases solidárias deste contrato: “com o seguro, o dano é um fardo que pesa levemente sobre um grande número de pessoas, em vez de insuportavelmente sobre um pequeno número”<sup>6</sup>.

No entanto, para que a comunhão de mutualistas possa efetivamente fazer frente aos prejuízos a serem suportados e ao pagamento das respectivas indenizações, é necessária a aplicação de uma técnica baseada no cálculo de probabilidades e na chamada ciência atuarial. Segundo a “teoria da empresa”, uma das teorias que pretendem trazer um conceito unitário ao contrato de seguro, defendida por Cesare Vivante, o contrato de seguro seria caracterizado justamente pela massificação e pelo cálculo sistemático de probabilidades.

A solidariedade dos indivíduos reunidos na mutualidade somente será eficaz se o valor da contribuição dada pela coletividade for suficiente para o pagamento do total dos prejuízos experimentados individualmente pelos integrantes do grupo – é na análise do valor da contribuição a ser dada pelos segurados (e mesmo na possibilidade de realização do seguro) que o princípio da boa-fé desponta.

Denomina-se prêmio a contribuição de cada indivíduo ao fundo comum. O valor da contribuição de cada integrante dessa comunidade em risco para a formação do fundo comum dependerá do conhecimento antecipado do número de sinistros que poderão ocorrer num determinado período – é aqui que entram os cálculos das probabilidades e a lei dos grandes números. Por meio da estatística é possível saber, com grande aproximação, o número de ocorrências de determinados eventos em uma certa comunidade durante determinado espaço de tempo, de forma a permitir ao segurador calcular, mediante tabelas de previsões, o volume provável de sinistros que irão ocorrer e o montante das indenizações que terão de ser pagas num determinado período futuro. Com base nesses cálculos de probabilidades, ou atuariais, avalia-se o total dos prêmios a serem pagos pelos segurados<sup>7</sup>.

A análise dos riscos e das probabilidades de ocorrência dos sinistros baseia-se na ponderação de uma miríade de fatores, considerando-se dados históricos da concretização dos riscos contra os quais o seguro concede a proteção. Muitos desses fatores afetam a análise dos riscos a que o interesse segurado está exposto relacionam-se a circunstâncias subjetivas do segurado – idade, local de residência, natureza do uso da coisa segurada, comportamento, etc.

Existe, portanto, uma óbvia relação entre o valor do prêmio a ser pago pelo segurado e as circunstâncias subjetivas que tornam o risco mais suscetível de realizar-se concretamente – quanto maior o risco que envolve o bem segurado, maior será o prêmio

<sup>5</sup> *Natureza jurídica do monte de previdência*, in Instituto Brasileiro de Direito de Seguro. II Fórum de Direito de Seguro “José Sollero Filho”. São Paulo: Max Limonad, 2001. Pág. 104.

<sup>6</sup> Sérgio Cavalieri Filho. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012. Pág. 468.

<sup>7</sup> Sérgio Cavalieri Filho. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012. Pág. 465-466.

a ser pago. Ademais, em determinados casos, diante da alta probabilidade de ocorrência do dano, pode a contratação de seguro tornar-se impraticável.

Ocorre que o segurador se baseia exclusivamente nas informações prestadas pelos próprios segurados acerca de suas circunstâncias pessoais para a aceitação do contrato e para o cálculo do prêmio a ser pago pela proteção, motivo pelo qual a inveracidade das informações prestadas pelos segurados poderá acarretar no desequilíbrio do fundo comum, uma vez que os riscos a que estão expostos os interesses protegidos serão subdimensionados pelo segurador, tendo em vista a falsidade das premissas adotadas quando do cálculo das probabilidades.

E nem se poderia esperar dos seguradores um maior cuidado na análise das informações prestadas pelos segurados quando do encaminhamento das propostas de seguro. Isso porque a checagem de informações, considerando-se o volume de contratos de seguro (e lembrando que uma das características essenciais do seguro é a massificação de contratos), importaria numa elevação brutal dos custos da operação e numa burocratização do processo de contratação que tornariam impraticável o seguro<sup>8</sup>.

Sendo as informações prestadas pelas partes contratantes essenciais para o equilíbrio econômico e para a própria viabilidade do contrato de seguro, a boa-fé destaca-se como um dos pilares deste instituto jurídico. Essa realidade é espelhada pela legislação – o Código Civil de 1916, muito embora não mencionasse expressamente a boa-fé como elemento integrante dos contratos em geral, previa expressamente, em seu artigo 1.443, que “o segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

O Código Civil vigente trouxe dicção idêntica em seu artigo 765: “o segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”. E, no artigo 766, impõe sanção ao segurado que prestar informações inverídicas: “se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido”.

Ocorre que com o pretensão propósito de proteger o segurado, parte teoricamente hipossuficiente em cotejo com o segurador, infelizmente não têm sido poucas as decisões que temperam a boa-fé de maneira muito branda, quase que desinfluente à formação do contrato de seguro, o que culmina com a obrigação de que o segurador tenha que arcar

<sup>8</sup> Nesse sentido pondera Sérgio Cavalieri Filho: “se o seguro é uma operação de massa, sempre realizada em escala comercial e fundada no estrito equilíbrio da mutualidade; se não é possível discutir previamente as suas cláusulas, uniformemente estabelecidas nas condições gerais da apólice; enfim, se o seguro, para atingir a sua finalidade social, tem que ser rápido, eficiente, não podendo ficar na dependência de burocráticos processos de fiscalização, nem de morosas pesquisas por parte das seguradoras, então, a sua viabilidade depende da mais estrita boa-fé de ambas as partes. Se cada uma não usar de veracidade, o seguro se torna impraticável” (“Programa de responsabilidade civil”. São Paulo: Atlas, 2012. Pág. 466). No mesmo sentido, em relação especificamente ao incremento dos custos, Ilan Goldberg: “Refletindo sob o prisma dos custos que seriam agregados a esta operação caso fossem contratados investigadores para se certificarem a respeito de cada informação prestada (aos milhares, talvez milhões de informações por dia), caso sejam exigidos os mais completos exames médicos anteriormente à celebração de cada contrato de seguro de vida/saúde, a fim de saber se as assertivas ventiladas pelos proponentes são ou não verdadeiras, cujos custos, notoriamente, são elevadíssimos, fatalmente os preços dos prêmios praticados sofreriam uma majoração impagável para a grande maioria da população, que é a real beneficiária dos contratos de seguro de massa” (“Direito de seguro e resseguro”. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Pág. 106).

com o pagamento do capital segurado mesmo em hipóteses nas quais, evidentemente, o segurado tenha deixado de agir com a necessária boa-fé<sup>9</sup>.

Deve-se realmente ponderar se a óptica teoricamente protecionista dos interesses dos segurados, que tem como consequência condenações em hipóteses nas quais está clara a má-fé, beneficiam ou prejudicam o grupo no qual está inserido o segurado<sup>10</sup>.

Essas questões, dentre outras, passam a ser analisadas abaixo.

### III. Análise de casos práticos

#### a) Declaração do risco:

Conforme acima apontado, a individualização e a delimitação do risco se baseiam exclusivamente nas declarações do segurado na proposta para a contratação do seguro. A veracidade das informações é essencial, portanto, para a manutenção do equilíbrio econômico do contrato e do fundo mutual.

A importância da qualidade das informações e a obrigação do segurado em prestá-las de forma completa foram prestigiadas pela legislação. O artigo 766 do Código Civil dispõe que “se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido”.

Note-se que a legislação protege o segurador mesmo na hipótese de o segurado não haver agido de má-fé quando prestou as informações inexatas ou incompletas. Essa conclusão se alcança pela análise do parágrafo único do mesmo artigo 766, o qual prevê que “se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio”.

A interpretação dos dispositivos é clara e redundante em duas consequências para hipóteses distintas: o segurado presta informações inexatas ou incompletas de má-fé (ou seja, quando detém o conhecimento acerca delas e as omite ou distorce conscientemente), ocasião em que perderá o direito à garantia e não será restituído do valor do prêmio que houver pago; ou o segurado presta informações inexatas ou incompletas de boa-fé (ou seja, quando não detém o conhecimento acerca delas ou não há omissão ou distorção consciente), hipótese em que o contrato poderá ser resolvido, com restituição do prêmio que houver sido pago, ou poderá ser cobrada pelo segurador a diferença do valor do prêmio, mantendo-se a garantia.

Note-se, portanto, que em hipótese nenhuma a legislação permite a imposição à comunidade de segurados o ônus de arcar com indenizações advindas de contratos de seguro desequilibrados, nos quais as informações prestadas pelo segurado sejam inverídicas. Em prestígio aos princípios da mutualidade e da solidariedade, acima explicitados, a legislação impede que sejam beneficiados, em detrimento do grupo, segurados que prestam informações inverídicas – ajam ou não de má-fé.

<sup>9</sup> Ilan Goldberg. *Direito de seguro e resseguro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Pág. 100.

<sup>10</sup> *Idem*, pág. 106.

Contrariando essas conclusões, decisões judiciais têm prestigiado a má-fé de alguns segurados que omitem informações relevantes quando da contratação do seguro. Veja-se ementa que explicita entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça:

**SEGURO DE VIDA. DOENÇA PREEXISTENTE. EXAMES PRÉVIOS. AUSÊNCIA. INOPONIBILIDADE.**

*Conforme entendimento pacificado desta Corte, a seguradora, ao receber o pagamento do prêmio e concretizar o seguro, sem exigir exames prévios, responde pelo risco assumido, não podendo esquivar-se do pagamento da indenização, sob a alegação de doença preexistente, salvo se comprove a deliberada má-fé do segurado. Recurso provido. (recurso especial 777.974, relatado pelo Ministro Castro Filho e julgado em 9.5.2006)*

Do voto do Ministro relator, destaca-se o seguinte trecho:

*No caso concreto, a seguradora provou que a doença era preexistente e que a segurada dela tinha conhecimento, contudo, não demonstrou que houve omissão intencional acerca do seu estado de saúde.*

*Outrossim, conforme entendimento pacificado desta Corte, a seguradora, ao receber o pagamento do prêmio e concretizar o seguro, sem exigir exames prévios, responde pelo risco assumido, não podendo se esquivar do pagamento da indenização, sob a alegação de doença preexistente, salvo se comprove a deliberada má-fé do segurado.*

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, repetido em diversos julgamentos daquela Corte, contraria diretamente as disposições do artigo 766 e de seu parágrafo único. Isso porque, mesmo diante da comprovação da inexatidão das informações prestadas pelo segurado (ou seja, a preexistência da doença), deixou de aplicar as soluções previstas nas prescrições legais.

Outrossim, o entendimento prestigia de forma expressa a má-fé dos segurados e representa um incentivo para a omissão de informações quando da contratação, uma vez que, mesmo diante da comprovação da consciência do segurado acerca da doença quando da contratação, afasta o reconhecimento da má-fé.

De que outra forma, senão por meio da comprovação da consciência do segurado acerca da inveracidade das informações prestadas, poderia o segurador comprovar a má-fé daquele?

Ademais, a legislação determina simplesmente que o segurado preste informações verídicas. A inveracidade das informações (ou seja, a existência ou não da circunstância omitida) e a má-fé do segurado (ou seja, a sua consciência acerca da existência da circunstância omitida) são fatos a serem aferidos de forma objetiva.

Outras decisões judiciais, perscrutando além do que determina a legislação, utilizam-se de conceitos etéreos como a “relevância” ou “irrelevância” das omissões dos segurados ou da análise da causalidade entre o sinistro e a circunstância omitida, também para ser leniente com o infrator e proteger a sua conduta de má-fé.

Neste julgamento do Superior Tribunal de Justiça, muito embora reconhecendo a má-fé do segurado ao omitir doença grave e mesmo reconhecendo que a doença omitida constituiu concausa de sua morte, entendeu-se pela impossibilidade de afastamento da indenização:

**SEGURO DE VIDA. CAUSA DIRETA DO ÓBITO NÃO RELACIONADA À DOENÇA PREEXISTENTE OMITIDA. DIREITO À COBERTURA.**

1. *A partir dos fatos assentados pelas instâncias ordinárias, tem-se que as causas diretas do óbito foram embolia pulmonar, insuficiência respiratória e infecção respiratória, decorrentes de tratamento de fratura no fêmur.*

2. *A circunstância de haver doença preexistente que fragilizava a saúde do segurado (hepatopatia crônica), doença esta não informada quando da contratação da apólice, mesmo que tenha contribuído indiretamente para a morte, não exime a seguradora de honrar sua obrigação em caso de óbito cuja causa direta não foi a doença omitida.*

3. *Recurso especial a que se dá provimento. (recurso especial 765.471, relatado pela Ministra Maria Isabel Gallotti e julgado em 6.12.2012)*

Destaca-se do voto da Ministra relatora:

*No caso em exame, a sentença e o acórdão recorrido concluíram que o contratante do seguro agiu de má-fé ao omitir que muito antes da assinatura da proposta teve diagnosticada hepatopatia crônica. Esta moléstia, todavia, não se constituiu na causa direta de seu falecimento, que, na verdade, teve por causas embolia pulmonar, insuficiência respiratória e infecção respiratória, decorrentes de fratura no fêmur, sendo certo que a debilidade física causada pela patologia no fígado contribuiu apenas de forma indireta para a morte, conforme delineado pelas instâncias de origem.*

Ou seja, o Tribunal reconheceu a má-fé do segurado e a omissão de informações relevantes, bem como a influência das circunstâncias omitidas para a ocorrência do sinistro, mas preferiu não aplicar a regra expressa do artigo 766 do Código Civil e prestigiar, mais uma vez, a má-fé do consumidor, em detrimento da comunidade de segurados.

Noutra oportunidade, o mesmo Superior Tribunal de Justiça releva a omissão do segurado que comprovadamente tinha conhecimento da doença preexistente omitida quando da contratação do seguro, por entender que “*não tinha consciência da gravidade de seu problema*”:

*Seguro. Doença cardíaca pré-existente. Má-fé do segurado. Precedentes da Corte.*

1. *Diversos precedentes já assentaram que a afirmação do Acórdão recorrido, com apoio no conjunto probatório, afastando a má-fé, não dá margem a reexame na instância especial.*

2. Na mesma linha, já decidiu a Corte que para a incidência do art. 1.444 do Código Civil é “necessário que o segurado tenha feito declarações inverídicas quando poderia fazê-las verdadeiras e completas. E isso não se verifica se não tiver ciência de seu real estado de saúde”.

3. Recurso especial não conhecido. (recurso especial 191.241, relatado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito e julgado em 19.10.1999)

No caso que deu azo ao julgamento acima transcrito, o segurado tinha consciência do seu problema grave de saúde e o omitiu do segurador quando da celebração do contrato, vindo a falecer justamente em decorrência de complicações advindas dessa condição médica. Pela ementa do acórdão advindo do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, que deu origem ao recurso especial analisado, nota-se que a parte de forma direta, consciente e objetiva, descumpriu com o dever de veracidade, mas o Poder Judiciário desconsiderou esta falta:

*Não age com má-fé, e sim cumpre seu dever contratual de dizer a verdade, o segurado que não tem consciência da gravidade de seu problema, embora saiba ser dele portador. Corre risco normal a seguradora nestes casos, ainda mais se não procedeu ao exame médico prévio de seus prováveis segurados.*

A proteção da parte considerada mais fraca pelos Tribunais e a adoção de entendimentos como o ora analisados foram objeto de percutiente observação de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa:

*É um fato constatado que um segmento da doutrina e da jurisprudência tem relativizado a norma sob comentário com um claro sentido de proteção da parte considerada mais fraca, o segurado, principalmente quando a indenização pleiteada tem o papel de garantir a sobrevivência de sua família (...). Mas, diante da lei imperativa, os fins não justificam os meios e tais atitudes somente servem para criar efeitos prejudiciais para toda a comunidade de segurados, sabendo-se que as seguradoras imediatamente incorporam as tendências judiciais ao preço do seguro, o que importa diretamente no aumento do prêmio das próximas operações que serão concluídas. Estamos falando de externalidades negativas, de efeitos de segunda ordem e de seleção adversa<sup>11</sup>.*

Não se discute, importante ressaltar, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações existentes entre os segurados e os seguradores. No entanto, a sua aplicação não pode ter o efeito de beneficiar o consumidor desonesto, como no exemplo acima, ou de atentar contra alguns dos princípios do contrato de seguro, especialmente o mutualismo e a solidariedade.

---

<sup>11</sup> *Contratos empresariais em espécie - segundo a sua função jurídico-econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. Pág. 337.



Dessa forma, parece solução adequada a aplicação da inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, para o fim de impor ao segurador o ônus da comprovação da existência do fato ou da circunstância sobre a qual teria se omitido o segurado quando prestou as informações.

Também deve ser imposto ao segurador, uma vez feita a comprovação acima, o ônus de demonstrar a má-fé do segurado quando da omissão ou da distorção, para fins de aplicação da regra do *caput* do artigo 766 ou de seu parágrafo único – a má-fé, no entanto, deve-se considerar demonstrada tão-somente pelo conhecimento do segurado acerca do fato omitido.

Ressalte-se que, na maioria dos casos, a aplicação da “inversão do ônus da prova” sequer seria necessária, uma vez que a existência da omissão e a má-fé do segurado constituirão “*fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor*”, aplicando-se a regra do artigo 333, II, do Código de Processo Civil.

Também a proteção contratual do consumidor, nos termos dos artigos 46 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, deve ser estendida aos contratos de seguro e às informações que são prestadas pelo segurado quando da contratação – assim, se o segurador aceita o contrato sem que o consumidor preste informações ou se o questionário apresentado pelo segurador para o segurado contém questões pouco claras e que possibilitam entendimentos dúbios, não pode ser o consumidor penalizado pela deficiência na informação.

Nesse sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

*De qualquer modo, deve ser dito que em contratos de seguro firmados em agências bancárias, sem o acompanhamento de técnico de corretagem que possa bem explicar as condições e cláusulas constantes do instrumento, e que se sabe são preenchidos “pro forma”, sem nenhuma preocupação quanto ao seu conteúdo, e menos ainda com esclarecimentos a respeito da condição de saúde do segurado, – nesses casos, não se pode atribuir ao consumidor a obrigação de superar as deficiências da contratação e fornecer dados técnicos que sequer lhe são solicitados.* (extraído do voto do Ministro relator Ruy Rosado de Aguiar no recurso especial 332.787, julgado em 11.12.2001)

*Seguro. Boa-fé (inexatidão ou omissão nas declarações). Recurso especial (deficiência).*

*1. O segurado e o segurador hão de guardar a mais estrita boa-fé. Caso em que, na origem, entendeu-se que se não há “falar em má-fé do segurado, notadamente quando o questionário a que foi submetido no momento da contratação não lhe inquiriu acerca da presença de moléstias da célula hepática”. (recurso especial 219.829, relatado pelo Ministro Nilson Naves, julgado em 25.10.1999)*

*Contrato de seguro. Se a seguradora aceita a proposta de adesão, mesmo quando o segurado não fornece informações sobre o seu estado de saúde, assume os riscos do negócio. Não pode, por essa razão, ocorrendo o sinistro, recusar-se a indenizar. (recurso especial 198.015, relatado pelo Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 23.3.1999)*

Parece correta a proteção dos consumidores nestas hipóteses em que não haja possibilidade de manifestação livre das informações – seja pela ausência de questionário,

seja pela dificuldade de compreensão dos termos do contrato ou pela obscuridade das questões que lhe são submetidas.

É questionável, no entanto, a proteção de consumidores que comprovadamente agiram de má-fé ao prestar as informações ao segurador, com o nítido interesse de fazê-lo aceitar a contratação que se mostra impraticável (nas hipóteses em que os riscos são muito elevados) ou de acarretar um decréscimo no prêmio a ser pago pelo segurado.

Nestes casos, a questão assume até mesmo um contorno moral, uma vez que, em se tratando de contratos de seguro, quem tem boa-fé concorre lealmente para a formação da solidariedade necessária no seguro; concorre com a mesma lealdade com que os demais concorreram para a proteção do interesse coletivo. Quem age com má-fé está querendo se locupletar com a solidariedade dos outros<sup>12</sup>.

Nessas hipóteses, além de contrária à lei, diante das disposições expressas do artigo 766 do Código Civil, a proteção do consumidor mostra-se socialmente inadequada, uma vez que incentiva e premia o seu comportamento desleal. Deve-se lembrar que as decisões do Poder Judiciário detêm caráter pedagógico e parametrizam os comportamentos que se esperam da sociedade.

#### b) Agravamento do risco e embriaguez:

Viu-se acima que a análise dos riscos e das probabilidades de ocorrência dos sinistros, para o fim de se estipular o valor do prêmio a ser pago pela garantia securitária, baseia-se na ponderação de uma miríade de fatores, dentre eles diversos que se relacionam com circunstâncias subjetivas do segurado.

Ocorre que, nos contratos de seguro de longa duração, é possível que circunstâncias supervenientes venham a interferir na probabilidade de ocorrência do sinistro, agravando-a ou diminuindo-lhe. O agravamento do risco, dependendo de sua intensidade, poderá afetar o equilíbrio econômico financeiro do contrato de seguro e a correlação entre o prêmio e o risco garantido.

Nos termos do artigo 768 do Código Civil, “*o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato*”. Assim, sempre que houver agravamento do risco de ocorrência do sinistro em razão de conduta intencional do segurado, este perderá o direito de recebimento da indenização na hipótese de concretização do risco.

A perda da garantia em hipóteses tais se justifica pelos mesmos motivos que a perda da garantia na hipótese de inexatidão ou omissão na declaração de risco pelo segurado – os princípios da mutualidade e da solidariedade determinam que todos os segurados contribuam de forma equânime para o fundo mutual, não sendo razoável que riscos diferentes paguem prêmios iguais.

Ademais, a boa-fé ínsita aos contratos de seguro determina que os segurados ajam de modo a evitar a concretização dos riscos protegidos, tudo com a finalidade de manutenção do equilíbrio econômico do fundo mutual.

Há diversos exemplos de condutas dos segurados que importam em agravamento de risco, como o início da prática de esportes radicais pelo estipulante de seguro de vida ou a participação em corrida de automóveis pelo segurado contra danos por acidentes em

<sup>12</sup> Sérgio Cavalieri Filho. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012. Pág. 468.

seu veículo. Uma das hipóteses mais recorrentes e corriqueiras no cotidiano forense é a embriaguez do condutor de veículo envolvido em acidente de trânsito.

Não é novidade que a embriaguez é a principal causa da ocorrência de acidentes de trânsito, o que motiva uma série de campanhas de conscientização da população em geral para este risco e um grande esforço repressivo por parte das autoridades públicas com a finalidade de coibir a conduta de dirigir embriagado – as *blitze* da “lei seca” viraram rotina em diversas cidades brasileiras.

Em razão do imenso risco para terceiros e para o próprio condutor, dirigir sob a influência de álcool, ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, é infração administrativa gravíssima<sup>13</sup> segundo o Código de Trânsito Brasileiro e crime que prevê pena de detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos<sup>14</sup>, de acordo com o mesmo diploma.

É evidente, portanto, que a conduta de dirigir veículo automotor sob a influência de bebidas alcoólicas agrava de modo extremo o risco da ocorrência de acidentes. Não há dúvidas também que a conduta de dirigir embriagado ou sob o efeito de substâncias psicoativas é voluntária e intencional (exceto situações excepcionais verificadas na prática).

Dessa forma, o segurado que, estando embriagado, se envolve em acidente de trânsito, claramente incide na hipótese do artigo 768 do Código Civil, uma vez que intencionalmente agrava o risco objeto do contrato, devendo, portanto, perder o direito à garantia.

Não é exatamente esse, contudo, o entendimento que desponta nos Tribunais, especialmente no Superior Tribunal de Justiça. Segundo entendimento consolidado naquela corte, a constatação da embriaguez do segurado quando da ocorrência do acidente de trânsito não é suficiente para exclusão da cobertura securitária, sendo necessária para tanto a comprovação de que a embriaguez foi a causa determinante do sinistro:

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ. AGRAVAMENTO DO RISCO NÃO CONFIGURADO. COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA.**

**1. Segundo a jurisprudência dominante desta Corte, a embriaguez do segurado, por si só, não exonera a seguradora do dever de indenizar, visto que a perda da cobertura fica condicionada à constatação de que o agravamento de risco foi condição determinante para a ocorrência do sinistro.**

**2. Se o juízo de origem, com base nos elementos dos autos, reconheceu não ser possível concluir que o estado etílico do segurado foi a causa do acidente, inviável o recurso especial, cujas razões impõem o reexame da matéria fática da lide, nos termos da vedação imposta pela Súmula nº 7/STJ.**

<sup>13</sup> “Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Infração - gravíssima”.

<sup>14</sup> “Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:  
Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”.

3. *Agravo regimental não provido.* (agravo regimental no agravo em recurso especial 230.983, relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva e julgado em 26.8.2014)

*CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO. ESTADO DE EMBRIAGUEZ DO SEGURADO. AUMENTO DO RISCO. EXCLUDENTE DE COBERTURA NÃO CONFIGURADA. CC, ART. 1.454.*

*I. Para a configuração da hipótese de exclusão da cobertura securitária prevista no art. 1.454 da lei substantiva civil, exige-se que o segurado tenha diretamente agido de forma a aumentar o risco, o que não ocorre meramente pelo fato de ter sido constatado haver ingerido dose etílica superior à admitida pela legislação do trânsito, sem que tenha a ré, cuja atividade se direciona exatamente para a cobertura de eventos incertos, demonstrado, concretamente, que sem o estado mórbido o sinistro ocorreria.*

*II. Precedentes do STJ.*

*III. Recurso conhecido e provido.* (recurso especial 341.372, relatado pelo Ministro Aldir Passarinho Júnior e julgado em 6.2.2003)

O entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça representado pelas ementas acima faz uma leitura absolutamente restritiva do artigo 768 do Código Civil e acrescenta um novo requisito extralegal para a perda do direito à garantia: a constatação de que o agravamento do risco foi determinante para a ocorrência do sinistro.

Não parece a solução mais correta.

Primeiramente, porque *agravamento do risco e causa determinante* para a ocorrência de um acidente são conceitos distintos que não devem ser confundidos - enquanto “causa determinante” pode ser conceituada como o antecedente que determina o resultado como consequência sua direta e imediata, “agravamento do risco” consiste no aumento da possibilidade de verificar-se o sinistro ou o aumento da extensão do dano.

Diversas podem ser as causas determinantes para a ocorrência de um acidente – imperfeições da malha viária, falha no funcionamento dos equipamentos do automóvel, avanço do sinal vermelho, aquaplanagem, imprudência de pedestres, etc. Em absolutamente todas essas hipóteses a embriaguez do condutor representa um fator de agravamento do risco de ocorrência do acidente ou de majoração da extensão dos danos, uma vez que os efeitos do álcool sobre o organismo humano acarretam na lentidão dos reflexos e na perda da capacidade de responder de forma rápida e eficaz às situações de perigo.

A lei não confundiu conceitos diversos, não devendo o julgador fazê-lo.

Outrossim, mostra-se notadamente difícil para a seguradora demonstrar em juízo que a embriaguez foi o motivo determinante de um acidente. Isso porque, ressalvadas hipóteses específicas em que o evento dá ensejo à persecução criminal e à elaboração de laudos técnicos pela polícia judiciária, na grande maioria das vezes não há elementos de prova suficientes para a demonstração da dinâmica do acidente.

Já se mostra demasiadamente árduo ao segurador comprovar o estado de embriaguez do segurado condutor do veículo, especialmente diante dos entendimentos judiciais acerca do direito de não produzir prova contra si mesmo, que redundam na impossibilidade de se obrigar o condutor de veículo automotor a se submeter ao teste do etilômetro ou a exame de sangue.

Se, além da comprovação da embriaguez, se impuser ao segurador o ônus de demonstrar qual o motivo determinante do acidente, esta hipótese de agravamento do risco torna-se virtualmente impossível de se aplicar na prática, em prejuízo do equilíbrio econômico dos fundos mútuos e dos princípios do mutualismo e da solidariedade, uma vez que o risco insuportável assumido por alguns poucos será repartido por todos os integrantes da comunidade de segurados.

O próprio Superior Tribunal de Justiça adotava entendimento afinado com a ideia de que a embriaguez do condutor de veículo automotor deve ser entendida impreterivelmente como agravamento do risco, ao concluir pela natureza formal do delito tipificado no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Em sua redação original, anterior à Lei 11.705/08, o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro tipificava desta forma o delito de embriaguez ao volante: “conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”.

A parte final do dispositivo legal gerou certa controvérsia acerca da necessidade de comprovação de que a conduta do agente tivesse potencialidade de produzir danos a terceiros. Havia quem entendesse que seria necessária, para a configuração do crime, a comprovação de exposição concreta de terceiros ao risco causado pelo condutor do veículo que circulasse pelas vias públicas embriagado – ou seja, caso circulasse por vias desertas e não cruzasse com outros automóveis e transeuntes, não haveria crime.

O Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento no sentido contrário, bem representado pela ementa abaixo:

*HABEAS CORPUS. CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE DELITIVA. DESNECESSIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE TRIBUNAL SUPERIOR. ATIPICIDADE DA CONDUTA, EM RAZÃO CARÁTER SUBSIDIÁRIO DO DIREITO PENAL E DA POSSIBILIDADE DE PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA. TESE NÃO SUSCITADA PERANTE A CORTE DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CO-NHECIDO E, NO MAIS, DENEGADO.*

*1. O delito de embriaguez ao volante talvez seja o exemplo mais emblemático da indispensabilidade da categoria dos crimes de perigo abstrato, e de sua previsão de modo a tutelar a segurança no trânsito, a incolumidade física dos indivíduos, e a própria vida humana, diante do risco que qualquer pedestre ou condutor de automóvel se submete ao transitar na mesma via que alguém que dirige embriagado” HC 161.393/MG, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 03/05/2012).*

*2. A tese relativa à exclusão da conduta do Paciente do âmbito de incidência do direito penal, em razão do seu caráter subsidiário e da possibilidade de aplicação da punição administrativa, não foi suscitada nem examinada pelo Tribunal a quo. Assim, não cabe a esta Corte antecipar-se em tal exame, sob pena de indevida supressão de instância.*

*3. O trancamento da ação penal pela via de habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, sem*

*a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentaram a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, circunstâncias não evidenciadas in casu.*

4. *Habeas corpus parcialmente conhecido e, no mais, denegado. (habeas corpus 187.411, relatado pela Ministra Laurita Vaz e julgado em 2.8.2012)*

Dessa forma, não há como negar que a conduta de dirigir veículo automotor sob efeito de álcool ou outra substância psicoativa representa claro agravamento do risco da ocorrência de acidentes de forma que, uma vez demonstrado que o segurado efetivamente estava sob o efeito de tais substâncias quando do acidente de trânsito, independentemente de qualquer outro requisito, deverá perder o direito à garantia, nos termos do artigo 768 do Código Civil.

Não se pode negar, por outro lado, que ao segurador será imposto o ônus de comprovar que o segurado estava embriagado quando do acidente – seja por aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor, seja em razão da regra do artigo 333, II, do Código de Processo Civil. No entanto, certamente em razão da enorme quantidade de acidentes que envolvem motoristas embriagados e da dificuldade de se obter a prova necessária à exclusão da garantia, muitos contratos de seguro vêm trazendo disposição excluindo o direito à garantia também na hipótese de o segurado se recusar a realizar o teste de alcoolemia requisitado pela autoridade quando da ocorrência do sinistro.

Nesses casos, segundo a disposição contratual, os segurados perderão o direito à garantia mesmo sem haver comprovação de sua embriaguez, unicamente diante da sua negativa em produzir a prova acerca da presença de álcool em sua corrente sanguínea.

Tal disposição contratual certamente motivará questionamentos, especialmente diante do direito de não produzir prova contra si mesmo, o qual redundará na impossibilidade de obrigar-se o condutor a se submeter ao teste de alcoolemia.

Com efeito, a partir da disposição do artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal, que prevê o direito do preso de permanecer calado, construiu-se a *teoria do nemo tenetur se detegere*, segundo a qual ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo.

No entanto, apesar de amplamente utilizada no âmbito criminal na proteção do direito de defesa dos acusados, essa teoria não é aplicável nas relações civis. Demonstram essa afirmação as disposições dos artigos 232, do Código Civil<sup>15</sup>, e 359, do Código de Processo Civil<sup>16</sup> – em ambas as hipóteses, pune-se a parte que não se dispuser a cooperar na produção de provas, ainda que em seu desfavor.

Nas relações contratuais, especialmente após o advento do Código Civil vigente, aplica-se o princípio da boa-fé objetiva, cuja função é estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais.

<sup>15</sup> “Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

<sup>16</sup> “Art. 359. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar:

I - se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357;

II - se a recusa for havida por ilegítima”.



Uma das funções desempenhadas pelo princípio da boa-fé objetiva, a integrativa, liga-se intrinsecamente a deveres de conduta e de cooperação intersubjetiva das partes contratantes, não se reduzindo ao cumprimento da obrigação principal estipulada contratualmente, mas se espraiando por deveres secundários, anexos, colaterais ou instrumentais.

Fere, portanto, o princípio da boa-fé objetiva e os deveres colaterais de cooperação e de informação, a conduta do segurado em não se submeter ao teste de alcoolemia, uma vez que a atitude se mostra desleal com a contraparte, que não terá meios de obter a prova necessária à demonstração da hipótese de exclusão da garantia.

Dessa forma, a disposição contratual que prevê a perda da garantia na hipótese de recusa do segurado em se submeter ao exame de alcoolemia quando do sinistro deve ser considerada válida. Nesse sentido decidiu em algumas oportunidades o Tribunal de Justiça de São Paulo:

*Contrato de seguro. Exclusão de cobertura em razão de embriaguez do condutor do veículo segurado. Provas que confirmam a ingestão de bebida alcoólica e recusa de realização de teste a respeito. Agravamento do risco. Descabimento do pagamento de indenizações. Cláusula contratual de exclusão lícita, inexistindo afronta ao CDC. Sentença de improcedência mantida. Apelação desprovida. (apelação nº 0010299-40.2011.8.26.0361, relatada pelo Desembargador J. Paulo Camargo Magano, julgada em 30.7.2014)*

*Seguro. Acidente de veículo. Indenização recusada em razão do agravamento do risco decorrente da embriaguez do motorista. Embriaguez comprovada por etilômetro passivo e procedimento administrativo instaurado no DETRAN motivado pela recusa de submissão ao teste do bafômetro. Recusa injustificada à realização dos testes de embriaguez que fazem presumir a ingestão de álcool. Recusa à indenização justificada. Ação improcedente. Recurso desprovido. (apelação nº 0010487-86.2012.8.26.0526, relatada pelo Desembargador Pedro Baccarat e julgada em 7.8.2014)*

Do voto do relator deste acórdão, destaca-se:

*Acréscio que a apólice de seguro impunha ao Autor a submissão aos testes de embriaguez, no caso de suspeita de ingestão de álcool. Nada há de abusivo nesta disposição contratual que condicionava o recebimento de indenização, vale dizer, direito disponível, a submissão a teste de embriaguez em caso de suspeita desta causa de agravamento de risco.*

c) Suicídio:

O suicídio do estipulante de seguro de vida é hipótese que sempre causou indagação acerca das consequências em relação ao contrato de seguro – não parece razoável que o segurador seja obrigado a indenizar os beneficiários em razão de um evento deliberadamente produzido pelo próprio segurado.

Por outro lado, o suicídio é um ato de inconsciência e de desequilíbrio mental, de forma que se pode entendê-lo como ato involuntário. Sob esse prisma, não é correto



afirmar que o estipulante conscientemente produziu o evento morte ou intencionalmente agravou o risco objeto do contrato.

Fundamentando-se em disposição do Código Civil de 1916<sup>17</sup>, a doutrina passou a adotar uma diferenciação entre o que se convencionou chamar de “suicídio voluntário” ou “premeditado” – praticado por quem tenha a consciente e racional intenção de se matar – e de “suicídio involuntário” ou “não premeditado” – praticado por quem não se acha no gozo de seu juízo perfeito.

Baseando-se nessa diferenciação, a jurisprudência dos Tribunais Superiores adotou o entendimento de que o “suicídio involuntário” praticado no período de carência contratual não eximiria o segurador do pagamento da indenização. Esse entendimento foi sedimentado pelas súmulas 105, do Supremo Tribunal Federal<sup>18</sup>, e 61, do Superior Tribunal de Justiça<sup>19</sup>.

Por si só, a diferenciação entre “suicídio voluntário” e “involuntário” parece confusa, de difícil conceituação e mais difícil subsunção a casos concretos, dada a complexidade da psique humana. Não bastasse a complexidade conceitual, ao segurador era imposto o ônus de comprovar em juízo a “voluntariedade” ou “premeditação” do suicídio, o que tornava virtualmente impossível ao segurador negar o pagamento da indenização em casos de suicídio.

Ora, não se questiona que o suicídio pode ser considerado uma morte involuntária, uma fatalidade, uma consequência de doenças de natureza psiquiátrica, como a depressão, de modo que o afastamento peremptório da indenização nesta hipótese não se mostra razoável (o que é inclusive disposição legal, por força do parágrafo único do artigo 798 do atual Código Civil). No entanto, não se pode admitir que os seguros de vida sejam utilizados por pessoas que tenham a intenção de se suicidar com a finalidade de criar artificialmente uma herança para seus entes queridos, em claro locupletamento do esforço da comunidade de segurados.

A diferenciação adotada pela doutrina no século passado, com fundamento no Código Civil de 1916 (em cujo texto legal aponta como “morte voluntária”, além do “suicídio premeditado”, aquela “recebida em duelo”), não se mostra eficiente para coibir abusos e estabelecer uma diferenciação clara de hipóteses – a sua adoção importa, na prática, na obrigação de pagamento das indenizações pelo segurador sempre que houver suicídio do estipulante.

O atual Código Civil trouxe inovadora disposição sobre o assunto, estabelecendo um critério objetivo (verdadeiro prazo de carência) para determinar quando o suicídio poderá ser erigido como causa excludente do pagamento da indenização. Segundo o artigo 798 do Código Civil, “o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso”.

<sup>17</sup> “Art. 1.440. A vida e as faculdades humanas também se podem estimar como objeto segurável, e segurar, no valor ajustado, contra os riscos possíveis, como o de morte involuntária, inabilitação para trabalhar, ou outros semelhantes.

Parágrafo único. Considera-se morte voluntária a recebida em duelo, bem como o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo”.

<sup>18</sup> “Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro”.

<sup>19</sup> “O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado”.

Apesar de criticada por parte da doutrina<sup>20</sup>, a adoção de critério objetivo para tratar da questão do suicídio mostra-se mais adequada que os critérios etéreos criados pela doutrina com base no Código revogado.

Primeiramente, porque independentemente da sofisticação da argumentação despendida, os critérios utilizados anteriormente redundavam, inexoravelmente, na impossibilidade de o segurador arguir a causa excludente da indenização, diante da dificuldade prática de se comprovar a “premeditação” do suicídio.

Outrossim, a adoção do critério objetivo traz maior equilíbrio econômico ao contrato de seguro, impedindo o pagamento de indenizações nas hipóteses em que o estipulante não chegou a efetuar o pagamento de uma quantidade mínima de parcelas relativas ao prêmio.

Coaduna-se, portanto, com os princípios da solidariedade e do mutualismo, pois impede que aqueles que não contribuíram ao fundo mutual com um mínimo de parcelas obtenham grandes vantagens em desfavor dos demais.

É condizente também a adoção do prazo de carência com o princípio da boa-fé. Isso porque, diante da impossibilidade de se perscrutar as motivações íntimas do segurado quando da contratação do seguro de vida, impõe um prazo forçado de reflexão mesmo àqueles que contratam o seguro com o objetivo preordenado do suicídio. Ou seja, a carência é um desestímulo ao contratante de má-fé.

Por outro lado, não há qualquer grave injustiça na negativa do pagamento da indenização aos beneficiários na hipótese de suicídio praticado dentro do prazo de carência. Primeiramente, porque se trata de disposição legal amplamente conhecida do contratante, de forma que inexiste qualquer quebra das justas expectativas das partes contratante e beneficiária.

Outrossim, o próprio artigo 798 do Código Civil determina ao segurador a devolução ao beneficiário do montante da reserva técnica já formada, não havendo, portanto, enriquecimento ilícito por parte do segurador.

No entanto, não é esse o entendimento sedimentado pelos Tribunais, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça. Mesmo diante da modificação do texto legal e da retirada do termo “suicídio premeditado” (e também da morte “recebida em duelo”) para caracterizar a “morte voluntária”, os Tribunais continuaram a aplicar o antigo entendimento de que apenas o “suicídio premeditado” é causa eficiente para a exclusão do dever de indenizar, e de que a premeditação deve ser comprovada pelo segurador.

A seguinte ementa demonstra este entendimento:

*AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO COMETIDO DENTRO DO PRAZO DE 2 (DOIS) ANOS DE INÍCIO DE VIGÊNCIA DA APÓLICE DE SEGURO. NEGATIVA DE PAGAMENTO DO SEGURO. ART. 798 DO CC/2002. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA. BOA-FÉ. PRINCÍPIO NORTEADOR DO DIPLOMA CIVIL. PRESUNÇÃO. NECESSIDADE DE PROVA DA PREMEDITAÇÃO PARA AFASTAR-SE A COBERTURA SECURITÁRIA. PRECEDENTE. ACÓRDÃO DO*

<sup>20</sup> Segundo Sérgio Cavalieri, “a norma é surpreendente e nada feliz, porque estabeleceu uma espécie de *suicídio com prazo de carência*, inovando em uma matéria que já estava muito bem equacionada pela doutrina e pela jurisprudência”. (*Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012. Pág. 491)

**TRIBUNAL. ANÁLISE DE PROVAS. AFASTADA A PREMEDITAÇÃO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

1. *Nas razões do recurso especial, não foi evidenciada de que forma o acórdão recorrido teria vulnerado os arts. 130, 330, 331 e 332 do CPC. Incidência da Súmula 284/STF.*

2. *A interpretação do art. 798, do Código Civil de 2002, deve ser feita de modo a compatibilizar o seu ditame ao disposto nos arts. 113 e 422 do mesmo diploma legal, que evidenciam a boa-fé como um dos princípios norteadores da redação da nova codificação civil.*

3. *Nessa linha, o fato de o suicídio ter ocorrido no período inicial de dois anos de vigência do contrato de seguro, por si só, não autoriza a companhia seguradora a eximir-se do dever de indenizar, sendo necessária a comprovação inequívoca da premeditação por parte do segurado, ônus que cabe à Seguradora, conforme as Súmulas 105/STF e 61/STJ expressam em relação ao suicídio ocorrido durante o período de carência.*

4. *O artigo 798 do Código Civil de 2002, não alterou o entendimento de que a prova da premeditação do suicídio é necessária para afastar o direito à indenização securitária.” (REsp 1077342/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Terceira Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 03/09/2010).*

5. *Não há falar-se em violação ao art. 333, I, do CPC, uma vez que, nos termos do precedente citado, compete à Companhia Seguradora a prova da ocorrência de premeditação no suicídio ocorrido nos primeiros dois anos de vigência do contrato, para se eximir do pagamento da cobertura securitária contratada.*

6. *Na hipótese, a Corte Estadual expressamente consignou que os elementos de convicção dos autos evidenciam que o suicídio não foi premeditado. Entender-se de forma diversa demandaria necessária incursão nos elementos fático-probatórios dos autos, com o consequente reexame de provas, conduta vedada em sede de recurso especial, ante o óbice previsto na Súmula 7/STJ, consoante afirmado na decisão ora agravada.*

7. *Agravo regimental a que se nega provimento. (agravo regimental no agravo de instrumento 1.244.022, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 13.4.2011)*

Este entendimento ignora o novo texto legal, que extirpou do sistema jurídico um conceito de difícil aplicação prática como o de “suicídio premeditado” (num indicativo claro de que a diferenciação entre este o “suicídio não premeditado” não se mostra aceitável).

Ademais, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça contraria os princípios da solidariedade, do mutualismo e da boa-fé, beneficiando unicamente os beneficiários do seguro de vida, criando para eles um patrimônio hereditário antes inexistente, em prejuízo da comunidade de segurados.

## Conclusão

Não se desconhecem os abusos que são por vezes (não raras) praticados pelas seguradoras quando da negativa do pagamento de indenizações, os quais devem corretamente ser corrigidos pelo Poder Judiciário.

Outrossim, sabe-se que modernamente os “seguros de perfil”, apesar de serem apresentados ao público consumidor como um produto sob medida que permite o pagamento de prêmios inferiores àqueles pagos pelos seguros comuns, acabam por limitar a garantia e criar uma séria de hipóteses de não indenização, quase todas fundamentadas em supostas inexatidões na declaração de risco ou no agravamento do risco.

Eventos absolutamente normais e corriqueiros no cotidiano dos consumidores, como a mudança de endereço residencial ou profissional, o compartilhamento e a troca de automóveis entre membros da mesma família, a prática de esportes ou atividades que representam maior risco de acidentes, não podem ser erigidos como causas aptas à exclusão da garantia, sob pena de a garantia representar verdadeiro tolhimento da liberdade que o consumidor busca experimentar por meio do seguro.

Ademais, os “seguros de perfil” legitimam uma política de exclusão dos consumidores não “perfilizados”, excluindo parcela relevante da população da comunidade de segurados e da solidariedade mutual – sabe-se que determinados segmentos sociais não conseguem sequer contratar seguros em razão de características pessoais, como por exemplo o local de residência (na cidade de São Paulo, moradores de alguns bairros de periferia não conseguem contratar seguro de automóvel).

A exclusão operada por meio da perfilização faz com que consumidores declarem dados falsos quando da contratação de seguros ou se vejam excluídos de um mercado que depende justamente da massificação e da maior abrangência para alcançar a sua finalidade econômica.

Não obstante essas considerações, que demonstram que nem sempre a falsidade das declarações ou a inobservância de cláusulas de agravamento de risco devem ser erigidas como causas excludentes da indenização, é fato notório que o consumidor brasileiro vem adotando uma conduta desleal perante diversos fornecedores, especialmente as seguradoras, e que por vezes essa deslealdade vem recebendo o beneplácito do Poder Judiciário, incentivando a repetição destas condutas e acarretando no desequilíbrio das relações contratuais.

As deficiências do mercado de seguros brasileiro não podem servir de justificativa para a má-fé dos segurados. Casos em que os segurados ajam notadamente de má-fé, ou em total desacordo com as regras contratuais e legais, como os acima analisados, devem ser tratados com rigor pelo Poder Judiciário, que não pode ser leniente com condutas antiéticas e em desacordo com o comportamento que se espera da sociedade.



# Resilição contratual - Relações civis-empresariais - Interpretação do art. 473, parágrafo único, CC - Consequências do exercício da resilição unilateral - Indenização x prolongamento do contrato

*Paulo Rogério Bonini*<sup>1</sup>

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

## 1. Resilição contratual como direito potestativo

A existência de resilição do contrato traduz o exercício de direito potestativo por uma das partes, a partir de expressa previsão legal ou contratual que relativizem o princípio da força vinculante dos contratos.<sup>2</sup> Se o contrato bilateral é pensado para ser cumprido sem que se permita a qualquer das partes, ausente uma justa causa, a escolha pelo fim da relação contratual antes de findo o prazo estipulado ou esgotada sua prestação, a possibilidade de resilição pela manifestação de vontade de uma das partes destoa da ideia da força obrigatória e da imutabilidade relativa do contrato, mas *reforça e protege o princípio da liberdade de contratar*.<sup>3</sup>

O fato de se prever a resilição como direito potestativo não significa vedação à previsão de consequências jurídicas negociais e legais a partir de seu exercício<sup>4</sup>, como no caso de indenização ou ineficácia relativa da manifestação de vontade unilateral pela resilição, da concessão de prazo razoável antes do fim da eficácia do contrato, da forma de comunicação da resilição, do reconhecimento de resilição abusiva etc. A situação, em tese, permite a visualização do risco de prejuízo decorrente da *desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem constitui, por fim, o mais promissor dos subtipos integrados no exercício em desequilíbrio* (no exercício de posições jurídicas).<sup>5</sup>

## 2. Aviso prévio suficiente como condição necessária para o exercício do direito de resilição unilateral

Nos contratos por tempo indeterminado, seja por conta de renovações sucessivas do vínculo a indicar um contrato de trato sucessivo, seja não haver termo final prefi-

<sup>1</sup> Mestre em Direito Civil Comparado - PUC/SP; Especialista em Direito Civil e Processual Civil - UNIMEP/SP.

<sup>2</sup> ROPPO, Vincenzo. Il Contratto. 2ª ed., Milão: Giuffrè, 2011, p. 510: "*Il recesso è materia di un diritto potestativo della parte, attribuito o direttamente dalla legge (recesso legale) o da una clausula del contratto (recesso convenzionale). Può spettare a entrambe le parti; opere a una sola di esse*".

<sup>3</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil*; volume VI, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 240.

<sup>4</sup> Jacques Ghestin afirma que o direito potestativo de resilição não é mais tão discricionário quanto no século XIX, pois a teoria do abuso de direito, aplicável ao caso, moraliza o exercício do direito de resilição unilateral (*Traité de droit civil: les obligations: les effets du contrat*. Paris: LGDJ, 1992, pp. 267-8).

<sup>5</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha de. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 857. FABRE-MAGNAN, Muriel. *Les obligations*. Paris: PUF, 2004, p. 515.

xado, é obrigação da parte denunciante a comunicação prévia da intenção de resilição (pré-aviso ou aviso prévio), com tempo suficiente para que a outra parte possa se preparar economicamente para o fim da eficácia do contrato. Esta obrigação pode decorrer da lei, como no caso do contrato de locação, do próprio contrato, quando haja cláusula fixando obrigação da concessão do aviso prévio, ou da própria natureza do contrato, sendo que, nestes últimos casos, *será preciso examinar a situação dada em concreto e aferir, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, qual seria o tempo de antecedência entre denúncia e a extinção do contrato*<sup>6</sup>, especialmente se se observar uma divergência na condição econômica das partes, de sua dependência econômica em relação ao contrato a ser extinto e a produção de um desequilíbrio econômico importante pela resilição.<sup>7</sup>

A obrigação justifica-se nos princípios da boa-fé e da lealdade entre as partes, já que nos contratos de execução que se prolongam no tempo, qualquer que seja a razão, assim como *nos contratos relacionais, têm relevo os deveres de lealdade e boa-fé, em virtude da larga vinculação dos contratantes*.<sup>8</sup> Visa, em termos finais, evitar ou diminuir os prejuízos advindos do fim da relação contratual, dando tempo suficiente para a outra parte se preparar para os efeitos econômicos da extinção, vendendo estoques, buscando novos mercados e parceiros comerciais, além de eventuais reprogramações de produção e pessoal, dentre outras medidas. Não se liga, portanto, à ideia de amortização de investimentos,<sup>9</sup> mas sim de adaptação de atividade econômica.

Também não se trata de garantia ao lucro futuro esperado pela parte notificada, nem tempo para amortização de investimentos realizados para o cumprimento do contrato<sup>10</sup>, mas apenas o reconhecimento de que o rompimento abrupto do contrato, mormente se vigente a longa data, quebra a boa-fé objetiva traduzida pela legítima expectativa de continuidade, além de caracterizar ato abusivo, gerando prejuízos além dos aceitos como normais pela natureza do negócio estabelecido. Trata-se de situação

<sup>6</sup> MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*; volume 5: teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2010, p. 452.

<sup>7</sup> LABORDERIE, Anne-Sophie Lavèfve. *La pérennité contractuelle*. Paris: LGDJ, 2005, p. 501.

<sup>8</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.*, p. 262. Segundo José de Oliveira Ascensão, “A lei pode não regulamentar o exercício da denúncia. Deve porém entender-se que, por exigência da boa-fé, a denúncia seja feita com antecipação de um prazo razoável sobre a extinção efetiva da relação. Assim, a empresa que estava vinculada a outra na distribuição dos produtos da primeira não pode denunciar o contrato sem deixar tempo bastante para que a outra empresa possa contratar com novo distribuidor. Também não se admite que quem celebrou um contrato duradouro o denuncie logo após a entrada em vigor, pois isso violaria igualmente a boa-fé.” (*Direito civil: teoria geral*, vol. 3. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 273). No mesmo sentido, pela exigência de um tempo mínimo do contrato: ASSIS, Araken. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. 5: do direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 577. FABRE-MAGNAN, Muriel. *Op. cit.*, p. 516. GHESTIN, Jacques. *Op. cit.*, p. 266.

<sup>9</sup> Ruy Rosado de Aguiar Junior (*Op. cit.*, p. 286) confirma a diferença entre o fundamento para a concessão do aviso prévio e para a extensão do contrato por conta de investimentos: “O contrato duradouro por tempo indeterminado cria para a contraparte certa situação de estabilidade que é abalada com a denúncia; depois a extinção haverá a necessidade da acomodação dos interesses da parte denunciada, com a reorganização de projeto de vida ou empresarial e isso recomenda a concessão de um prazo, a partir da data em que a comunicação chega ao conhecimento do notificado, para que a denúncia tenha eficácia, independentemente do disposto no parágrafo único do art. 473, que regula a situação especial da execução com investimentos consideráveis.”

<sup>10</sup> Sobre a inexistência da tutela do lucro, deve-se considerar a lição de Enzo Roppo: “Deve-ser acrescentar que, deste modo, o ordenamento não tutela nem sequer as concretas expectativas de lucro que cada operador coloca na troca contratual (a simples constatação de que a operação da qual o contraente esperava lucros lhe causou, ao invés, perdas, não basta certamente, de per si, para suscitar uma reação do direito em sua tutela, visto que se orienta pelo princípio de que um certo grau de risco é indissociável de qualquer contrato, como de qualquer iniciativa econômica, e que todo contraente o deve assumir. Assegurando o respeito pelas regras do jogo de mercado, o ordenamento garante, sobretudo aos operadores, a abstracta possibilidade do lucro; garante, genericamente, as premissas e as condições formais de obtenção do mesmo (O contrato”. Coimbra: Almedina, 2009, p. 225).



que gera *prejuízo além do aceito para a modalidade contratual estabelecida, sendo que prejuízo desproporcional não significa qualquer dano. Algum dano aos outros é inerente nas relações humanas e está incluído no próprio processo de troca.*<sup>11</sup>

Assim, a concessão de aviso prévio é obrigação do notificante<sup>12</sup>, decorrente da boa-fé objetiva e da vedação do ato ilícito por abuso de direito<sup>13</sup>, e não na existência de investimentos consideráveis. Sua falta ou concessão em prazo insuficiente gera o dever de indenizar<sup>14</sup>, limitado às despesas havidas por conta da falta de tempo para a reorganização da atividade empresarial do notificado, para a liquidação de estoques e operações em aberto e a busca de novos mercados em substituição, permitido, no caso, a pedido específico de prolongamento do aviso prévio (que não se confunde com o disposto no parágrafo único, do art. 473, CC).

### 3. Eficácia jurídica do parágrafo único do art. 473, CC - Conceito de “investimentos consideráveis”

A eficácia jurídica do parágrafo único do art. 473, CC é fator de ineficácia superveniente à manifestação de vontade unilateral da parte que tenha o direito de resili o contrato.<sup>15</sup> Ou seja, a declaração de vontade receptícia da parte que pretende resili unilateralmente o contrato, a partir do exercício do direito da outra parte da prerrogativa de extensão do contrato, com base no citado dispositivo legal, retira a eficácia jurídica do ato unilateral, condicionando-o ao tempo necessário para a amortização dos investimentos consideráveis.

Permitida a resilição como direito legítimo da parte, há a possibilidade de se reconhecer a ineficácia temporal do ato, tendo em vista o tempo necessário para que a contraparte venha a recuperar minimamente os investimentos havidos por conta e em decorrência direta do contrato que se busca extinguir.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> MACNEIL, Ian C. *O novo contrato social*. Trad.: Alvarado Lamparelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 100.

<sup>12</sup> LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve. *Op. cit.*, p. 501. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral* (arts. 421 a 480). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 419; ASSIS, Araken. *Op. cit.*, p. 576 e 579, fundando o dever de indenizar na falta do pré-aviso em si (boa-fé objetiva) e não nos investimentos realizados.

<sup>13</sup> FABRE-MAGNAN, Muriel. *Op. cit.*, p. 516.

<sup>14</sup> Embora haja manifestação na doutrina francesa (LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve. *Op. cit.*, p. 521) afirmando a possibilidade da reparação *in natura*, com a declaração de nulidade do ato de ruptura unilateral do contrato. No mesmo sentido, sustentando que a falta do respeito a um prazo essencial de aviso prévio poderia gerar consequência alternativa: ou a ineficácia do aviso prévio (“recesso”), com a continuidade do contrato, ou a resilição do contrato, mas com o dever de indenizar os danos daí havidos: ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, p. 511.

<sup>15</sup> Há alguma divergência exclusivamente doutrinária a respeito, alguns fixando a indenização como obrigatória, ante a impossibilidade do Poder Judiciário determinar a continuação de relação contratual não mais querida por uma das partes (FORGIONI, Paula A. Contrato de distribuição. São Paulo: RT, 2005, p. 452 e seguintes), e outras reconhecendo exclusivamente a eficácia suspensiva dos efeitos da notificação de resilição, forçando a manutenção temporal do vínculo contratual (MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Op. cit.*, p. 419; AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.*, p. 365; ROSENWALD, Nelson. Código Civil comentado. Coord. Min. Cezar Peluso. 8ª ed. São Paulo: Manole, 2014, p. 497). Na doutrina francesa, Jacques Ghestin sustenta que a sanção pela não concessão de aviso prévio com tempo suficiente não pode ser a manutenção forçada do contrato, mas apenas uma indenização pelo rompimento de má-fé (*Op. cit.*, p. 269). Afirma Muriel Fabre-Magnan que a consequência da falta do aviso prévio é a reparação de danos, havendo uma lacuna legislativa para outras soluções (*Op. cit.*, pp. 517/518), embora Anne-Sophie Lavefve Labroderie (*Op. cit.*, p. 503) sustente a extensão do contrato. Na doutrina italiana, Vincenzo Roppo sustenta dupla possibilidade, seja pela ineficácia da resolução, com a continuidade do contrato, seja a extinção do vínculo, mas com responsabilidade civil pelos danos daí decorrentes (*Il contratto*, p. 511).

<sup>16</sup> Segundo Paula A. Forgione, “O texto do parágrafo único do art. 473, quando aplicado aos contratos de distribuição, tem a função de proteger o agente econômico que realizou investimentos específicos para viabilizar a celebração do contrato, assegurando-lhe que o prazo de vigência será tal que lhe permitirá recuperar os respectivos gastos.” (*Op. cit.*, pp. 471/472).

Investimentos podem ser considerados como gastos feitos para o incremento dos meios de produção, visando o aumento da capacidade produtiva. Trata-se de capital aplicado em máquinas, equipamentos, instalações e no transporte de bens que, em tese, serão incorporados à atividade empresarial desenvolvida pela parte. Serão incorporados no ativo imobilizado da empresa, já que não se destinam ao consumo (de fato e de direito) ou alienação no prazo de menos de 12 meses (ativo circulante).

Não se deve confundir o investimento com despesas correntes havidas com formação de estoque, pagamento de fornecedores e empregados, além de outros gastos necessários para o regular funcionamento da empresa, mas que não tenham por característica a agregação de valor ao ativo imobilizado. Estas – despesas correntes – interferem diretamente na verificação da existência de lucro ou não na operação.

Os investimentos estão para além das despesas correntes, pois se sustentam numa taxa de lucro positiva, na aquisição de capital na forma de crédito ou aumento de capital. Não se confundem com o lucro, pois este nem sempre se reverterá em investimento.

Nem todo investimento feito a partir da contratação permitirá a imposição de efeito suspensivo à notificação para fins de resilição. Somente os investimentos consideráveis, ou seja, que saiam de uma esfera de normalidade e previsibilidade à atividade empresarial desenvolvida pela parte, ou seja, que integrem a álea comum de sua atividade, é que poderão ser considerados para fins de indenização. Neste conceito, devem ser incluídos os investimentos que sejam exigidos pela outra parte ou previstos exclusivamente no contrato, ou, ainda, que sejam feitos exclusivamente em função do contrato.<sup>17</sup>

Investimentos exigidos pela outra parte geram presunção de ciência de que serão realizados, além de previsão de duração do contrato por tempo suficiente a permitir sua amortização. A resilição em tempo insuficiente para a amortização de tais investimentos, exigidos pela própria parte – comuns em contratos como de franquia – indicam comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), pois traduzem exercício do direito subjetivo em contrariedade com o comportamento anteriormente adotado pelo seu titular, caracterizando ofensa à boa-fé objetiva.<sup>18</sup>

Investimentos feitos exclusivamente em função do contrato gerarão o direito à amortização<sup>19</sup>, desde que a parte notificante tenha ciência prévia formal ou presumida de sua realização, sem que haja efeito surpresa no momento da notificação. Evita-se, com isto, a extensão demasiada do vínculo contratual, permitindo ao denunciante que, tendo ciência de futuros investimentos a serem feitos para outra parte e ciente da possibilidade de resilição, lhe dê ciência do risco de extinção da relação contratual. Além disto, há de se reconhecer que a comunicação dos investimentos por seu realizador também significa cumprimento da regra da boa-fé objetiva, evitando-se que o notificante, ao realizar o exercício do direito potestativo de resilição, seja surpreendido pela alegação de investimentos de vulto pelo notificado, além de permitir a prévia análise se tais investimentos são ou não necessários à atividade. *Assim deve ser para que não haja surpresa ao denunciante, o que poderia viabilizar abuso de direito por parte do denunciado.*<sup>20</sup>

<sup>17</sup> MAMEDE, Gladston. *Op. cit.*, p. 453, esclarecendo que se os objetos necessários para o desenvolvimento da prestação já existiam, não há que se falar em extensão do contrato, por não haver investimento vinculado ao contrato.

<sup>18</sup> ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 115.

<sup>19</sup> FORGIONE, Paula A. *Op. cit.*, p. 472.

<sup>20</sup> BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. Resilição contratual e o art. 473 do CC. *Revista do advogado*. Ano XXXII, nº 116, jul. 2012, p. 99.

Da mesma forma, deve-se considerar como pressupostos para a eficácia do direito à extensão do contrato: a) que a natureza do contrato justifique os investimentos consideráveis; b) que tenham um valor importante em relação ao valor total do negócio, gerando prejuízo pela rescisão do contrato.<sup>21</sup>

Ainda, os investimentos, para servirem de causa à eficácia do parágrafo único do art. 473, CC, devem ser irrecuperáveis,<sup>22</sup> já que a possibilidade de reversão de seu uso para outra atividade, ou o fato da parte possuir outros parceiros comerciais cuja atividade possa ser desenvolvida em função dos investimentos realizados, ou, ainda, sua fácil alienação e conversão em dinheiro, não permitiram a extensão do vínculo contratual.<sup>23</sup>

Considerando a eficácia exclusivamente suspensiva do parágrafo único do art. 473, CC, ou seja, ineficaz será a notificação até que os investimentos de vulto realizados pela outra parte contratante venham a ser amortizados, há de se perquirir qual será a extensão temporal do vínculo contratual para que se tenha o início da eficácia da notificação.

Embora se tenha componente fático essencial a exigir a análise de pontos concretos da relação contratual entre as partes<sup>24</sup>, é possível se estabelecer algumas bases objetivas para a análise do tempo de extensão do contrato a partir da verificação dos *investimentos consideráveis* realizados pela parte notificada, desde que o contrato não se caracterize pela relação de confiança (como no mandato e no depósito), sendo inviável a extensão do contrato pela perda da confiança traduzida pela notificação de rescisão. *Seria inadmissível que em contratos dessa espécie fosse aquele que não confia no outro obrigado a continuar vinculado contratualmente.*<sup>25</sup>

Primeiro, o direito a eventual extensão de prazo não pode significar a ineficácia do direito de rescisão unilateral do contrato pela outra parte contratante. A finalidade do dispositivo não é garantir à parte uma eventual extensão sem limites do contrato, o que significaria a supressão absoluta do direito potestativo de resiliir.

Os limites da extensão do prazo do contrato devem ser apurados considerando apenas e tão somente o tempo necessário para que os investimentos de maior vulto sejam absorvidos a partir do resultado econômico da operação, considerado o prazo de pré-aviso informado na notificação. Ou seja, cumprido o contrato por prazo razoável e havendo a notificação para a rescisão com termo de pré-aviso, analisa-se a necessidade de postergação do pré-aviso por conta dos investimentos. Acaso não tenha o contrato sido cumprido por prazo razoável, considerando seu objeto, custo e expectativa de duração, ou seja, um tempo mínimo de execução, não há que se falar em extensão, mas sim em indenização por perdas e danos, com fundamento na quebra da boa-fé objetiva e na função social do contrato.

Segundo, o dispositivo não traz regra de indenização integral aos prejuízos advindos da rescisão, não havendo que se falar, com base exclusivamente no art. 473, parágrafo único, CC, em perdas e danos em sentido amplo, mas apenas em compensação parcial de valores aplicados exclusivamente por conta e em função do contrato, desde

<sup>21</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.*, p. 365/366.

<sup>22</sup> FORGIONE, Paula A. *Op. cit.*, p. 476, afirmando que os investimentos irrecuperáveis deverão ser analisados no âmbito da amortização, considerando os valores recebidos desde o início do contrato, enquanto os investimentos recuperáveis deverão ser analisados no âmbito do prazo do pré-aviso para sua "recuperação", a partir do pré-aviso.

<sup>23</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.*, p. 366.

<sup>24</sup> ASSIS, Araken. *Op. cit.*, p. 577.

<sup>25</sup> BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Op. cit.*, p. 103.

que se caracterizem como investimentos. Assim, a fixação do prazo de extensão do contrato não tem relação direta com eventuais prejuízos advindos da rescisão do contrato em si, ou do lucro esperado pela parte notificada no decorrer da operação, mas apenas e tão somente com a amortização dos *investimentos consideráveis* feitos em função do contrato.<sup>26</sup>

Terceiro, a extensão de prazo deve ser considerada como regra alternativa ao direito de indenização decorrente da ruptura imotivada, permitido à parte notificada, ao invés de pretender a extensão do contrato, a sua imediata resolução – ao menos ao final do aviso prévio – com indenização do valor que seria necessário para a amortização dos *investimentos consideráveis*.<sup>27</sup>

Neste ponto, deve-se considerar a alternatividade das perdas e danos em relação à manutenção compulsória do vínculo contratual como medida razoável e posta à disposição da parte notificada, pois eventualmente a manifestação da intenção de por fim à relação contratual pela outra parte indica risco econômico à continuação da exploração do objeto do contrato em si.

Da mesma forma, considerando-se eventual necessidade de decisão judicial para a garantia do exercício do direito de extensão, há de se observar a necessidade de pedidos alternativos, ou seja, o pedido de extensão e, alternativamente, indenização por perdas e danos. É que em se tratando da busca da continuidade de uma relação contratual já estabelecida, de nenhum interesse prático se mostra a extensão contratual somente ao final de longo processo de conhecimento, pois a retomada de contrato ineficaz a longo tempo pode se mostrar prejudicial a ambas as partes. Não se admitiria, sob o ponto de vista empresarial-econômico, a retomada de um contrato resilido unilateralmente, dois ou três anos após a propositura da ação, por haver nítida perda das características econômicas da prestação. Ou seja, a substituição da “continuidade” do contrato pela “retomada” do contrato, por conta do tempo entre o fim do contrato e a sentença judicial, é medida que não tutela de fato o direito de extensão do contrato por conta da existência de investimentos consideráveis.

Assim, ou se obtém o provimento de extensão em medida antecipatória, ao início do processo de conhecimento, como forma de garantir a continuidade imediata do contrato, apenas se apurando no decorrer do processo o *quantum* dos investimentos devem ser amortizados e sua taxa mensal de amortização, ou se opta, através de pedido alternativo, pela indenização por perdas e danos. O tempo, aqui, é fator essencial para o exercício e a eficácia do direito tutelado.

Ainda, deve-se considerar como razoável o exercício direto da pretensão indenizatória em substituição à pretensão à extensão do contrato.

<sup>26</sup> O tempo de extensão exige que “...sejam considerados os resultados da atividade econômica por ele empreendida. Não se trata de garantia [...], pura e simplesmente, o retorno integral do numerário investido, mas sim de evitar que a denúncia imotivada [...] cause-lhe prejuízos não relacionados à álea normal do negócio. FORGIONI, Paula A. *Op. cit.*, p. 476.

<sup>27</sup> Gladston Mamede entende que a substituição da prorrogação do contrato por indenização é direito do denunciado, “evitando uma sujeição injustificada a prestações que não mais interessam e, mais, podem mesmo criar lesões aos interesses do denunciante.” (*Op. cit.*, p. 453). Em sentido contrário, entendendo que a regra só faculta a prorrogação, com indenização apenas como substituição da tutela específica: BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Op. cit.*, p. 102. Em sentido mais amplo, Ruy Rosado de Aguiar Junior (*Op. cit.*, p. 366) entende que, se os investimentos foram de tal ordem que a prazo necessário para sua amortização seja tal que significa ineficácia do direito de resiliir, e que “o prejuízo ao interesse do proponente também for considerável, poderá o juiz optar por conceder prazo curto à notificação, ressaltando ou desde logo reconhecendo o direito do notificado a perdas e danos.

É que não se pode perder de vista o risco, dentro do prazo de extensão do contrato, da deterioração dos negócios realizados por conta do contrato, com eventual redução importante do valor a ser pago por conta daqueles, tornando inviável a manutenção econômica do vínculo contratual.

#### 4. Tempo da extensão do contrato - apuração

Levando em consideração a premissa da extensão do contrato limitada à amortização de valores investidos, sem se considerar outras perdas e danos e alternatividade do pedido de extensão com o de indenização pelos investimentos, devem ser considerados como fatores essenciais à fixação do tempo de extensão necessário: a) o tempo decorrido da relação contratual; b) o tempo decorrido desde a realização dos investimentos; c) a taxa de retorno econômico da operação em relação ao valor investido; d) o prazo de aviso prévio concedido.

A existência de um contrato por tempo indeterminado por longo tempo, com ou sem sucessivas renovações, é fator a minimizar eventual efeito da rescisão sobre investimentos realizados por conta do negócio. A menos que haja prova concreta de intenção declarada da parte denunciante no alongamento do contrato, gerando novos investimentos pela outra parte, com ruptura imotivada e em momento próximo, o fato da relação contratual se desenvolver por longo tempo gera uma presunção de amortização dos investimentos feitos em função da execução do objeto do contrato. Quanto mais curto o período de eficácia do contrato, maiores as chances de se observar investimento causado pela necessidade de cumprimento do contrato e prejuízos decorrentes da não amortização do investimento antes do fim da relação contratual.

Investimentos feitos à longa data, com tempo suficiente para sua amortização, impedem a aplicação da regra do art. 473, parágrafo único, CC. Presume-se aqui, pela própria álea contratual e a assunção de riscos econômicos da operação pelas partes – em geral com atividades no âmbito empresarial – que o investimento é feito de forma proporcional aos resultados econômicos esperados, considerando o período necessário para o retorno do investimento, considerado como período para se compensar os valores investidos com os pagamentos recebidos, com lucro concreto na operação.<sup>28</sup> A menos que se tenha contrato por tempo determinado, em que será possível medir o tempo do contrato necessário para amortização dos investimentos e o início do retorno líquido da operação, não se terá um critério objetivo para tal medição, embora não se possa admitir uma relação econômica de trato sucessivo voluntária em que uma das partes não obtém, por anos, qualquer lucro líquido na operação. Se há lucro, houve alguma amortização, sendo a questão passível mesmo de prova pericial contábil.

Esta – a perícia contábil – poderá “medir”, no período anterior à notificação, qual o valor utilizado mensalmente ou em outra escala de tempo para a amortização dos investimentos consideráveis previamente definidos para fins de indenização, calculando-

<sup>28</sup> Segundo Gladston Mamede, a “atenção ao tempo necessário para que o investimento feito fosse assimilado (fosse pago) pelo desenvolvimento do contrato, o que, de resto, é próprio dos investimentos empresariais: o investimento é custo que se incorpora ao balanço patrimonial da entidade e cujo valor se paga com o desenvolvimento das atividades negociais. Via de consequência, conforme o tempo de execução do contrato, os investimentos já podem estar amortizados, afastando a possibilidade de extensão dos efeitos da denúncia, ou podem ter sido amortizados em parte, reduzindo o tempo dessa dilação ou, mesmo, o valor da indenização correspondente.” (Op. cit., p. 453).

-se: a) o valor dos investimentos ainda não amortizados; b) o valor mensal amortizado sobre tais investimentos; c) a taxa de lucro líquido; d) o valor para amortização futura.

Este último – valor para amortização futura – considerando o que fora dito sobre a inexistência de norma a garantia o lucro das partes na operação, mas apenas a amortização do investimento – deverá considerar a somatória do valor da amortização mensal média passada e o lucro médio passado, obtendo um índice mensal para fins de apuração do tempo de extensão do contrato até a liquidação de tal valor. Tal fixação somente poderá ser obtida em sede de liquidação de sentença, a partir de elementos contábeis mantidos em escrituração pelas partes.

## 5. Conclusão

Em conclusão, tem-se que a falta de aviso prévio acarreta o dever de indenizar sempre, em função do dano decorrente do rompimento abrupto do contrato e a necessidade de readequação da atividade econômica da parte.

Em caso de investimento considerável, fica a parte com a opção de escolher entre a indenização ou a extensão da eficácia do contrato. Optando pelo pedido de extensão do contrato, é mandatório para a eficácia do direito material a obtenção de medida antecipatória, vez que ineficaz materialmente a sentença que determina a “retomada do contrato” em substituição à “continuidade do contrato”.

Em ambos os casos, extensão ou indenização, será necessário se liquidar a operação para se apurar, com exatidão, o tempo necessário para o pagamento dos valores investidos.

## Bibliografia

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil*; volume VI, tomo II: da extinção do contrato. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*, vol. 3: relações e situações jurídicas. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ASSIS, Araken. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, v. 5: do direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. Resilição contratual e o art. 473 do CC. *Revista do advogado*. Ano XXXII, nº 116, jul. 2012.
- FABRE-MAGNAN, Muriel. *Les obligations*. Paris: PUF, 2004.
- FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: RT, 2005.
- GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: les obligations: les effets du contrat*. Paris: LGDJ, 1992.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª ed., atual. por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve. *La pérenité contractuelle*. Paris: LGDJ, 2005.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos: teoria geral e contratos em espécie*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2008.
- MACNEIL, Ian R. *O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas*. Trad.: Alvamar Lamparelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*; volume 5; teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2010.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha de. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013.
- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral (arts. 421 a 480)*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*; vol. III: contratos. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 2011.
- ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*. Coord. Min. Cezar Peluso. 8ª ed. São Paulo: Manole, 2014.
- TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil*; v. X: das várias espécies de contrato. Do mandato. Da comissão. Da agência e distribuição. Da corretagem. Do transporte. Arts. 653 a 756. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.



*Coordenação Geral*  
Wanderley José Federighi

*Coordenação Editorial*  
Marcelo Alexandre Barbosa

*Capa*  
Cora Hohne Golbspan

*Editoração, CTP, Impressão e Acabamento*  
Páginas & Letras - Editora e Gráfica Ltda.

*Revisão*  
Páginas & Letras - Editora e Gráfica Ltda.  
Yara Cristina Marcondes

*Formato*  
175 x 245 mm

*Mancha*  
140 x 210 mm

*Tipologia*  
Trebuchet MS

*Papel*  
Capa: Cartão Revestido 250g/m<sup>2</sup>  
Miolo: Offset Branco 75g/m<sup>2</sup>

*Acabamento*  
Cadernos de 16pp.  
costurados e colados - brochura

*Tiragem*  
3.500 exemplares

Março de 2015