

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**  
**FACULDADE MINEIRA DE DIREITO**

**Os Limites à Relativização da Personalidade Jurídica Societária  
na Recuperação Judicial da Empresa**

**Sérgio de Abreu Ferreira**

**Belo Horizonte**

**2007**

**Sérgio de Abreu Ferreira**

**Os Limites à Relativização da Personalidade Jurídica Societária  
na Recuperação Judicial da Empresa**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

**Belo Horizonte**

**2007**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F3831 Ferreira, Sérgio de Abreu  
Os limites à relativização da personalidade jurídica societária na recuperação judicial da empresa / Sérgio de Abreu Ferreira. Belo Horizonte, 2007.  
233f.

Orientador: Rodrigo Almeida Magalhães  
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.  
Bibliografia.

1. Pessoa jurídica. 2. Ética. 3. Responsabilidade das sociedades comerciais. 4. Sociedades comerciais - Recuperação. I. Magalhães, Rodrigo Almeida. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.736

Sérgio de Abreu Ferreira

**Os Limites à Relativização da Personalidade Jurídica Societária na Recuperação Judicial da Empresa**

Dissertação de Pós-Graduação para obtenção do título de Mestre em Direito Privado, apresentada à Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com nota \_\_\_\_\_ em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2007, perante a banca composta pelos professores:

---

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães (Orientador)

---

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta (PUC Minas)

---

Prof. Dr. Ricardo Adriano Massara Brasileiro (Faculdade Milton Campos)

**Belo Horizonte**

**2007**

## DEDICATÓRIA

*Ao Programa de Pós-Graduação da  
Faculdade Mineira de Direito,  
Lex Tua Veritas.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, nosso senhor, em quem me conforto nos momentos difíceis e que me guia no caminho da esperança.

Aos meus pais sanguíneos, Milton Rodrigues Ferreira e Zilda de Abreu Ferreira, pelo exemplo de vida e dedicação ao trabalho.

Aos meus pais por afinidade, José Maria da Silva e Teresa Machado da Silva, pelo acolhida como filho e apoio incondicional às decisões de nossa família.

À minha amada Sirlene, companheira e incentivadora, pelo amor e compreensão a toda prova.

À Casa Benjamin Colucci, pelas bases doutrinárias transmitidas na graduação.

À Casa Lopes da Costa, pela consolidação de conhecimentos na pós-graduação.

Ao orientador, prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães, pela ajuda, confiança e disponibilidade.

A todos os professores do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito Privado, pelos conteúdos teóricos transmitidos.

Aos secretários, André e Rafael, pela presteza e atenção.

Aos colaboradores da biblioteca, pela incomparável eficiência no atendimento de meus pedidos.

Aos amigos, Edmar e Gilvan, pelo apoio sincero e irrestrito em momentos de alegria e angústia compartilhados.

Ao Instituto Doctum de Educação pelo incentivo e amparo material técnico-bibliográfico.

A todos que participaram indiretamente na realização deste desafio.

## EPÍGRAFE

*“Rico é aquele que tem elevação de espírito e sublimação nas virtudes. Pobre é aquele que se apega às riquezas materiais.”* Jefferson Daibert

## RESUMO

As recentes alterações realizadas no direito concursal brasileiro produziram um novo olhar sobre a questão da crise da empresa, que não se refere apenas com a posição do credor ou do devedor, mas procura harmonizar os interesses de ambos no intuito de proporcionar maneiras ativas de participação de todos os atingidos por esse estado de dificuldade econômico-financeira da empresa. A expectativa dos credores pelo adimplemento de seus direitos é conduzida ante aos apelos pela recuperação da empresa, ainda dotada de viabilidade econômica, que seja capaz de assegurar pela continuidade de suas atividades a superação da crise. Nesse novo modelo, a impontualidade ou a insolvência, que até o ano 2005 vigorava em favor do credor, dão lugar ao estado de crise da empresa – dificuldade econômico-financeira – aspecto circunstanciado que deve ser analisado no caso concreto e estabelece-se de maneira relativa também em relação ao devedor. Nesse cenário inserem-se, ainda, questões ligadas à função social da empresa e aos referenciais objetivistas de fins econômicos e sociais, de boa-fé e de bons costumes, evidenciando uma clara conformação que considera relativo o regular exercício de direitos. A empresa é conduzida a uma profunda reformulação, cujos efeitos atingem a própria noção de personalidade jurídica, que orienta a concepção de empresário. A pessoa jurídica é concebida como centro de imputação e objeto de problematização, sobretudo, quanto ao alcance de sua autonomia no âmbito da limitação de responsabilidade que encerra. A análise dos limites à relativização da personalidade jurídica societária na recuperação de empresas passa por uma compreensão diferenciada no direito contemporâneo, oferecida pelo método da concreção normativa em um sistema de estrutura aberta e sob a visão realista da análise econômica do direito. A personalidade jurídica societária, assim aceita, não mais se insere no âmbito absoluto do binômio regra/exceção e pode ser desconsiderada a qualquer momento, desde que utilizada de forma abusiva por aqueles que a integram e detêm o direito de exercício regular de seus órgãos, responsáveis pela realização de seu interesse social. A desconsideração para fins de responsabilidade, caracteriza-se como meio objetivo intervencionista para se imputar a sócio, acionista controlador ou administrador a prática de atividade abusiva, que tenha resultado na crise da empresa e visa promover condições à sua recuperação, conduzindo ao adimplemento do direito dos credores e evitando a falência da sociedade empresária, apesar dos desvios de finalidade ou confusões patrimoniais inescrupulosas praticadas por aqueles.

Palavras-Chave: personalidade jurídica; eticidade; imputação de responsabilidade; recuperação de empresa.

## ABSTRACT

The recent alterations carried through in the Brazilian bankruptcy right had produced a new look about the question of the crisis of the firm, which it doesn't refer only with the position of the creditor or the debtor, but it looks to harmonize the interests of both intending to provide active ways of participation of all reached for this state of economic-financial difficulty of the firm. The expectation of the creditors for the payment of its rights is lead before the appeal for the recovery of the firm, it still endowed with economic viability, that is capable to assure the continuity of its activities and overcome the crisis. In this new model, the impunctuality or the insolvency, that until the year 2005 invigorated in favor of the creditor, gives place to the state of crisis of the firm - economic-financial difficulty - detailed aspect that must be analyzed in the concrete case and it is also established in relative way in relation to the debtor. In this scene they are inserted, although, on questions to the social function of the firm and to the referential objectivists of the economic and social ends, of good-faith and good customs, evidencing a clear conformation that it considers relative when regulating exercise of rights. The firm is lead to a deep reformularization, whose effects reach the proper notion of corporate entity that guides the conception of entrepreneur. The corporate entity is conceived as center of imputation and object of reasoning (through) by means of problems, above all, about the reachment of its autonomy in the scope of the limitation of responsibility that ends up. The analysis of the limits that it becomes relative the partnership corporate entity in the firm reorganizations passes for an understanding differentiated in the right contemporary, offered for the method of the normative concretion in a system of open structure and under the realistic vision of the economic analysis of the right. The partnership corporate entity, thus accepted, it is not inserted any more in the absolute scope of the binome rule/exception and can be disrespected at any time, since that used of abusive way for that they integrate it and withholds the right of regular exercise of its agencies, responsible for the accomplishment of its social interest. The disregard for responsibility ends, is characterized as a half interventionist objective to impute the partner, shareholder or administrator practicing an abusive activity, that has resulted in the crisis of the firm and aims to promote conditions to its recovery, leading to the payment of the creditors right and preventing the bankruptcy of the society entrepreneur, despite shunting lines of purpose or unscrupulous patrimonial confusions practised by those.

Key-words: corporate entity; eticity; imputation of responsibility; corporate reorganization.

## LISTA DE ABREVIATURAS

AED – Análise Econômica do Direito

art. – artigo

CC – Código Civil

c/c – conjugado com

CPC – Código de Processo Civil

CR/88 – Constituição da República de 1988

CTN – Código Tributário Nacional

Dec.-Lei – Decreto-Lei

ECT – Economia dos custos de transação

EC – Emenda Constitucional

LRF – Lei de Recuperação e Falência

MGE's – Médias e Grandes Empresas

MPE's – Micro e Pequenas Empresas

MPE – Micro e Pequena Empresa

n. – número

OI – Teoria da organização industrial

p. – página

PL – Projeto de Lei

s. – seguinte

ss. – seguintes

TE – Teoria evolucionária

v.g. – verbi gratia (por exemplo)

## **LISTA DE SIGLAS**

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Social

BOVESPA – Bolsa de Valores do Estado de São Paulo

CE – Comunidade Européia

CNUDMI – Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

NASDAQ – North American Securities Dealers Automated Quotation System

ONU – Organizações das Nações Unidas

SEBRAE – Serviço Brasileiro de apoio ao Micro e Pequeno Empresário

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 – INTRODUÇÃO</b> .....	<b>13</b>
<b>1.1 – Justificativa</b> .....	<b>17</b>
<b>1.2 – Objetivos</b> .....	<b>18</b>
<b>2 – A PESSOA JURÍDICA E SUAS IMPLICAÇÕES NA TEORIA DO DIREITO PRIVADO</b> .....	<b>19</b>
<b>2.1 – Esboço histórico da pessoa jurídica</b> .....	<b>20</b>
<b>2.2 – O problema da natureza da pessoa jurídica</b> .....	<b>27</b>
<i>2.2.1 – A dicotomia da pessoa jurídica: Abstração e realidade</i> .....	<i>34</i>
<i>2.2.2 – A (re)construção metódica estruturante da pessoa jurídica</i> .....	<i>36</i>
<b>2.3 – A crise da pessoa jurídica</b> .....	<b>46</b>
<b>2.4 – O instituto da desconsideração da personalidade jurídica</b> .....	<b>50</b>
<i>2.4.1 – Aspectos cognitivos do instituto da desconsideração</i> .....	<i>54</i>
<i>2.4.2 – A inadequada designação “teoria” ou “doutrina” face à estrutura formal-normativa da desconsideração</i> .....	<i>59</i>
<b>2.5 – A pessoa jurídica e a teoria da empresa: Uma aproximação à análise econômica do direito</b> .....	<b>60</b>
<i>2.5.1 – A empresa na teoria do direito privado</i> .....	<i>60</i>
<i>2.5.2 – A empresa na teoria econômica</i> .....	<i>67</i>
<i>2.5.3 – A pessoa jurídica no contexto da teoria da empresa</i> .....	<i>75</i>
<b>3 – O NOVO DIREITO CONCURSAL: UMA ANÁLISE DA RECUPERAÇÃO DA EMPRESA</b> .....	<b>80</b>
<b>3.1 – Esboço histórico do direito concursal brasileiro</b> .....	<b>83</b>
<b>3.2 – A recuperação da empresa no contexto do direito privado</b> .....	<b>94</b>
<b>3.3 – Os novos instrumentos jurídicos no direito da empresa em crise</b> .....	<b>98</b>
<i>3.3.1 – A recuperação extrajudicial e juízo arbitral</i> .....	<i>102</i>
<i>3.3.2 – A recuperação judicial da empresa</i> .....	<i>106</i>
<i>3.3.3 – A falência do empresário</i> .....	<i>115</i>
<b>3.4 – O procedimento da recuperação judicial da empresa</b> .....	<b>121</b>

<i>3.4.1 – A instrumentalidade processual no direito da empresa: Uma leitura da recuperação judicial e da falência</i> .....	121
<b><u>3.4.1.1 – As microempresas e empresas de pequeno porte na recuperação judicial</u></b> .....	124
<i>3.4.2 – Os órgãos concursais na recuperação judicial</i> .....	125
<b><u>3.4.2.1 – O Administrador Judicial</u></b> .....	127
<b><u>3.4.2.2 – O Comitê e a Assembléia Geral de Credores</u></b> .....	131
<b><u>3.4.2.3 – O Ministério Público</u></b> .....	134
<b>3.5 – O plano de recuperação judicial</b> .....	136
<i>3.5.1 – O plano de recuperação: Uma aproximação a governança corporativa</i> .....	138
<b>4 – A RELATIVIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA SOCIETÁRIA NO NOVO DIREITO CONCURSAL BRASILEIRO</b> .....	149
<b>4.1 – A pessoa jurídica no cenário da dificuldade econômica da empresa</b> .....	150
<i>4.1.1 – A função social da empresa no contexto da iniciativa privada</i> .....	152
<i>4.1.2 – A recuperação de empresa como paradigma do novo direito concursal</i> .....	168
<b>4.2 – Aspectos relevantes da relativização da personalidade jurídica societária na recuperação judicial da empresa</b> .....	173
<i>4.2.1 – A relativização da pessoa jurídica: Os limites propostos a partir do instituto da desconsideração</i> .....	174
<i>4.2.2 – A relativização da pessoa jurídica: Os limites propostos a partir da teoria do abuso do direito</i> .....	179
<b>4.3 – A desconsideração da personalidade jurídica empresária na recuperação judicial da empresa</b> .....	186
<i>4.3.1 – A desconsideração objetiva para fins de responsabilidade</i> .....	187
<i>4.3.2 – A desconsideração objetiva na recuperação judicial da empresa</i> .....	200
<b>5 – CONCLUSÃO</b> .....	216
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	223

## 1 – INTRODUÇÃO:\*

Em Direito, diversas foram as teorias sobre a pessoa jurídica, que se sucederam ao longo dos últimos três séculos no firme propósito de declinarem um significado às suas diversas aplicações. Após todo esse tempo, ainda não se pode afirmar que há um consenso entre os teóricos acerca desta questão, pois a pessoa jurídica é um instituto que possui variações de forma e tipo, além de diversificados aproveitamentos pelo Direito. Em razão disso, ainda é atual e pertinente seu estudo, mesmo que não se envolva numa proposta audaciosa de fornecer nova teoria sobre o tema, mas se trate de debater as vicissitudes de sua própria aplicação no Direito contemporâneo.

Por muitas maneiras a pessoa jurídica tem servido ao mundo do Direito e às próprias organizações sociais em que é utilizada, seja para proporcionar maior liberdade de agir em iniciativas econômicas, seja por fortalecer o grupo social que se propõe a um engajamento maior no qual a individualidade não permite alcançar. As ações oportunistas tornam-se acessíveis pela estrutura de organização que a pessoa jurídica oferece no plano do Direito, sem a qual não se poderia atingir por outro modo. No entanto, se essas afirmações oportunistas não estiverem submetidas a mecanismos de fortalecimento dessa estrutura jurídica organizacional das práticas humanas, podem-se manifestar condutas que configurem verdadeiro abuso aos limites de exercício de direitos conferidos pela ordem jurídica através do atributo da personalidade.

Apesar de os teóricos do Direito muito haverem discutido sobre a superação da clássica dicotomia em público e privado, em relação à pessoa jurídica esses marcos ontológicos ainda permanecem intocáveis, porquanto representam esferas de manifestação do Direito em que o coletivo e o individual, o social e o particular se mantêm influentes sobre o modo de organização da comunidade política. No presente trabalho procurar-se-á enfatizar os aspectos norteadores da pessoa jurídica no que concerne à sua disciplina no âmbito das relações privadas do Direito, segundo a fórmula definida no Código Civil de 2002, tomando por base apenas os tipos societários – sociedade limitada e sociedade por ações.

Nesse ambiente de afirmação da pessoa jurídica insere-se outra forma de organização no plano econômico, qual seja, a empresa. Essa representa a atividade daquela, organizada no campo da economia, cuja estrutura se estabelece em torno da noção de mercado, concebido

---

\* Esta dissertação segue a formatação do Padrão PUC Minas de Normalização, disponível em: [http://www1.pucminas.br/documentos/normalizacao\\_monografias.pdf](http://www1.pucminas.br/documentos/normalizacao_monografias.pdf).

como espaço econômico que demarca o campo de ação em que os agentes se lançam na busca por ampliar e/ou manter contratos (a clientela); assegurar e/ou consolidar sua marca e traços distintivos; aumentar e/ou manter o tamanho do empreendimento; defender a originalidade de suas invenções e criações intelectuais; etc.

A postura de concorrência dos agentes econômicos no mercado é necessária para que se estabeleçam economias estáveis e se possibilitem uma maior participação de todos no conjunto dos produtos e serviços disponíveis, bem como, uma distribuição de renda mais equânime que tenha por base os atributos inovadores e criativos de cada indivíduo na busca de seus objetivos, desde que observados os limites dispostos pelo Direito e pela Economia para a condução dos negócios.

A pessoa jurídica e a empresa representam, assim, duas vertentes de um mesmo problema, pois se manifestam como mecanismos de realização das pretensões humanas e que são suscetíveis de manipulação por ações oportunistas, por vezes marcadas por condutas egoístas, daqueles que dirigem as práticas empresariais no mercado. Nesse contexto, verifica-se um esvaziamento de significado dessas organizações e a evidente manifestação de um estado de crise em seus conteúdos, tanto no plano formal como material.

O que importa saber com esse estudo não é a estrutura de justificação da pessoa jurídica de tipo societário em Direito Privado, mas os limites ao uso que se faz de sua forma e as conseqüências desses limites de uso para a crise de perenidade da empresa, enquanto atividade econômica organizada pelo empresário.

No presente trabalho procurar-se-á desenvolver algumas das inquietações que envolvem o estado de crise da pessoa jurídica verificável no âmbito da crise da empresa, para que se possa oferecer uma reposta satisfatória aos propósitos da preservação da atividade econômica. Para tanto, tratar-se-á dos aspectos do instituto da desconsideração da personalidade jurídica sob a visão pluralista e objetivista e sua aplicação ao procedimento da recuperação de empresa no atual Direito Concursal Brasileiro.

Não se pretende reescrever as teorias sobre a pessoa jurídica, mas apenas revisitar as mais importantes manifestações da doutrina, a fim de procurar melhor compreender o que, na atualidade, pode ser aceito em termos de sua justificação na reconstrução dos paradigmas do Direito Privado no contexto do Estado Democrático de Direito. Por outro lado, não se pretende reescrever a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, mas tão somente lançar um olhar diferente sobre o que se tem publicado a respeito do assunto, marcando sua análise sob o prisma objetivista na teoria do direito Privado.

A caracterização da desconsideração da personalidade jurídica em suas diferentes acepções não deve consistir afronta ao instituto da personalidade jurídica, porquanto a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica não está atrelada tão-somente à constatação de determinada violação de limite jurídico, mas à conseqüente verificação da inexistência de outra resposta jurídica que possibilite a devida responsabilização do autor da conduta abusiva da personalidade, evidenciada por desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Desse modo, não se pretende inovar em termos daquilo que já foi, até o momento, objeto de estudo acerca da desconsideração da personalidade jurídica, contudo este trabalho irá oferecer uma descrição diferenciada do instituto, concebida a partir da noção objetivista da teoria do abuso do direito e dos limites positivos da função social no Direito contemporâneo.

Nesse intuito procurar-se-á utilizar como referencial teórico a doutrina da Metodica Estruturante do Direito (MÜLLER, 1996), que desenvolve o raciocínio jurídico a partir da noção de concreção normativa, perfeitamente aplicável em sistemas jurídicos de tipo aberto como os que surgiram no Brasil desde as últimas atualizações normativas iniciadas na década de noventa do século passado. A existência da pessoa jurídica não se vincula a uma simples constatação natural como a pessoa humana, resulta de concreção normativa a partir do fato social respectivo que orienta sua criação pelo Direito.

Por outro lado, vale-se das propostas da Análise Econômica do Direito (POSNER, 1992) como referencial interpretativo das práticas jurídicas envolvidas pela orientação da teoria econômica dos custos de transação (COASE, 1995 e WILLIAMSON, 1998), na busca por melhor compreender as ações da empresa e dos agentes econômicos no mercado. Ao contrário do custo de produção neoclássico, a noção de custo de transação surge na perspectiva desses teóricos ao reconhecer-se a existência de falhas de mercado associadas à racionalidade limitada, ao oportunismo dos agentes e à incerteza que caracterizam o mercado, conduzindo a situações de informações assimétricas e contratos incompletos.

O estudo pretende alcançar a discussão problematizada dos limites à relativização da personalidade jurídica societária na recuperação da empresa e fornecer parâmetros de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica como mecanismo apto à responsabilização de sócios, controladores e até administradores, em razão da prática de conduta abusiva à forma personificada que lhes confere direitos de exercício desta por meio de órgãos (conselho de administração, diretoria e conselho fiscal). Trata-se de um estudo diferenciado, transdisciplinar, que envolve aspectos da Teoria Geral do Direito, da Teoria Econômica e da Teoria do direito Empresarial, sobretudo, do Direito da Empresa em Crise.

No regime concursal anterior (Dec.-Lei n. 7.661/45) o tema da desconsideração era tratado apenas no âmbito da falência, com o intuito de se atingir os membros da pessoa jurídica em caráter liquidatório, ou seja, representava mais uma sanção (civil) imposta ao devedor. Reconhecer a possibilidade de aplicação da desconsideração, fora da falência, no novo regime concursal (Lei n. 11.101/05), implica em problematizar quais circunstâncias isso pode se dar e compreender que a pessoa jurídica ainda não superou seu estado de crise (crise de função), tal como evidenciado por J. Lamartine Corrêa (1979).

A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na fase de recuperação do processo concursal deve visar ao restabelecimento e ao fortalecimento da pessoa jurídica societária, na medida em que proporciona momento propício para a imputação de responsabilidade a sócios, controladores ou administradores, afastando ou superando essa estrutura de organização jurídica de que se valeram na prática de atividade tendente a desviar sua finalidade ou gerar confusão patrimonial.

Nesse contexto, o que interessa tratar diretamente neste trabalho são as alusões à destinação abusiva da personalidade atribuída pelo Direito a certos tipos societários (Sociedade Limitada e Sociedade Por Ações), e que está ligada a aspectos relativistas desse instituto jurídico, identificados na sociedade unipessoal (de fato ou de direito), nos grupos de sociedade (de fato ou de direito) e nas redes associativas de MPE's, face às questões ligadas ao desenvolvimento eficiente da atividade econômica.

A visão relativista da pessoa jurídica, sob o prisma objetivo e pluralista (no sentido de que a pessoa jurídica não é vista de um único modo para todos os tipos, ou seja, não há o reconhecimento de um conceito único para todos os tipos), significa dizer que sua desestimação ou superação não fica sujeito apenas a uma circunstância excepcional, isto é, a qualquer momento a conduta de sócios, acionistas controladores ou administradores, poderá ser questionada ou avaliada em processo judicial.

Admitir que há limites à relativização da personalidade jurídica societária é reconhecer que a pessoa jurídica existe enquanto técnica de Direito, verdadeiro centro de imputação, cuja importância não é negligenciada, mas apenas que desconsiderar sua fundamentação (autonomia) deve ser feito sob certos parâmetros em sentido positivo, concebidos sob a forma de programas, e não no sentido negativo como obstáculo ao atuar do Direito.

A desconsideração da personalidade jurídica problematizada, sob a ponto de vista objetivo, realiza os imperativos de relativização da pessoa jurídica, na medida em que permite uma análise dessa no plano externo, ou seja, no mercado, sob os moldes da organização da

atividade econômica, e no plano interno, desprovida de entraves subjetivos impostos pela ordem jurídica ortodoxa. Nesse aspecto, o caráter ético-objetivo presente no Direito contemporâneo (da boa-fé objetiva e dos bons costumes), também manifestado no âmbito da Economia (governança corporativa), insere-se no interior da compreensão do abuso da forma, seja no plano do desvio de finalidade (social e econômica), seja no da confusão patrimonial, como bem jurídico-econômico a ser reivindicado pela comunidade.

Portanto, vai-se tratar na primeira parte do trabalho sobre a pessoa jurídica e suas implicações com a teoria jurídica e econômica da empresa; na segunda parte das inovações do Direito Concursal Brasileiro, sobretudo os aspectos generalistas dos novos instrumentos de recuperação da empresa e da própria falência; e na terceira parte cuidar-se-á da compreensão objetivista da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação no âmbito da recuperação da empresa.

### **1.1 – Justificativa:**

Esta dissertação pretende estar em conformidade com as questões presentes nas tendências atuais de Direito Privado e se dispõe a focar as questões que envolvem o estudo da relativização da personalidade jurídica no Estado Democrático de Direito.

O instituto da personalidade jurídica ao longo de sua evolução passou por transformações em sua concepção doutrinária no contexto do Direito Positivo, que recentemente trouxeram a lume questionamentos face às disposições normativas dos entes não personificados, bem como a função do instituto, o que configura a chamada “crise da pessoa jurídica”. As tendências contemporâneas do Direito Positivo, na jurisprudência e na doutrina, confirmam a personalidade jurídica das sociedades, sem deixar de buscar solução para a crise porque passa o instituto.

A relativização da personalidade jurídica das modalidades societárias que alcança seus paradigmas, tanto da separação patrimonial, quanto da limitação de responsabilidades, configurada entre a pessoa jurídica e a pessoa de seus sócios, é fruto da desconsideração da personalidade jurídica, que se destina ao afastamento episódico da pessoa jurídica, seja em razão de atos fraudulentos praticados pelos sócios, dita concepção Subjetivista, seja em razão de confusão patrimonial e independe de se considerar as intenções do sócio na prática do ato, concebida como concepção Objetivista.

A desconsideração da personalidade jurídica não visa ao questionamento da pessoa jurídica, mas sim ao aperfeiçoamento de sua disciplina, de forma a compatibilizar a sua importância para o sistema econômico existente e a coibir as fraudes e os abusos que, através dela, são praticados pelos sócios em proveito próprio ou do grupo e em prejuízo de terceiros.

No âmbito econômico do Direito Concursal, defende-se que a desconsideração objetiva da personalidade jurídica (*disregard of legal entity*), deve proporcionar meios à recuperação de empresas dotadas de viabilidade econômica, para que não se reduza a subterfúgio para cumprimento de obrigações assumidas no mercado.

Em matéria de Direito Concursal, defende-se nessa dissertação que a desconsideração objetiva da personalidade jurídica deve ser utilizada como meio de recuperação da empresa.

A recuperação de empresa deve-se ao mercado, ou seja, às iniciativas de agentes econômicos capazes de promover a dissolução da crise econômico-financeira, uma vez que ultrapassa as dimensões da empresa e, com isso, promove-se sua reabilitação frente a outros agentes econômicos cuja situação atinge relevo social e econômico, como é o caso dos empregados, do fisco, dos consumidores, da comunidade e dos fornecedores.

## 1.2 – Objetivos:

- Identificar, especificamente os traços característicos da pessoa jurídica no Direito Privado contemporâneo;
- Verificar aspectos da personalidade do ente moral face aos fins sociais da empresa no contexto normativo de Direito Privado em conformidade com a Constituição vigente;
- Refletir e avaliar como a relativização da personalidade jurídica das sociedades, através da crescente utilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, tem afetado a sustentação de sua segurança jurídica;
- Perceber quais as implicações e desafios que o instituto da recuperação judicial de empresas irá proporcionar às tendências de relativização da personalidade jurídica das sociedades empresárias no Direito Privado, como mecanismo necessário ao cenário econômico no Estado Democrático de Direito.
- Compreender e abordar as temáticas em torno da relativização da personalidade jurídica de sociedades empresárias no contexto da Análise Econômica do Direito.

## 2 – A PESSOA JURÍDICA E SUAS IMPLICAÇÕES NA TEORIA DO DIREITO PRIVADO

*A ciência deixa de ser ciência quando perde a capacidade de colocar em questão as modalidades e os conteúdos de seu trabalho e de permitir, tanto metodologicamente como objetivamente, este questionamento através da transparência de suas argumentações e de suas exposições. (MÜLLER, 1996, p. 166, tradução nossa)\**

A pessoa jurídica tem sido, no caro curso da história, objeto de estudos e construções doutrinárias por parte de diversos teóricos do Direito, como abaixo se verá, que se sucederam nessa tarefa necessária ao estabelecimento das bases epistemológicas de sustentação das relações sociais, notadamente, de natureza mercantilista no início e econômica em tempos posteriores, já em época mais recente na modernidade. Indiscutível é a importância do instituto da pessoa jurídica no quadro do Direito em seus vínculos multilaterais com outras ciências, principalmente, a Economia. Embora muito já se tenha feito, verifica-se que ainda há barreiras à revelação de seu significado para a vida prática, que alguns desencontros tem gerado entre os teóricos contemporâneos a suscitar uma revolução na abordagem dogmático-pragmática de outrora, face aos desafios analítico-discursivos da contemporaneidade.

Este trabalho não tem a pretensão de despojar ou de descortinar as acepções da pessoa jurídica já cunhadas pela doutrina tradicional<sup>1</sup>, apesar de permitir um enfrentamento crítico da questão, porquanto se entende que tal tarefa é própria da Teoria do direito ou da Filosofia do Direito, o que conduziria a desvio dos propósitos deste estudo. A discussão de fundo teórico, que se entende necessária, deve produzir resultados que conduzam a alteração da ordem de coisas postas pelo homem até o presente momento e vir a influenciar a construção de uma “nova pessoa jurídica” num período pós-superação de seu estado de “crise”, tal como denunciado no Brasil, já no final da década de 70 do século XX, por J. Lamartine Correa de Oliveira.<sup>2</sup>

---

\* “La science cesse d’être science lorsqu’elle perd la capacité de mettre elle-même en question les modalités et les contenus de son travail et de permettre, méthodiquement comme objectivement, cette mise en question à travers la transparence de son argumentations et de son exposition”. (MÜLLER, 1996)

<sup>1</sup> O termo “doutrina tradicional” é utilizado neste trabalho no sentido que lhe confere a opinião dos teóricos Norberto Bobbio e Hans Kelsen, a saber: Para Bobbio, por “doutrina tradicional” ou “doutrina clássica”, denomina-se a corrente de teóricos jusracionalistas do século XVII ao século XIX. (BOBBIO, 1995. p. 155). Para Kelsen, por “doutrina tradicional” compreende-se a ciência jurídica que se desenvolveu ao longo dos séculos XIX e XX, período em que produziu uma jurisprudência impregnada pela psicologia e sociologia, afastando-se, portanto, da noção de “pureza” que pretendeu imprimir à teoria do direito. (KELSEN, 2003. p. 01).

<sup>2</sup> OLIVEIRA. José Lamartine Correa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva. 1979.

Sob esse aspecto, este estudo deverá se orientar pela análise da pessoa jurídica de tipo societária empresarial, mais precisamente, da sociedade limitada e da sociedade anônima, uma vez que os demais tipos descritos na legislação codificada não se enquadram nos moldes de uma análise sob os reflexos da disciplina normativa do Direito Concursal, em razão das próprias disposições do diploma legal vigente.

Assim, ficarão de fora do alcance deste propósito as pessoas jurídicas classificadas como de Direito Público interno e externo e, no âmbito dos tipos de Direito Privado as fundações, as associações, as organizações religiosas e os partidos políticos pelas suas próprias naturezas, bem como, os demais tipos de sociedades – além dos entes não personificados –, pois se lhes assentam a consideração de relatividade de constituição face ao caráter de ausência de separação patrimonial; de limites à responsabilidade dos membros; e da estrutura efêmera que condiciona sua existência no quadro do Direito, o que tem ensejado demasiada controvérsia na doutrina.

Para que se possa chegar ao ponto de evidência desta pesquisa como premissa de sua abordagem no contexto do Direito Concursal e propor uma contribuição ao debate do tema que envolve a pessoa jurídica no quadro do Direito Privado atual, deve-se considerar antes acerca da pessoa jurídica a análise de seu esboço histórico, passando pela apreciação das questões ontológicas ainda residentes na inteligência do instituto, para se alcançar, enfim, os desafios que norteiam os problemas de relativização da pessoa jurídica societária.

## **2.1 – Esboço histórico da pessoa jurídica**

A noção de pessoa jurídica como entidade própria no Direito, prende-se em distante trajetória evolutiva até chegar ao que hoje se conhece por personalidade jurídica, cujas origens remontam aos sucessivos processos de afirmação histórica entre os princípios da *universalidade* e da *unidade* (SERPA LOPES, 2000). Esses princípios destacam-se em momentos distintos na antiguidade, inicialmente por influência do princípio da *universalidade* prevalecia apenas a identificação do indivíduo (ser humano) que integrava como parte (entidade) a coletividade, grupo de indivíduos desprovido de autonomia; posteriormente consolida-se o princípio da *unidade*, no qual a entidade coletiva já passa a desfrutar de caráter autônomo e independente em relação ao indivíduo (SERPA LOPES, 2000). A partir dessa análise perfunctória, é imperioso reconhecer que as principais influências da concepção

moderna de pessoa jurídica deveram-se a conjugação de “três fatores históricos: o Direito romano, o Direito germânico e o canônico.” (SERPA LOPES, 2000, p. 357).

Os romanos não conceberam inicialmente a pessoa jurídica como ente distinto dos membros que a compõe, pois vinculados ainda à idéia de *universalidade* “entendia-se que se um patrimônio pertencesse a diversas pessoas em conjunto, a cada uma delas tocaria a titularidade de parte dos bens” (GOMES, Jairo, 2006, p. 223). A esse respeito, cabe ressaltar que “para designar os conjuntos unitários de pessoas ou bens, utilizavam-se os termos *universitas e corpus*, figuras posteriormente consideradas como pessoas jurídicas”. (AMARAL NETO, 2003, p. 278, grifo do autor).

Apenas no período do império é que os romanos conseguiram admitir a existência de uma entidade abstrata, como descreve Pontes de Miranda:

O antigo direito romano desconhecia o conceito de pessoa jurídica: o *ius privatum* (*ius civile*) só tocava a pessoas físicas, aos *civis*. Os *collegia* e as *sodalitates* não eram pessoas. A *res publica* era o bem do povo romano; e esse não era pessoa privada. Coisa do povo era *extra commercium*. A própria terra do povo, *ager publicus*, não pertencia a ninguém. Lá está em Gaio (L. I, pr. D., *de divisione rerum et qualitate*, I, 8): “*quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur*”. *Nullius*, de ninguém. O próprio *ius* para os negócios jurídicos era *publicum*, e não *privatum*. Quanto a *res publica* teve de entrar em comércio, privatizou-se. A evolução começou pelo *municipium*, que passou a ser pessoa, no Direito Privado; depois, personificaram-se *collegia*, *sodalitates* e *universitates*. Com a distinção entre *fiscus Caesaris* e *aerarium populi Romanum*, aquele entrou no rol das pessoas de Direito Privado (cf. L. Mitteis, *Römisches Privatrecht*, I, 349 s). (PONTES DE MIRANDA, 1999a, p. 348).

A respeito desse período no Direito romano destaca Serpa Lopes que:

Operou-se, então, um desenvolvimento teórico no sentido de distinguir-se a *universitas* dos *singuli*. O patrimônio passou a constituir propriedade da entidade, sem nenhuma relação de condomínio com os seus membros componentes. Definiram-se duas modalidades de pessoas jurídicas: as *universitates personarum*, representadas por agrupamentos de indivíduos, e as *universitates bonorum*, formadas pelos estabelecimentos, fundações, hospitais etc. Excluía-se a *societas*, negando-se-lhe personalidade, por ser ela encarada como um fenômeno puramente contratual, vínculo obrigacional entre os respectivos sócios, considerados os verdadeiros titulares dos direitos. (SERPA LOPES, 2000, p. 358).

O Direito germânico, para Serpa Lopes (2000), numa fase inicial, firmou-se em sentido oposto, baseado em uma visão essencialmente materialista, ainda não concebiam a coletividade distinta dos indivíduos e conferiam preferência ao significado de sociedade afastando-se do de pessoa jurídica. Nesse momento, o Direito germânico consagrava a responsabilidade coletiva, tanto no sentido moral, quanto jurídico, o que lhe impedia transpor da noção de universalidade para a de unidade.

A esse respeito destaca Serpa Lopes que:

As obrigações da totalidade facilmente se distendiam aos indivíduos, como, por outro lado, não se hesitava em converter a obrigação individual em obrigação coletiva: *um por todos e todos por um*.

Não existiu, assim, entre os germânicos, senão numa época recente, esse tratamento unitário da pluralidade. Sob a influência romana, porém, entre eles se desenvolveu a idéia de pessoa jurídica tomando uma forma definida. (SERPA LOPES, 2000, p. 358).

No período medievo foi muito importante a contribuição dos glosadores e canonistas para a fixação do sentido de pessoa jurídica. A dificuldade que tiveram os canonistas para definir a situação jurídica da Igreja, que não se confundia com a pessoa de seus fieis ou oficiantes, conduziu-os a construção dos *seres coletivos*, idealizados como entes distintos de seus membros e capazes de realizar determinados fins comuns a partir de um acervo de bens (AMARAL NETO, 2003, p. 278-279, grifo do autor).

Nessa fase histórica, a afirmação da noção de pessoa jurídica rendeu-se às orientações do Direito canônico que contribuiu para a formação de sua elaboração, conforme explica Serpa Lopes:

Todos os institutos da Igreja foram reputados entes ideais, fundados por uma vontade superior. Assim, qualquer ofício eclesiástico, dotado de um patrimônio, é tratado como uma entidade autônoma, e a cada novos ofícios criados correspondem outras tantas entidades independentes. Desse conceito surge o de fundação também autônoma, como o *pium corpus*, o *hospitalis* e a *sancta domus*. A *universitas* passa a representar um *corpus mysticum*, um *nomem iuris*. (SERPA LOPES, 2000, p. 359).

A participação dos canonistas no desenvolvimento da pessoa jurídica, reforça a idéia de que “retomada na Idade Média, a partir do trabalho de Sinibaldo de Fleshi (depois papa Inocêncio IV), a construção dogmática atingiu contornos mais ou menos definidos, com a concepção de que a pessoa jurídica era *persona ficta*.” (JUSTEN FILHO, 1987, p.18).

No período que medeia entre o século XVI e o início do século XVIII, segundo apreciação de Amaral Neto (2003), destaca-se o relevante trabalho iniciado e desenvolvido a partir das orientações da escola jusnaturalista, notadamente em Grocio, em que a concepção de *persona ficta* assume a designação de *pessoa moral* e passa a representar “comunidades ou corporações” equiparando-se sua compreensão às pessoas físicas.

A noção moderna de pessoa jurídica deve-se à laboriosa atuação dos pandectistas alemães que, “ao sistematizarem a matéria do Direito civil, com a elaboração de uma teoria geral reunindo noções, elementos e categorias jurídicas comuns a todos os ramos do Direito,

tiveram de considerar a existência de sujeitos de direito distintos da pessoa humana.” (AMARAL NETO, 2003, p. 280). Contudo, permanecia ainda a noção de *persona ficta*, cujo significado, consagrado por Savigny, vertia compreensão diversa da que foi elaborada pelos glosadores e canonistas, segundo Justen Filho:

A ficção desse [Savigny] não é a ficção dos canonistas e glosadores. Para estes, a *fictio* significava criação da mente humana (ou a existência no mundo das idéias); já para os ficcionistas do século XIX, a *fictio* da pessoa jurídica estava na sua “*falsidade*” (JUSTEN FILHO, 1987, p.18, grifos do autor).

A partir do século XIX, a codificação instalou a autonomia do indivíduo no contexto da ordem jurídica privada do Estado moderno, não a partir da “liberdade” e da “igualdade” que outrora lhe imprimia sentido – como era de se (pres)upor –; mas a partir da “vontade” expressa no texto da lei<sup>3</sup>, limitada pelos imperativos abstratos da ordem pública e dos bons costumes, que garantia sua manifestação e promovia a restauração de seu *status quo* em resposta a violação dos pactos como traço da segurança jurídica, segundo critérios edificados pela burguesia liberal, contrariando os valores que orientaram as revoluções setecentistas e propiciaram o início de uma série de profundas transformações por que passaria a sociedade no decorrer dos tempos.

O advento da codificação, como resultado das doutrinas jusnaturalistas, promoveu no texto normativo unificado a reunião entre “a idéia do indivíduo-sujeito de direito e aquela do ‘poder (*potestà*) da vontade’ do indivíduo como único motor do Direito Privado.” (ORESTANO *apud* GIORGIANNI, 1998, p. 39). Tal circunstância conduziu a propriedade e o contrato para o centro do sistema e lhes conferiu importância significativa no Direito Privado, acabando por alcançar inclusive a disciplina da pessoa jurídica.

A necessidade de estruturação das atividades mercantis em torno de coletividades unitárias e com titularidade própria para a efetivação dos negócios, sob a égide da racionalidade liberal, impulsionou a busca por uma melhor estruturação do significado, alcance e reconhecimento da pessoa jurídica no Direito. Assim, “a personalidade jurídica passa a configurar-se como uma qualidade atribuída a certos entes, com a qual se podem tornar sujeitos de relações jurídicas, titulares de direitos e deveres.” (AMARAL NETO, 2003, p. 280).

No século XX, a herança histórica da pessoa jurídica permaneceu aceita pela doutrina que pouco contribuiu para o surgimento de novos parâmetros que lhe servissem de suporte,

---

<sup>3</sup> Código Civil Francês de 1804: **Art. 6.º** On ne peut pas déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public e les bonnes moeurs.

mantendo-se fiel à tese concreta e objetivista proveniente da técnica jurídica, marcada pelas correntes: contratualista e instutucionalista, sem, contudo, haver produzido críticas mais acirradas quanto à sua necessidade para a organização e o desenvolvimento das relações humanas.

Os traços teóricos marcantes deste período foram: de um lado certamente as inovações trazidas por Hans Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito* no que se refere à ausência de distinção no significado da expressão “pessoa jurídica”, que em sua tese serviria ao mesmo tempo para designar o ser humano e suas coletividades organizadas, construída como simples manifestação da linguagem pela jurisprudência; de outro lado à constatação de um estado de “crise” do instituto, marcado sobretudo pelos enquadramentos normativos de entes desprovidos de personalidade, mas a quem a legislação reconhece condições para estar em juízo, bem como, inadequações de conduta daqueles que integram a “coletividade organizada” quanto à prática de desvios no cumprimento de sua finalidade normativa.

No Direito Brasileiro a matéria foi normatizada com o advento do Código Civil em 1916, quando o Direito Pátrio passou a tratar do tema com maior precisão nos artigos 17 e 20<sup>4</sup>, cujo teor de seus textos ainda revelam os traços absolutistas da noção unitarista que se firmou ao longo do século XIX. Esta noção acerca do Direito, identifica-o como um fenômeno unitário ou redutível à unidade, isto é, concebido, aceito e reconhecido apenas por conceitos que se mantêm imutáveis ao longo do tempo, pois, ao ser unitário o conceito é válido para todo o Direito em todas as épocas (conceitos absolutos) e não pode ser compartimentado em categorias isoladas que apresentem aplicações múltiplas à disciplina jurídica. Nesse sentido, aplicada ao conceito de pessoa jurídica representa a “afirmação da identidade das pessoas jurídicas. Portanto, a *pessoa jurídica* de uma sociedade anônima seria conceitualmente idêntica à *pessoa jurídica* de uma fundação.” (JUSTEN FILHO, 1987, p. 35).

---

<sup>4</sup> Código Civil de 1916: **Art. 17.** As pessoas jurídicas serão representadas, ativa e passivamente, nos atos judiciais e extrajudiciais, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não o designando, pelos seus diretores.

**Art. 20.** *As pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros.*

§ 1.º Não se poderão constituir, sem prévia autorização, as sociedades, as agências ou os estabelecimentos de seguros, montepio e caixas econômicas, salvo as cooperativas e os sindicatos profissionais e agrícolas, legalmente organizados.

Se tiverem de funcionar no Distrito Federal, ou em mais de um Estado, ou em territórios não constituídos em Estados, a autorização será do Governo Federal; se em um só Estado, do governo deste.

§ 2.º As sociedades enumeradas no art. 16, que, por falta de autorização ou de registro, se não reputarem pessoas jurídicas, não poderão acionar a seus membros, nem a terceiros; mas estes poderão responsabilizá-las por todos os seus atos.

O Código Civil de 2002 também dispôs sobre a personalidade jurídica nos artigos 47 e 50<sup>5</sup> sem, contudo, negligenciar os aspectos de funcionalização por que passou o Direito e seus institutos na segunda metade do século XX e os limites de relativização ao exercício da personalidade jurídica.

Nessa trajetória evolutiva, a pessoa jurídica esteve submetida a diversos mecanismos de justificação ideológica, que acabaram por ceder aos apelos do normativismo jurídico exacerbado e espalharam-se para as diversas áreas do Direito a partir dos direitos subjetivos. A vertente absoluta dos direitos, própria do individualismo liberal emergente na era da codificação, que mantinha o Estado em um plano diferenciado face às relações privadas, cedeu lugar a dinâmica relativista do pluralismo social e atraiu o Estado a participar ativamente dos interesses privados, proporcionando maior fluidez às estruturas das organizações.

Nesse processo histórico, o instituto da pessoa jurídica tem como marco a consolidação do princípio da *unidade* em superação ao princípio da *universalidade* – o que não se verifica em todas as suas categorias, tais como: as associações e as fundações –, que lhe proporcionou o caráter imaneente de ser autônomo e independente, marcado pelos princípios da autonomia patrimonial e da limitação de responsabilidade, cujos limites de atribuição de responsabilidade oferecem significativo estímulo à sua constituição por pessoas físicas, face aos riscos inerentes à prática de qualquer atividade social ou econômica junto a comunidade política.

Nesse sentido, é possível concluir que “a pessoa jurídica surge, assim, como um conjunto unitário de pessoas ou de bens, organizado para a obtenção de fins comuns específicos, com individualidade e autonomia próprias”. (AMARAL NETO, 2003, p. 280). Desse modo, percebe-se que a elaboração histórica da noção de pessoa jurídica envolta na própria concepção de personalidade (sujeito jurídico e capacidade), que se manifesta também ao ser humano, resultou na praxis em consolidação do princípio da autonomia e do princípio da limitação de responsabilidade, fruto da concepção teórica unitarista que orienta sua disciplina e reconhece os membros como substrato da pessoa jurídica.

Intrínseco à aquisição da personalidade jurídica, o princípio da autonomia patrimonial proporciona a separação entre os patrimônios dos membros da pessoa jurídica e esta, bem

---

<sup>5</sup> Código Civil de 2002: **Art. 47.** Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

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

como confere capacidade própria aos sujeitos jurídicos, tornando-os seres inconfundíveis entre si e dotando aquela, inclusive, de direitos de personalidade (art. 52, CC/2002)<sup>6</sup>. Dessa forma, o princípio da autonomia protege tanto os membros quanto a pessoa jurídica, pois aqueles não submetem seu patrimônio a responder por obrigações desta, e essa mantém intacto seus ativos no caso de obrigações de um ou alguns de seus membros.

Este alcance da autonomia (patrimonial) é um dos fatores que impulsiona a economia moderna, pois sem a existência dessa separação de ativos, os interessados não se lançariam aos riscos que a conjuntura econômica desafia e não arriscariam patrimônio pessoal na prática de certa atividade que não oferecesse garantias mínimas de segurança jurídica.

Mas ao princípio da autonomia patrimonial foram impostas certas limitações, e nos dias atuais já não se revela de modo absoluto como no passado (art. 20, CC/1916)<sup>7</sup>, pois cada vez mais o fenômeno de funcionalização do Direito e de seus institutos impõe mecanismos de relativização ao exercício de direitos e imputação de deveres jurídicos.<sup>8</sup>

Por outro lado, como corolário do princípio da autonomia destaca-se o princípio da limitação de responsabilidade, que orienta no sentido da imputação de direitos e deveres sociais aos sócios ou administradores e da participação ao adimplemento de obrigações a que são chamados sócios e administradores, sob o aspecto solidário ou subsidiário no campo societário.

As pessoas jurídicas, regularmente constituídas, obrigam-se pelos atos praticados por seus administradores até o montante de seu patrimônio, desde que estes atos não excedam os limites dispostos nos estatutos (art. 47, CC/2002) ou os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187, CC/2002)<sup>9</sup>, casos em que o abuso poderá ensejar a imputação de deveres jurídicos diretamente ao sujeito (sócio ou administrador) que praticou o ato (responsabilização pessoal ou direta) ou a desestimação da forma da pessoa jurídica (art. 50, CC/2002), deixando os membros a descoberto e passíveis de responsabilização, sem que disso resulte a extinção, nulidade ou invalidade daquela “coletividade organizada”.

---

<sup>6</sup> Código Civil de 2002: **Art. 52**. Aplica-se às pessoas jurídicas, *no que couber*, a proteção dos direitos da personalidade. (grifo nosso)

<sup>7</sup> A respeito da inteligência do art. 20 do Código Civil de 1916 afirma Miranda (1999a, p. 354): “Não se trata, a rigor, de regra jurídica. Apenas, tautologicamente se enuncia que as pessoas jurídicas têm capacidade de direito, que as pessoas jurídicas são pessoas. Além disso, as pessoas jurídicas, ainda que tratem com os seus membros, se a lei e o ato constitutivo não lhes veda tais negócios jurídicos, ficam como pessoas diante das pessoas dos seus membros. Aquele que lhe compra, ou vende alguma coisa, ainda que assine por ela, como seu representante ou órgão, não faz contrato consigo mesmo.”

<sup>8</sup> Para uma melhor compreensão sobre essas transformações ver a Terceira Parte deste trabalho.

<sup>9</sup> Código Civil de 2002: **Art. 187**. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

## 2.2 – O problema da natureza da pessoa jurídica

A afirmação da pessoa jurídica como “ser jurídico” ao lado do “ser humano”, revelou a tentativa de solidificação das idéias jusracionalistas que emergiram no contexto da ciência do Direito na Era Moderna e resultou em variadas teorias que procuraram sistematizar seu significado e alcance ontológico, pelo que não há um consenso entre os estudiosos nessa finalidade metodológica.

O tema da pessoa jurídica tem sido desenvolvido sob o prisma da identificação de seu alcance e significado e as teorias que se sucederam ao longo dos anos nessa tentativa podem ser agrupadas como teorias negativas ou teorias afirmativas; teorias da inexistência ou teorias da existência; teorias pré-normativas ou teorias normativas da pessoa jurídica. Sob esse aspecto, Pontes de Miranda (1999a) reconhecia pertinência da pessoa jurídica à teoria orgânica, admitindo seu tratamento também pela teoria da ficção e pela *réalité technique*, bem como pelas teorias implícitas dos homens-destinatários e dos homens-disponentes, e defendia que “além dessas teorias, outras há, ainda menos jurídicas, que revelam regressão política ou perturbação por pânico ou indecisão, por parte dos escritores europeus.” (PONTES DE MIRANDA, 1999a, p. 383).

A respeito disso, Edgar G. da Mata Machado (1995), a partir das obras de Clóvis Bevilacqua<sup>10</sup> e de Calogero Gangi<sup>11</sup>, estabelece um “filtro” ao rol das nove teorias que informam sobre a natureza da pessoa jurídica, reduzindo-as de modo significativo ao afirmar que “foi proposital a menção do número de teorias propostas, índice das dificuldades que enfrentam os cultores de Direito para, com as luzes de sua ciência própria, deslindar a natureza da pessoa jurídica.” (MATA MACHADO, 1995, p. 325). E acrescenta esse autor que “entretanto, nem todas as concepções imaginadas e expostas visam diretamente, a essa explicação, ou se a visam não a atingem.” (MATA MACHADO, 1995, p. 325). Para concluir que:

Se tomarmos, por exemplo, a enumeração de BEVILAQUA, verificaremos que apenas quatro das teorias se referem à natureza da personalidade jurídica; as outras ocupam-se, antes, em demonstrar *quem* ou *quais são*, na pessoa jurídica, o sujeito ou os sujeitos dos direitos e obrigações. (MATA MACHADO, 1995, p.325, grifo do autor).

<sup>10</sup> BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 5.<sup>a</sup> ed., atual. por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves. 1951. p. 134-160 *apud* MATA MACHADO, 1995.

<sup>11</sup> GANGI, Calogero. **Persone fisiche e persone giuridiche**. 2.<sup>a</sup> ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1948. p. 193-210 *apud* MATA MACHADO, 1995.

Desse modo, a descrição a seguir é fornecida apenas com o intuito de destacar algumas das elaborações teóricas que marcam a diversidade de pensamento acerca da natureza jurídica dos entes personificados e pode ser agrupada da seguinte forma: a Teoria da Ficção, as Teorias da Realidade e a Teoria Institucional.

- Teoria da Ficção (F. von Savigny, G. F. Puchta, B. Windscheid, Vareilles-Sommières)<sup>12</sup>: A teoria da ficção, sustentada inicialmente por Savigny e seguida por outros autores além dos ora referidos, teve grande relevância no século XIX, muito embora seus postulados remontem às orientações do período medieval no que concerne à noção de *persona ficta*. Para essa teoria a personalidade jurídica é uma criação da lei, elaborada por meio de ficção jurídica e, portanto, desprovida de existência real. Nesse sentido, a pessoa jurídica visa atender aos interesses dos homens que a compõem e que são verdadeiros titulares de direitos, pois somente estes possuem existência física e psíquica. Logo, “se atribuem direitos a pessoas de natureza outra, estas pessoas são mera criação da *mente* humana, a qual *supõe* que elas sejam capazes de *vontade* e de *ação* e, dessarte, constrói uma *ficção jurídica*.” (RÁO, 1999, p. 725). No entanto, para Vareilles-Sommières essa compreensão deve considerar não uma criação legal, mas que a pessoa jurídica apenas tem existência na inteligência dos juristas, apresentando-se como ficção doutrinária. Na doutrina nacional destacam-se pela teoria da ficção (Coelho da Rocha, Trigo de Loureiro, Ribas)<sup>13</sup>.

- Teoria da Realidade: Tem-se nessa teoria duas vertentes a saber: a Realidade Objetiva ou Realidade Orgânica ou Germânica (G. Beseler, O. von Gierke, E. Zitelmann, F. Regelsberger)<sup>14</sup>; e a Realidade Técnica ou Realidade Jurídica (L. Michoud, R. Saleilles, F. Géný)<sup>15</sup>: Pela teoria da realidade objetiva ou orgânica, destacam-se Gierke e Zitelmann, cujos esforços muito contribuíram para o desenvolvimento da afirmação real das pessoas jurídicas em contraposição à teoria da ficção. Para esta teoria ao lado das pessoas naturais há os organismos sociais fruto de imposição da vida social, que são as pessoas jurídicas, detentores de existência real, distinta de seus membros e por finalidade realizar a vontade coletiva própria, que se cumpre por meio da ação dos órgãos que a compõem. Sob um ponto de vista

<sup>12</sup> SAVIGNY, F. Karl von. **Sistema di diritto romano**. v. II, 1840, § 60, 85 s. **Traité de droit romanin**, § 85; PUCHTA, G. F. **Cursus der institutionem**, § 28; WINDSCHEID, B. **Pandette**. v. I, § 40; VAREILLES-SOMMIÈRES. **Personnes morales**, n. 35, p. 134 e 375-479.

<sup>13</sup> ROCHA, Coelho da. **Instituições de Direito civil**. v. I, § 54.; LOUREIRO, Trigo de. **Instituições de direito civil brasileiro**. t. I. 4.<sup>a</sup> ed., p. 38; RIBAS. **Curso de direito civil**. 3.<sup>a</sup> ed., 1905, p. 290.

<sup>14</sup> BESELER, G. **Voksrecht und juristenrecht**, 158; GIERKE, O. von, **Das Wesen der menschlichen Verbände**, 17, e **Deutsches privatrecht**. v. I, p. 469, 480; ZITELMANN, E. **Allgemeiner teil**, p. 62 s.; REGELSBERGER, F. **Pandekten**. v. I, p. 323.

<sup>15</sup> MICHOD, L. **La Théorie de la personnalité morale**. v. I, p. 99 s.; SALEILLES, R. **De la Personnalité juridique**. 1910, p. 517 s.; GÉNY, F. **Science et technique en droit privé positif**. 1921, v. III, p. 212 s.

generalista, pode-se afirmar que a teoria da realidade objetiva ou orgânica sustenta a existência real das pessoas jurídicas, tal como as pessoas físicas, “pois como estas nascem, vivem, e se extinguem não por artifícios do Estado, mas por ação das forças sociais.” (RÁO, 1999, p. 727).

Por outro lado, a teoria da realidade técnica cujo desenvolvimento inicial deveu-se a Michoud, defendia a existência real da pessoa jurídica não comparável à pessoa física, mas resultante de processo técnico oriundo da ordem jurídica, que atribui personalidade a certos grupos sociais, dotando-os de vontade e propósitos próprios. Defende essa teoria que esses grupos devem se atribuir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica como forma de se estabelecer o exercício de direitos subjetivos vinculados aos interesses coletivos que não se vinculam aos manifestados pelos indivíduos humanos. Assim, o Estado, as sociedades e as associações devem ter direitos próprios.

Logo, “o fato desses grupos serem, como tais, sujeitos de direito, não constitui, portanto, uma *ficção*, mas uma *realidade* freqüentemente necessária. Mas, realidade é essa meramente técnica, através da qual se traduzem fenômenos jurídicos existentes.” (RÁO, 1999, p. 728). A esse ponto de vista filia-se o ensinamento de Amaral Neto, para quem:

As pessoas jurídicas são uma realidade, não ficção, embora produto da ordem jurídica, sua essência não consiste no ser em si, mas em uma forma jurídica, pelo que se considera tal concepção como formalista. A forma jurídica não é, todavia, um processo técnico, mas a “tradução jurídica de um fenômeno empírico” [RONCERO], sendo a função do direito apenas a de reconhecer algo já existente no meio social. (AMARAL NETO, 2003, p. 283).

No que concerne à doutrina nacional, destacam-se os seguintes autores pelas Teorias Realistas: **a)** Da Realidade Objetiva [Realidade Orgânica] (A. Teixeira de Freitas, Lacerda de Almeida, Clóvis Bevilacqua, Pontes de Miranda)<sup>16</sup>; **b)** Da Realidade Técnica [Realidade Jurídica] (Vicente Ráo, Orlando Gomes, Sílvio Rodrigues, Washington M. de Barros, Caio Mário S. Pereira)<sup>17</sup>; (PEREIRA, Caio Mário S., 2005; RÁO, 1999).

- Teoria Institucional (Morice Hauriou, Georges Renard, Santi Romano)<sup>18</sup>: Esta teoria

<sup>16</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código civil: Esboço**. v. I, p. 181; ALMEIDA, Lacerda de. **Pessoa jurídica**, 1907, p. 48; BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral de direito civil**. 5.<sup>a</sup> ed., 1951, p. 158. PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. I. 1999a, p. 483.

<sup>17</sup> RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. 1999, p. 735; GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18.<sup>a</sup> ed. 2001, p. 186; RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: Parte geral**. v. I, 1991, p. 69-70; BARROS, Washington M. de. **Curso de Direito civil: Parte geral**. 38.<sup>a</sup> ed., v. I, 2001, p. 104; PEREIRA, Caio Mário S. **Instituições de direito civil**. v. I. 20.<sup>a</sup> ed., 2005, p. 310.

<sup>18</sup> HAURIOU, Morice. **La Théorie de l'institution et de la fondation**. In Cahiers de la Nouvelle Journée, n. 4; RENARD, Georges. **La Théorie de l'institution**, p. 122; ROMANO, Santi. **L'Ordenamento jurídico**. 1917, p. 19 s.

teve origem nos trabalhos do francês Hauriou e também encontra contribuições na doutrina italiana de Romano. Os teóricos institucionalistas admitem que a personalidade humana deriva do Direito do mesmo modo que ele concede-a a grupo de pessoas ou de bens que tenham por escopo a realização de interesses humanos que pressupõe uma ordenação organizada. A pessoa jurídica torna-se, assim, uma noção basilar que se incorpora à uma organização ordenada para poder agir, tanto no plano interno, quanto externo e realizar em unidade um fim comum, marcado pelo significado de interesse coletivo. Sob esse prisma, Hauriou “sustenta que a instituição, quando alcança certo grau de concentração e de organização, torna-se automaticamente pessoa jurídica.” (RÁO, 1999, p. 730). Na doutrina nacional destaca-se pela Teoria da Instituição (Miguel Reale)<sup>19</sup>.

Além dessas teorias destacam-se ainda: **a)** a Teoria da Destinação dos Interesses: os homens destinatários (R. von Jhering)<sup>20</sup> ou os homens disponentes (E. Hölder)<sup>21</sup>; **b)** a Teoria da Propriedade Coletiva (M. Planiol, Berthélémy)<sup>22</sup>; **c)** a Teoria da Vontade Diretora (F. Ferrara)<sup>23</sup>; **d)** a Teoria da propriedade de Afetação (A. Brinz)<sup>24</sup>; **e)** a Teoria Normativista ou da Destinação das Normas Jurídicas (T. Ascarelli)<sup>25</sup>; **f)** a Teoria da Analogia (R. Clémens, K. Larenz, D. Zambrano)<sup>26</sup>; **g)** Teorias Negativistas (H. Kelsen [normativa], L. Duguit [doutrinária])<sup>27</sup> (PONTES DE MIRANDA, 1999a; RÁO, 1999; OLIVEIRA, 1979). Na doutrina pátria merece menção pela Teoria da propriedade de Afetação (Hahnemann Guimarães)<sup>28</sup> e pela Teoria da Analogia (J. Lamartine Corrêa de Oliveira, Edgar de Godoi da Mata Machado, Francisco Amaral)<sup>29</sup>.

Há que se mencionar, por fim, as seguintes teorias:

<sup>19</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27<sup>a</sup>. 2002, p. 236.

<sup>20</sup> JHERING, R. von. **Geist des roman rechts**. v. III, §§ 60 e 61, p. 216 s.; **Der zweck um recht**. v. I, p. 460 s.

<sup>21</sup> HÖLDER, E. **Allgemeiner teil**, p. 154 s.

<sup>22</sup> PLANIOL, M. **Traité élémentaire de droit civil**. v. I, n. 1.967; BERTHÉLÉMY. **Traité de droit administratif**, p. 24 s.

<sup>23</sup> FERRARA, F. La Teoria delle Persone Giuridiche, In **Trattato di diritto civile**. v. I, p. 597 s.

<sup>24</sup> BRINZ, A. **Lehrbuch**, I, 3.<sup>a</sup> ed., 224 s.; **Pandette**. v. I, §§ 59s.

<sup>25</sup> ASCARELLI, T. **Appunti**, 1936, p. 43 s.

<sup>26</sup> CLÉMENS, René. **Personnalité morale et personnalité juridique**. Paris, Rec. Sirey, 1935. LARENZ, Karl, **Allgemeiner teil des deutschen bürgerlichen rechts**. München, Beck, 1967, II, §8, p. 105; ZAMBRANO, David (hijo). **Persona y derecho**. Buenos Aires, V. Abeledo, 1947, p. 143-144.

<sup>27</sup> KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. tradução João Batista Machado. 6.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes. 2003; DUGUIT, L. **Traité de droit constitutionnel**, Paris: E. de Boccard, 1921, t. I, p. 202-204 e 209-210.

<sup>28</sup> GUIMARAES, Hahnemann. **As pessoas jurídicas como situações patrimoniais**. Revista Forense, Rio de Janeiro, Fasc. 470/471, Ano 39, v. , p. 299-310, set.-1942.

<sup>29</sup> OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. 1979, p. 16-20. MATA MACHADO, Edgar de Godoi da. **Elementos de teoria geral do direito: para os cursos de introdução ao estudo do direito**. 4.<sup>a</sup> ed., 1995. p. 338-344; AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito civil: introdução**. 5.<sup>a</sup> ed. 2003, p. 284.

• A Teoria da Atividade Promocional do Estado (Marçal Justen Filho)<sup>30</sup>: Baseada na noção de *sanção premial*, tal como desenvolvida por Norberto Bobbio, voltada para consagrar certas conseqüências jurídicas decorrentes da necessidade de amparar e promover as estruturas jurídicas, sem o condão negativo de apenas reprimir o *mal* causado, mas antes tornar atraente a conduta desejada.<sup>31</sup> Para Justen Filho (1987) a personificação societária decorre de uma sanção positiva que é dada pelo ordenamento sob a forma de técnica de incentivo, que conduz e influencia as condutas humanas no seio da comunidade jurídica, revelando-se verdadeiros movimentos associativos e de coordenação facilitados pelo Estado para o fomento à atividade econômica organizada.

Nesse sentido destaca Justen Filho que:

Por “pessoa jurídica” identifica-se, assim, um regime jurídico mais benéfico do que seria usualmente aplicável. A alusão a “regime jurídico” busca identificar no próprio ordenamento o núcleo do conceito de pessoa jurídica. Observa-se que a relevância do conceito esta nas conseqüências jurídicas cominadas como decorrência de certos pressupostos. Ainda que se estenda a atais pressupostos a alusão a “pessoa jurídica”, não reputamos cabível entender que tal conceito seja prévio ao direito ou resida em algo distinto da atribuição de um regime jurídico especial e mais benéfico. [...] Fundamentalmente, a previsão de regime mais benéfico significa: a) a não atribuição à pessoa dos sócios das condutas praticadas socialmente, b) a não atribuição à pessoa dos sócios dos direitos e poderes envolvidos na atividade societária, c) a não atribuição à pessoa dos sócios dos deveres envolvidos na atividade societária. (JUSTEN FILHO, 1987, p. 50).

Desse modo, evidencia-se a concepção da pessoa jurídica como um privilégio conferido pelo Estado através da ordem jurídica, para incentivar as condutas humanas que se dediquem a desenvolver certa atividade social ou econômica.

• A Teoria do Feixe de Papeis Institucionalizados (Tércio Sampaio Ferraz Junior)<sup>32</sup>: Baseado nas idéias sociológicas de Luhmann (1972), Ferraz Júnior (2003) desenvolve uma noção de pessoa a partir da idéia de “papel social” que cada membro do grupo social desempenha nas práticas cotidianas, inserto no contexto dos chamados *núcleos significativos*, que se revelam como mecanismos de estabilização social, “centros integradores de sentido que conferem à variedade certa unidade aceitável para as interações sociais.” (FERRAZ

<sup>30</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1987.

<sup>31</sup> Para Bobbio “o fenômeno promocional revela a passagem do estado que, quanto intervém na esfera econômica, limita-se a proteger esta ou aquela atividade produtiva, ao estado que se propõe também a dirigir a atividade econômica de um país, em seu complexo, em direção a este ou aquele objetivo, a passagem do estado somente protecionista ao estado programador”. (In **Dalla struttura alla funzione**, p. 80, *apud* JUSTEN FILHO, 1987, p. 47).

<sup>32</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas. 2001. p. 152-158.

JUNIOR, 2003, p. 110). Desse modo, a pessoa é “um feixe de papéis sociais desempenhados por um indivíduo, papéis estes compondo uma unidade, de tal modo que um papel desempenhado afeta os demais papéis.” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 110).

Sob o ponto de vista da pessoa jurídica, idêntica regra prevalece ao verificar o autor que em relação a esses papéis pressupõe a existência de uma organização, que os identifica de modo significativo no contexto social em que se manifestam para cumprir uma finalidade específica, sendo, portanto, concebidos por papéis institucionalizados. Nessa visão, admite o autor que o Direito capta a pessoa física como um “conjunto comunicante de papéis institucionalizados” e reconhece que tais papéis podem ser submetidos a mecanismos de isolamento integrado, ao afirmar que:

Existem, porém, casos em que se constitui um feixe de papéis limitados que não se comunica com outros papéis possíveis. A própria ordem jurídica encarrega-se, então, de isolá-los e integrá-los num *sistema* dentro do qual adquirem sentido. Esse sistema depende de um estatuto. (por exemplo, o estatuto de uma sociedade anônima), conforme o qual o exercício de um papel é atribuído a um indivíduo cujo conjunto global de papéis comunicantes não conta; conta apenas um dos papéis: o que está no estatuto. Por exemplo, o de diretor presidente da empresa. *O feixe desses papéis isolados dos demais papéis sociais e integrados pelo estatuto num sistema orgânico, com regras próprias, constitui uma pessoa jurídica.* O papel isolado e integrado no sistema da pessoa jurídica recebe o nome de órgão. (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 154, grifos do autor).

Assim, a pessoa jurídica concentra a organização desses papéis institucionalizados na ordem interna reunida no estatuto e age na ordem externa social por meio de seus órgãos que, igualmente, desempenham papéis sociais na manifestação do interesse coletivo vinculado à prática de sua atividade social e econômica.

- A Teoria do Contrato Organização (Calixto Salomão Filho)<sup>33</sup>: Concebida a partir da diferenciação entre os contratos de permuta e contratos associativos, que identifica naqueles a atribuição de direitos e deveres entre as partes e nestes a criação de uma organização das relações entre as partes. Nas palavras de Salomão Filho:

Organização na acepção jurídica significa a coordenação da influência recíproca entre atos. Portanto, adotada a teoria do contrato organização, é no valor organização e não mais na coincidência de interesses de uma pluralidade de parte ou em um interesse específico à autopreservação que se passa a identificar o elemento diferencial do contrato social. (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 43).

---

<sup>33</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **A sociedade unipessoal**. São Paulo: Malheiros. 1995. p. 57-61. SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 3.ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros. 2006.

A idéia de organização oferece uma melhor explicação para a questão dos interesses sociais, conforme ressalta Salomão Filho:

Note-se, no entanto, essa teoria, apesar de dar guarida a uma crítica de ordem econômica como a exposta retro, não é uma teoria econômica, mas sim jurídica. Não há a redução do interesse social a uma organização direcionada simplesmente a obter a eficiência econômica. *O objetivo da compreensão da sociedade como organização é exatamente o melhor ordenamento dos interesses nela envolvidos e a solução dos conflitos entre eles existentes.* O interesse social passa, então, a ser identificado com a estruturação e organização mais apta a solucionar os conflitos entre esse feixe de contratos e relações jurídicas. (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 43, grifo nosso)

No Direito societário, as teorias que afirmam a existência da pessoa jurídica como realidade técnica, debatem sua estruturação sob o prisma das correntes contratualistas e institucionalistas, cujas orientações teóricas dedicam-se a apontar o sentido de interesse social. O traço característico que distingue a teoria do contrato organização das demais posições teóricas contratualistas e institucionalistas ortodoxas é que ao aproximar “o interesse social ao interesse à melhor organização possível do feixe de relações envolvidas pela sociedade, esse jamais poderá ser identificado com o interesse à maximização dos lucros ou com o interesse à preservação da empresa.” (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 43).

Daí a identificação desta teoria com o institucionalismo integracionista ou organizativo<sup>34</sup>, que proporciona a convergência dos conflitos de interesses internos na sociedade por orientações de cooperação entre os sócios e atração a maior participação de outros seguimentos, tais como os trabalhadores, que se reflete no interesse da preservação da empresa.

Diante das construções teóricas acima mencionadas, verifica-se que o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da pessoa jurídica, notadamente de tipo societária, deveu-se à concorrência de inúmeros fatores, a saber:

- Vínculo de autonomia privada (elemento volitivo): baseado no consentimento (*fideis*) que é fator de unificação dos membros que a integram e a partir do qual forma sua maneira de agir autônomo;
- Capacidade e Perenidade Jurídica (elemento personalístico): traço jurídico que lhe confere existência no mundo do Direito (plano jurídico) e reconhecimento no mundo (plano) fático para a prática de negócio jurídico;

<sup>34</sup> Para Salomão Filho (2006, p. 35) “o modelo alemão de participação operária, ao permitir a formulação teórica e a tutela de um interesse social não-redutível ao interesse do grupo de sócios e identificável ao interesse à manutenção da empresa, fixa os parâmetros para a discussão sobre o tipo de organização mais apta a garantir tal interesse. Daí poder ser denominado de “institucionalismo organizativo”.

- Composição Patrimonial (elemento objetivo): relativo aos bens sociais e coletivos que integram a expressão de garantia aos negócios e desvinculação do patrimônio individual de seus membros;
- Limite à Responsabilidade dos Membros (elemento subjetivo): reafirma a capacidade e perenidade jurídica como elemento essencial a sua existência e lhe confere autonomia para um agir distinto dos membros e sujeito a uma vontade própria ou influenciada por terceiros.
- Nacionalização (elemento estatal): caráter de identificação estatal que a conserva no plano internacional, pois trata de interesses estritos do Estado em que surgiu;
- Configuração de Relações Multilaterais (elemento estruturante): a partir uma responsabilidade e patrimônio próprio está apta para inserir-se no mercado<sup>35</sup> que se integra pela conformação das massas e recebe influência da empresarialidade.<sup>36</sup>

O intuito determinante na ciência do Direito de conferir substância, conteúdo e alcance, trazido por estas sucessivas teorias, conduziu a pessoa jurídica a um “*status*” também atraente sob a perspectiva econômica, sobretudo pelo aparecimento da sociedade anônima, acrescida de sua condição inafastável às exigências das regulações jurídicas, que orientaram sua evolução e assistiram às inúmeras transformações que lhe foram impostas pelas necessidades cotidianas de adequação às novas realidades sócio-econômicas.

### ***2.2.1 – A dicotomia da pessoa jurídica: Abstração e realidade***

Como decorrência dessa inquietação doutrinária, a descrição das destacadas teorias que buscaram identificar os traços substanciais da pessoa jurídica no Direito, além de não resultarem em uma convergência de orientação, acabaram por revelar que, assim como em outros aspectos da teoria do direito, também a esse respeito há uma manifesta relação dicotômica que não pode ser negligenciada, quer seja em torno da existência ou inexistência da pessoa jurídica, quer seja em torno da realidade abstrata ou realidade concreta de sua existência.

Há que se considerar, outrossim, que de um modo geral os doutrinadores valem-se do método analógico ao conceber suas construções teóricas sobre a pessoa jurídica, tendo sempre

---

<sup>35</sup> O termo mercado será objeto de apreciação a seguir neste trabalho no item 2.5.1, p. 62-63.

<sup>36</sup> O termo empresarialidade será objeto de apreciação a seguir neste trabalho no item 2.5.1, p. 61-67.

como referencial o ser humano, considerado pessoa física (pessoa natural), cuja existência real concreta é inquestionável. As teorias patrimonialistas, ao vincularem o conteúdo da pessoa jurídica a aspectos da denominada situação “direitos sem sujeito”, carecem de maior aceitação pela doutrina, face às próprias razões de justificação dogmática. A respeito da discussão sobre a questão dos “patrimônios sem titular” importante contribuição fornece Fernando Noronha que afirma:

Exemplifica Neumayer com a situação existente na sociedade anônima: esta é titular do patrimônio, mas os seus direitos são exercidos pelos administradores e os lucros serão para os acionistas. Sujeito formal do direito aqui é a pessoa jurídica, “essa construção do espírito à qual não se pode atribuir vontade senão em teoria”. Conclui que o que não é possível é conceber direitos sem destinatários, porque a função dos direitos é atender estes, satisfazer interesses humanos, mas que ao direito subjetivo basta apenas, quando não haja um titular que possa exercê-lo em seu nome, que ele seja reconhecido em favor de um destinatário determinado ou pelo menos determinável e que haja quem possa exercê-lo. (NORONHA, 1998, p. 27, grifo do autor).

Sob essa perspectiva, pode-se inferir que a condição de existência da pessoa jurídica por um lado por ficção, como um ser ideal, imaginário; e por outro lado como corpo orgânico ou resultado da técnica jurídica, como um ser concreto, real, reflete apenas mecanismos lingüísticos manejados pelos autores na tentativa de inserir a condição jurídica desse “ser” a partir da comunhão dos “seres humanos”, que se estabelece como instrumento mais apropriado ao exercício de determinada atividade ética no âmbito social ou econômico, extremamente útil ao Estado no mundo moderno. Diante disso, vozes práticas ergueram-se na doutrina e proclamaram que “a solução do problema da natureza jurídica desses entes carece de maior interesse, uma vez que, seja qual for a explicação, nenhuma influência decisiva exerce na construção técnica hoje incorporada às legislações.” (GOMES, Orlando, 2001, p. 186).

Apesar das críticas que se seguiram ao longo dos anos, inegável e inafastável, foi a contribuição de Savigny e Gierke ao estabelecimento das bases de justificação desse importante instituto jurídico que é a pessoa jurídica. Da contraposição das posições de ambos autores, justapostos aos argumentos de seus críticos, certamente resulta ainda hoje que de um modo ou de outro seus contributos à ciência do Direito vem sendo adaptados às novas ou renovadas realidades exigentes da sociedade contemporânea, sem que disso resulte um reconhecimento expreso por parte da doutrina dominante acerca da matéria, exceto pela afirmação de Fábio K. Comparato de que “a doutrina contemporânea acha-se em mora de

levantar um balanço das diferentes análises e compor uma espécie de conta de resultados.” (COMPARATO, 1983, p. 275).

A respeito dessas perspectivas doutrinárias relata Paulo Luiz Netto Lôbo que:

A teoria da ficção, na forma como agutamente foi desenvolvida por Savigny, corresponde à fase incipiente de afirmação do Estado Liberal. É apropriada ao espírito individualista do momento (só o homem é o verdadeiro titular de direitos subjetivos): a personalidade jurídica é uma consciente *fictio juris*. Ao mesmo tempo, fortalece o nascente Estado Liberal de meios a impedir o ressurgimento dos antigos “corpos intermédios” ou corporações de ofício do antigo regime.

A teoria orgânica, ao final do século XIX, corresponde à fase máxima da evolução do Estado liberal, e da afirmação do individualismo interessado em reduzir o poder do Estado: este apenas reconhece, declara, a existência de seres ou entes reais, de concepção antropomórfica, isto é, comparados a pessoas humanas ou físicas. Reduz-se o Estado a mero caldatário da realidade preexistente, que não pode desconhecer ou impedir. (LÔBO, 1988, p. 58, grifo do autor).

A partir da ambivalência dessas teorias tradicionais acerca da pessoa jurídica afirma Mata Machado que:

A nós nos parece, porém, que a pesquisa sobre o sujeito dos direitos e obrigações, na pessoa jurídica, é já a admissão ou de que tais entidades têm realidade própria, ou de que são criações do ordenamento jurídico, para servir de *ponto de imputação* de faculdade e deveres; é já, portanto, em uma outra hipótese, tomada de posição na controvérsia. (MATA MACHADO, 1995, p. 326, grifo do autor)

Por influência da corrente positivista, os posicionamentos teóricos e legislativos, assim como os jurisprudenciais, acabaram por sedimentar a construção técnica (*réalité technique*)<sup>37</sup> da pessoa jurídica, na qual não se consegue abster da menção à noção de “ficção” ou mesmo da existência de “órgãos” responsáveis pela manifestação da vontade coletiva (interesse social ou da sociedade), ainda que esses marcos tenham sido submetidos novas (re)leituras.

### 2.2.2 – A (re)construção metódica estruturante da pessoa jurídica

O reconhecimento da personalidade, como outrora advertido, confere ao sujeito (de direitos subjetivos e de deveres jurídicos) a condição de pessoa, situação jurídica que se refaz

<sup>37</sup> Código Civil de 2002: **Art. 45.** Começa a *existência legal das pessoas jurídicas de Direito Privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro*, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

**Art. 985.** A sociedade *adquire personalidade jurídica* com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).

na contemporaneidade como centro de imputação. No âmbito da ciência jurídica concebida e atuante no Estado Democrático de Direito, a pessoa e suas condutas necessitam de legitimação no contexto da ordem jurídica fundamental e justificação no âmbito do discurso argumentativo que se estrutura no interior da comunidade política em torno da idéia de suporte.

A personalidade somente pode ser reconhecida a partir de dado suporte, que se acredita não ser mais normativo, mas argumentativo e que envolva a problematização de situações fáticas, concebidas no contexto jurídico que aflora na nova ordem constitucional-empresarial. Na medida em que não se possa negligenciar os direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988, quer na ordem individual, quer na ordem econômica e social – principalmente –, para que a proposta democrática e também jurídica possa gerar um novo direito dentro da pluralidade de fontes ético-normativas (justiça) e ético-econômicas (eficiência), em que não se pode prescindir da proporcionalidade e da racionalidade como parâmetros interpretativos na harmonização tolerante dos interesses sociais.

A análise da doutrina ortodoxa moderna, tal como visto acima, mostra que seus seguidores utilizaram-se largamente do recurso à analogia para desenvolver suas posições a respeito da existência da pessoa jurídica (ao referir-se à pessoa física ou natural), condição tão cara à sua construção histórica e que lhe rendeu a condição antropomórfica.

O pensamento positivista-normativista (Escola da Exegese) que via o Direito como mero corpo sistemático de normas (coerente e completo, em que a segurança jurídica advinha de padrões pré-determinados no texto absoluto e perfeito da norma escrita e codificada), já sofria críticas dos pandectistas alemães desde a remota Escola Histórica do Direito<sup>38</sup>, movimento que defendia o Direito como o resultado de estudos da doutrina científica sobre as organizações sociais e históricas formadas pelo costume, única capaz de demonstrar o verdadeiro “espírito do povo” (*Volksgaits*), reproduzido através de conceitos (Jurisprudência dos Conceitos).

Apesar de toda a crítica elaborada contra essa vertente do positivismo jurídico e seu excessivo formalismo representado pela Era da Codificação, que somente alcançou e influenciou a experiência jurídica da Alemanha no início século XX, esta corrente de índole normativista acabou por ganhar força no pensamento de Hans Kelsen (1934). Ao contrariar todas as concepções teóricas modernas, seu posicionamento certamente ousou ao afirmar que a personalidade, quer da pessoa física, quer da pessoa jurídica, resultava tão somente de

---

<sup>38</sup> Para maiores detalhes ver: BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone. 1995.

elaboração de linguagem da ciência do direito, “na medida em que, a função de criação ou aplicação das normas jurídicas é atribuída à comunidade jurídica, o conceito de sujeito do poder jurídico coincide com o de órgão jurídico.” (KELSEN, 2003, p. 188). Sob essa perspectiva, a personalidade igualmente na pessoa física resulta em uma “unidade personificada de normas jurídicas”. (KELSEN, 2003, p. 194).

O indivíduo que integra a corporação, como expressão de pessoa jurídica, atua enquanto órgão jurídico desta, mas age por si e não como se fosse a corporação, logo, para Kelsen, o órgão representa a corporação, substitui a corporação, cuja conduta só pode ser objeto de atribuição jurídica em razão da ação ou omissão do indivíduo. A corporação é concebida como comunidade organizada e composta por órgãos que provém do texto normativo do estatuto, regulação normativa interna sujeita à ordem normativa estatal externa, que orienta a conduta de uma pluralidade de indivíduos. Nas palavras de Kelsen:

Os direitos e deveres pela jurisprudência tradicional atribuídos à corporação como pessoa jurídica são, portanto, como aliás todos os deveres e direitos de indivíduos, no sentido de que têm por conteúdo a conduta de determinados indivíduos. (KELSEN, 2003, p. 210).

Ao rejeitar as orientações da doutrina alemã da época, Kelsen considerava que a pessoa jurídica é um mero conceito auxiliar da ciência jurídica, ao afirmar que:

Quando se diz que a ordem jurídica confere a uma corporação personalidade jurídica, isto significa que a ordem jurídica estatui deveres e direitos que tem por conteúdo a conduta de indivíduos que são órgãos e membros da corporação constituída através de um estatuto, e que esta situação complexa pode ser descrita com vantagem, porque de maneira relativamente mais simples, com o auxílio de uma personificação do estatuto constitutivo da corporação. (KELSEN, 2003, p. 212).

Em trabalho posterior, Kelsen destacou que a associação, enquanto comunidade de indivíduos, não era diferente da corporação, ordenação concebida sob a forma de estatuto, ao mencionar que:

O ato de um indivíduo é atribuído à ordem representada como uma unidade, isto é, a comunidade como a personificação da ordem. Atribuir o ato de um indivíduo à comunidade como ordem personificada é imputar o ato à comunidade. A imputação da ação ou abstenção de um indivíduo à comunidade diz respeito à relação de um fato com a ordem jurídica que determina esse fato de um modo específico, a ordem jurídica tomada como unidade. A pessoa jurídica, no sentido mais restrito do termo, na da mais é que a personificação de uma ordem que regula a conduta de vários indivíduos; por assim dizer, o ponto comum de imputação para todos os atos humanos que são determinados pela ordem. (KELSEN, 2000, p. 144).

Ao abordar os contornos do poder de controle na pessoa jurídica de tipo societário, Fábio K. Comparato (1983, p. 283) ressaltou que em razão da função exercida pela personalidade no mundo do Direito, haveria de considerar-se o homem (ser em si e por si) no âmbito estático e as denominadas pessoas jurídicas no âmbito dinâmico. Desse modo, esse autor afirma que a funcionalidade determina a pertinência da personalidade no mundo jurídico:

Em toda pessoa jurídica há, pois, dois elementos fundamentais a considerar: a finalidade e os poderes para consegui-la. Toda função, com efeito, supõe poder próprio, competência. Da função geral da pessoa jurídica, ligada ao seu fim, decorrem funções particulares dos que são legitimados a atuar em vista desse fim, os funcionários. Mas enquanto a designação destes é submetida à vontade concreta dos homens, a definição daquelas – tanto da função geral quanto das funções particulares – é atribuição da regra geral, lei ou estatuto. Nesse particular, as interpretações kelsenianas do direito próprio das pessoas jurídicas como *Teilrechtsordnung*, e bem assim a da repercussão, no patrimônio social, dos efeitos dos atos regulares dos agentes como fenômeno de “imputação” (*Zurechnung*), parecem-nos bastante adequadas. (COMPARATO, 1983, p. 283).

Mesmo com toda a força das idéias positivistas, essas se mostraram insuficientes, face às transformações por que o mundo contemporâneo passou no último quarto do século XX, notadamente marcado pelos avanços tecnológicos e econômicos que aceleraram o processo de mundialização das organizações. Surgem, assim, as teorias contemporâneas baseadas na contextualização argumentativa do Direito a partir da análise de problemas, que apontam no sentido de afirmar a personalidade no interior da comunidade política.

No contexto das Teorias da Argumentação Jurídica que se opuseram à lógica formalista do positivismo, expoente da estrutura normativa como o ponto de partida do processo coercitivo de construção da decisão, passa a ser utilizada e desenvolvida a análise do Direito a partir de problemas por juristas como Theodor Viehweg (argumentação e tópica)<sup>39</sup> Chaïm Perelman (argumentação e retórica)<sup>40</sup>, e sob certos aspectos até mesmo por Robert Alexy (argumentação e ponderação)<sup>41</sup> e Ronald Dworkin (Direito como integridade e romance em cadeia)<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Ferraz Jr. Brasília: Editora da UnB, 1979.

<sup>40</sup> PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Título original: *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*.

<sup>41</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. Título original: *Theorie der Juristischen Argumentation*.

<sup>42</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Título original: *Law's Empire*.

A essas novas perspectivas doutrinárias, que concebem a análise do Direito a partir de problemas, inserem-se os ensinamentos de Lúcio Antônio Chamon Junior, para quem:

*Deveres e direitos somente podem ser pensados concretamente em um discurso de aplicação e isto implica, pois, a referência a uma situação jurídica ainda que hipoteticamente traçada em suas linhas gerais e que envolvem, obviamente, referenciais de imputação destes mesmos deveres e direitos legitimamente reconhecidos porque problematizados na argumentação.* (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 144, grifos do autor).

Para melhor compreender essa dimensão proposta sobre a personalidade, Lúcio Antônio Chamon Junior revela que:

A noção de pessoa é determinável no interior da própria praxis; a praxis é quem mesmo constrói seus referenciais de imputação de direito e deveres formando, assim juízos de imputação problematizáveis não só no que tange ao seu destinatário/afetado, mas também no que se refere às liberdades, ou não-liberdades, envolvidas. Isto nos leva a concluir que o Direito trata-se de um sistema operacionalmente aberto e fechado: enquanto construção de uma práxis o Direito, ao mesmo tempo que funda a si mesmo, mantém-se aberto ao pano-de-fundo que nosso mundo-da-vida moderno constitui. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 146).

A partir das evidências lançadas ao longo do texto, percebe-se que o Direito Privado esteve exposto a inafastáveis transformações e que o dogma da vontade cedeu lugar ao poder jurídico como elemento caracterizador de seu significado no quadro da ciência jurídica. No que diz respeito à personalidade é importante perceber que a situação jurídica que consagrou a chamada pessoa jurídica tem sido alvo de constantes formulações e indagações, pelo próprio conjunto de divisões que a temática de classificação da dogmática tem imprimido às suas adaptações e aplicações diversas no mundo do Direito.

A elaboração do significado de pessoa jurídica sob a perspectiva da ficção, não pode ser aceita na atualidade, uma vez que identifica algo cuja manifestação no mundo social é abstrata, artificial, resultando apenas das elocubrações da inteligência humana, ao passo que aquela se afirma cada vez mais, não como mera imaginação, mas como resultado do desenvolvimento da razão jurídica.

Em outro sentido, a deflagração da pessoa jurídica enquanto algo de existência real e, portanto, realidade concreta e objetiva, atende as formulações da ciência do Direito. Contudo, aceitá-la sob a temática de organismo, que identifica nela a presença de órgãos, seguindo de modo estreito e análogo às estruturas orgânicas do corpo humano e da própria sociedade enquanto “corpo social” (Durkheim), também não convida a maiores reflexões tamanha as contradições subjetivistas que tem causado.

Noutro sentido, na linha objetivista de raciocínio a pessoa jurídica foi apresentada como realidade técnica criada pela ordem jurídica como suporte de deveres e direitos subjetivos que resulta das disposições normativas, cuja justificação apóia-se no aspecto da capacidade (competência para Kelsen), sob a temática do poder jurídico (órgão jurídico), mas ainda vinculada à idéia de direitos subjetivos que são sempre conferidos ao ser (pessoa) e não ao objeto (patrimônio).

Dentre as temáticas que o estudo da pessoa jurídica proporciona, um aspecto em especial chama a atenção, qual seja a função que exerce no mundo do Direito. Apesar dos diferentes esforços da doutrina, ainda não se encontrou nada que pudesse substituí-la, apesar de seus diversos tipos estarem envolvidos por distintas situações jurídicas. Sob esse prisma, LÔBO (1988, p. 68) já teve oportunidade de frisar que a função fundamental da pessoa jurídica é “certificar a capacidade jurídica plena ou a autonomia jurídica de entidades ou organismos sociais”. A respeito de tal assertiva reforça Lôbo que:

Sendo esta sua função, reafirmaremos que não há mais coincidência necessária entre “pessoa jurídica” e “sujeito de direito”. Aquela contém este: mas este não contém aquela, necessariamente. A entidade ou organismo social como sujeito de direitos transforma-se em pessoa jurídica quando portador de plena capacidade jurídica, após o reconhecimento estatal.

O reconhecimento estatal não é ato de criação arbitrário, *ex nihilo*, mas processo jurídico de seleção do que a tipicidade sócia engendra, segundo os valores e interesses dominantes em cada época, atribuindo personalidade (capacidade jurídica plena) aos sujeitos de direito ideais que mais se aproximem da plena capacidade que historicamente a pessoa humana conquistou. (LÔBO, 1988, p. 68)

Em igual sentido a lição de Fábio K. Comparato, para quem:

Toda pessoa jurídica é criada para o desempenho de funções determinadas, gerais e especiais. A função geral da personalização de coletividades consiste na criação de um centro de interesses autônomo, relativamente às vicissitudes que afetam a existência das pessoas físicas que lhe deram origem, ou que atuam na sua área: fundadores, sócios, administradores. As funções específicas variam, conforme as diferentes categorias de pessoa jurídica e, ainda, dentro de cada categoria, de coletividade a coletividade, em razão de seus atos constitutivos, estatutos ou contratos sociais. (COMPARATO, 1983, p. 286).

A abordagem da pessoa jurídica pela teoria objetiva da técnica jurídica (centro de imputação) é atraente à proposta deste trabalho, no entanto, é preciso justificar essa condição objetiva de realidade jurídica para além das concepções da doutrina tradicional, tal como descrita por Orlando Gomes, ao afirmar que:

A solução do problema depende de seu perfeito equacionamento. Aos elaboradores da teoria da realidade técnica se deve, sem dúvida, esse serviço. O que se há de indagar é se as pessoas jurídicas são criação arbitrária da lei ou se correspondem a necessidade social a cuja satisfação a técnica jurídica deu forma adequada. Importa saber, fundamentalmente, se as pessoas jurídicas são mera criação do Estado, inventadas do nada, ou, ao contrário, “respondem a um fim normal da atividade social”. Dúvida não pode haver de que o agrupamento dos seres humanos para a realização de fim comum, como o é o contrato para a disciplina de certos interesses. Conseqüentemente, esse fato, que a sociedade gera, não é uma abstração, mas, sim, evidente realidade. O Direito percebe-se de sua existência, e, por processo técnico, possibilita a atividade social dos que se agrupam para exercê-la. Esse processo técnico é a personificação. (GOMES, Orlando, 2001, p. 188).

Nesse contexto, o presente trabalho pretende afastar-se da posição kelseniana, sem negá-la, mas com o intuito de aproximá-la das teorias argumentativas, uma vez que a ordem normativa não está sujeita a uma desconstrução, antes, porém, a uma (re)construção, a partir de novos substratos teóricos. Nesse aspecto, estuda-se a noção de personalidade jurídica numa dimensão lingüística e argumentativa, em que a norma jurídica, concebida a partir do conjunto de princípios constitucionais, estabelece-se enquanto atraente a vida social e deve ser compreendida a partir da vivência ético-social humana.

Pretende-se com essas observações sobre a pessoa jurídica, enfatizar a necessidade de problematização de situações da praxis que evidenciam seu estado de crise, as quais no âmbito do Direito Concursal encontram-se com a crise da empresa, em uma conjuntura jurídica que caracteriza o *status* de fragilidade de ambos institutos.

Um dos caminhos que tornam atraentes o desenvolvimento dessa proposta é a teoria da concreção normativa (Método Estruturante do Direito) desenvolvida por Friedrich Müller (1996), para quem o Direito deve estar disposto a produzir decisões, seja no campo da legislação, da administração ou mesmo do judiciário, onde se manifestam diversas formas de jurisdição, conferidas como poder jurídico para a concreção do texto da norma<sup>43</sup>.

Essa abordagem teórica suscita a análise de um dado significado (*programme normatif*)<sup>44</sup> que é desenvolvido a partir da problematização de certo contexto jurídico (*camp*

<sup>43</sup> Segundo Müller (1996, p. 168) texto de norma deve ser compreendido de maneira distinta da norma: “O texto da norma é um enunciado lingüístico, um texto nos elementos de linguagem como todos os outros textos de natureza não-normativos. Sua qualidade de texto considerado na ótica da prescrição jurídica obrigatória não resulta de certas particularidades de sua forma lingüística, mas de particularidades do contexto lingüístico.” (Le texte de norme est un énoncé linguistique, un texte dans l’élément du langage comme tout autre texte de nature non-normative. Sa qualité de texte envisagée dans l’optique de la prescription juridique obligatoire ne résulte pas de certaines particularités de sa forme linguistique pas davantage que de particularités du contexte linguistique).

<sup>44</sup> Por “programme normatif” (*Normprogramm*) define Müller (1996, p. 190) que: “É apenas a partir do trabalho (*Berarbeitung*) feito sobre o texto da norma e mais ainda: a partir do tratamento (*Verarbeitung*) do conjunto de dados lingüísticos que o operador do direito (*Rechtsarbeiter*) extrai o programa normativo, o que a interpretação tradicional entende como “comando jurídico”. (Ce n’est qu’à partir du travail (*Berarbeitung*) fait texte de norme, et plus encore : à partir du traitement (*Verarbeitung*) de l’ensemble des données linguistiques que le travailler du

*normatif*)<sup>45</sup>, no qual “uma decisão deve ser alcançada partindo do texto da norma ‘apropriado’, além disso, através da individualização da norma jurídica – elaborada de maneira complexa – em norma-decisão.” (MÜLLER, 1996, p. 167, tradução nossa)<sup>46</sup>.

Verifica-se dessa concepção doutrinária que o texto da norma é apenas um elemento à disposição do jurista para aplicação do Direito, que a princípio não se identifica com a norma, pois, conforme o próprio Müller (1996) afirma, aquele é apenas a parte “emersa do iceberg” e deve ser analisado sob um duplice aspecto:

De um lado, o texto, passando pela interpretação lingüística, prepara a formulação do programa normativo, enquanto que o campo normativo, na qualidade de elemento co-constitutivo da prescrição é, normalmente, apenas indicado. De outro lado, a *normatividade* que, segundo a concepção tradicional, é inerente à norma não resulta deste mesmo texto. (MÜLLER, 1996, p. 168, tradução nossa)<sup>47</sup>.

Tal compreensão verifica-se face à mudança de abordagem legislativa dos institutos jurídicos, que se insere no contexto da normatividade dita “aberta” e se caracteriza pelo advento da adoção de cláusulas gerais (*Generalklausel*)<sup>48</sup> pelo legislador contemporâneo, em razão do que a concreção normativa destaca uma ambição metódica-estruturante no Direito, como referencial teórico que Müller descreve como:

A *metodologia estruturante* estuda os problemas relativos à elaboração interpretativa e concretiva das normas nas situações de decisão determinadas por um caso concreto. Ela emprega à mesma classificação os elementos do programa normativo e aqueles do campo normativo. Ela tenta elaborar os instrumentos de um trabalho controlável de decisão, argumentação e exposição designado as funções jurídicas. Nesse sentido, ela se esforça em responder à exigência da atualidade, “na maneira de” Savigny, níveis de interpretação que correspondam ao direito atual.

---

droit (*Rechtsarbeiter*) extrait le programme normatif, ce que l’interprétation entend par « commandement juridique »).

<sup>45</sup> Por “campo normativo” (*Normbereich*) define Müller (1996, p. 195) que: “O campo normativo não se identifica com os elementos fáticos das circunstâncias do tipo. Trata-se de um elemento constitutivo da estrutura da própria prescrição jurídica. A atualização dos dados reais, guiados e limitados pelo programa normativo, fornece o *campo normativo* da norma jurídica.” (Le champ normatif ne s’identifie pas aux éléments particuliers factuels des circonstances de l’espèce. Il s’agit d’un élément constitutif de la structure de la prescription juridique elle-même. La mise à jour des données réelles, guidée et limitée par le programme normatif, fournit le *champ normatif* de la norme juridique).

<sup>46</sup> “Une décision qui doit être dégagée em partant du texte de norme ‘approprié’ puis à travers l’individualisation de la norme juridique – elle-même élaborée de manière complexe – em norme-decision.”

<sup>47</sup> “D’une part, le texte, en passant par l’interprétation linguistique, prepare la formulation du programme normatif, tandis que le champ normatif, en tant qu’élément co-constitutif de la prescription, est, normalement, seulement indique. D’outre part, la *normativité* qui, selon la conception traditionnelle, est inhérente à la norme ne resulte pas de ce texte lui-même.”

<sup>48</sup> Em relação às cláusulas gerais destaca Müller (1996, p. 245) que: “As cláusulas gerais são, como todas as outras normas jurídicas, identificadas pela doutrina tradicional em seus textos e considerações apenas como “normas” de importância particularmente geral ou particularmente vaga.” (Lês clauses générales sont, comme toutes les autres normes juridiques, identifiées par la doctrine traditionnelle à leurs textes et considérées seulement comme des « normes » de portée particulièrement générale ou particulièrement vague).

Considerando as bases textuais freqüentes relativamente imprecisas, ela fornece, pelas razões futuras de regulamentação, aos “institutos de redução de imprecisão internas ao sistema” (Luhmann) os instrumentos que não oferecem, para o direito constitucional, nem Savigny, nem o positivismo normativista. Isso supõe reconhecer que nem as tendências ontológicas e fenomenológicas, lógicas, decisionistas e sociológicas, nem as vozes ordinárias do sincretismo harmônico dos métodos ou da mediação dialética, polar ou correlativa, nem a menos próxima tópica ou o método axiológico comparativo não pode colocar à disposição de uma metodologia da praxis e da ciência constitucionais as bases e os meios suficientes. (MÜLLER, 1996, p. 234, tradução nossa)<sup>49</sup>.

A disciplina jurídica das relações humanas por meio de *cláusulas gerais* contradiz à técnica legislativa da casuística ou da regulação por *fattispecie* (sistema tradicional fechado), sem o caráter da *rigidez* ou da *imutabilidade* que impera nessa, permite que o sistema jurídico possa renovar-se independente da necessidade de reformas legislativas<sup>50</sup>, pois a abrangência de validade de seus conteúdos promove a constante renovação de seu alcance (sem que disso resulte a adoção de orientações oriundas da Escola do Direito Livre), conforme palavras de Martins-Costa, que afirma:

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que *essas repostas são progressivamente construídas pela jurisprudência*. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como *metanormas*, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou por meio de variáveis tipologias sócias, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social. (MARTINS-COSTA, 1998, p. 8, grifos no original).

---

<sup>49</sup> “La méthodologie structurante étudie les problèmes relatifs à l’élaboration interprétatrice et concrétisatrice des normes dans les situations de décision déterminées par une espèce concrète. Elle place au même rang les éléments du programme normatif et ceux du champ normatif. Elle tente d’élaborer les instruments d’un travail contrôlable de décision, d’argumentation et d’exposition assigné aux fonctions juridiques. En ce sens, elle s’efforce de répondre à l’exigence de mise à jour «à la manière de » Savigny, des niveaux d’interprétation qui correspondent au droit actuel. Compte tenu de bases textuelles souvent relativement imprécises, elle fournit, pour les besoins futurs de réglementation, aux «institutions de réduction de l’imprécision internes au système » les instruments que n’offrent, pour le droit constitutionnel, ni Savigny, ni le positivisme légaliste. Cela suppose de reconnaître que ni les tendances ontologiques et phénoménologiques, logiques, décisionnistes et sociologiques, ni les voix noyennes du syncrétisme harmonique des méthodes ou de la médiatisation dialectique, polaire ou corrélatrice, ni non plus l’approche topique ou la méthode axiologique comparative n’ont pu mettre à la disposition d’une méthodologie de la pratique et de la science constitutionnelles les assises et les moyens suffisants.”

<sup>50</sup> Para Martins-Costa (1998, p. 8): “Esta disposição (aberta, fluida, vaga) é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, *crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema*; esses elementos, contudo, *fundamentarão a decisão*, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, por meio de recorte da *ratio decidendi*, a ressystematização desses elementos, originariamente extra-sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico.”

Ao questionar-se se as cláusulas gerais podem ser incluídas nos conceitos indeterminados normativos, e às vezes igualmente nos conceitos discricionários, Karl English leciona:

De facto, as cláusulas gerais não possuem, do ponto de vista metodológico, qualquer estrutura própria. Elas não exigem processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, os normativos e os discricionários. De todo o modo, as cláusulas gerais aumentam a distância que separa aqueles outros conceitos dos conceitos que lhes são correlativos: os conceitos determinados, etc. Mas isto seria apenas uma diferença de grau, não de espécie ou natureza. O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica. O casuísmo está sempre exposto ao risco de apenas fragmentária e "provisoriamente" dominar a matéria jurídica. (ENGLISH, 1988, p. 233-234).

Em uma abordagem que considera as limitações textuais da norma, pode ser também admitida uma análise das cláusulas gerais, tal como ressalta Müller:

Apreciada do ponto de vista de decisão conferida aos juízes, uma cláusula geral não habilita, portanto, a instância de decisão em nada mais do que aquilo que habilitam também as outras "normas" (mais exatamente: textos de normas). Contrariamente à confusão habitual de noções, o que se designa por "cláusulas gerais" não é esta cláusula própria, mas apenas o seu texto. Ou o texto da norma não nem a norma mesmo nem um elemento constitutivo conceitual da norma. E é por isso que não deixa de ser relevante caracterizar as cláusulas gerais como fragmentos de normas ou normas incompletas. Uma tal concepção repousa ainda sobre a confusão da norma e de seu texto, em tudo menos na forma atenuada que incorpora o texto na norma jurídica, tal como seu elemento constitutivo conceitual. Destacou-se, ao contrário, que o texto da norma, da mesma maneira que o caso concreto, não devia ser conhecido como um dado de partida do processo de concretização. (MÜLLER, 1996, p. 246-247, tradução nossa)<sup>51</sup>.

As orientações normativas que resultam em uma ordem jurídica aberta e composta por ícones textuais como os "fins sociais e econômicos", a "boa-fé" e os "bons costumes", servem ao jurista como referenciais próximos relevantes a uma abordagem problematizada no caso da própria condição de existência técnica da pessoa jurídica, não apenas para realizar as

---

<sup>51</sup> "Apprecie du point de vue du pouvoir de décision conféré aux juges, une clause générale n'habilite donc l'instance de décision à rien de plus que ce à quoi halilitent aussi les autres « normes » (plus exactement : textes de nomes). Contrairement à la confusion habituelle des notions, ce que l'on désigne par « clause générale » ce n'est pas cette clause elle-même, mais seulement son texte. Or le texte de norme n'est ni la norme elle-même ni un élément contitutif conceptuel de la norme. Et c'est pourquoi il n'est plus pertinent de caractériser les clauses générales comme des fragments de normes ou des normes incomplètes. Une telle conception repose sur la confusion de la norme et de son texte, à tout le noins dans la forme atténuée qui incorpore le texte à la nome juridique en tanto que son élément consitutif conceptuel. Il a été mis en évidence, au contraire, que le texte de norme, tout comme le cas concert, ne devait être conçu que comme une donnée de départ du processus de concrétisation."

tendências funcionalizantes da separação patrimonial em relação a seus membros (sócios) ou partícipes (administradores), ou relativizantes da limitação de responsabilidade imputativa (direito e deveres), mas para fornecer, amplamente, o substrato jurídico em todas as vertentes do Direito de empresa.

Assim sendo, reconhece-se a pessoa jurídica societária como sujeito jurídico que se formaliza como centro de imputação da técnica jurídica argumentativa e submetida a problematização no âmbito das relações organizacionais internas e externas, bem como no contexto do princípio da preservação da empresa, para que possam ser mantidos os vínculos jurídicos multilaterais e proporcionar condições favoráveis a uma reorganização da dinâmica societária empresarial, notadamente, no campo do renovado Direito Concursal.

### **2.3 – A crise da pessoa jurídica**

O instituto da personalidade jurídica, ao longo de sua evolução passou por transformações em sua concepção doutrinária no contexto do Direito Privado, que não recentemente trouxeram a lume questionamentos face à disciplina normativa dos entes não personificados e a própria função do instituto, o que configura a chamada “crise da pessoa jurídica”, sendo que, na atualidade, tal como ocorre com o dilema que perpassa todo o Direito, esta referência ao termo crise “deve ser entendida num sentido positivo, como superação de paradigmas, *turning point*, virada”. (FIUZA, 2003, p 23).

Tal situação reclama por uma reconstrução do paradigma da pessoa jurídica, inclusive no que se refere ao viés do Direito de empresa. As tendências contemporâneas do Direito, na jurisprudência e na doutrina, confirmam a personalidade jurídica das sociedades, sem negligenciar a busca de solução para a crise por que passa o instituto da pessoa jurídica, marcada por enfáticas medidas de responsabilização de maneira direta (pessoal) de seus membros (sócios ou administradores) ou indireta, através da desestimação de sua forma organizativa, face à evidência de conduta fraudulenta ou abusiva de seus membros.

Não se pode dizer que há um marco histórico caracterizador da *crise* da pessoa jurídica, mas que resulta de um processo, igualmente comum a outros institutos do Direito, ocasionado pelas inúmeras inquietações que surgiram em torno da destinação que nos últimos

tempos, notadamente no tipo societário, lhe foi proporcionada, quer pela regulação jurídica, quer pelas atitudes dos membros que a integram.

Esse entendimento indica “um descompasso entre concepções tradicionais sobre a natureza jurídica da pessoa jurídica e as circunstâncias do mundo social e jurídico circundante.” (JUSTEN FILHO, 1987, p.15-16). E o resultado dessas transformações para Justen Filho é que:

o jurista reconhece, cada vez com maior frequência, a inadequação das teorias acerca da pessoa jurídica, formuladas para explicar e justificar esse fenômeno. E, na medida em que tais teorias foram consagradas pelo direito positivo, sente-se a dificuldade de subsumir os fatos sociais aos modelos abstratos construídos pelas normas que são ultrapassadas e inadequadas. (JUSTEN FILHO, 1987, p.16).

Tal situação se sobrepõe em razão das próprias teorias argumentativas que emergiram na segunda metade do século passado e convidam ao debate sobre questões que foram, até então, cristalizadas pelo positivismo jurídico de dois séculos passados, numa iniciativa inovadora e construtiva de um Direito a partir de novos paradigmas, frutos do giro lingüístico a que foi submetida a compreensão da ordem jurídica fechada, proporcionando a abertura de renovadas possibilidades ao atuar democrático do Direito.

A noção de “crise da pessoa jurídica” encontra-se evidenciada no trabalho de J. Lamartine Corrêa de Oliveira, em sua obra *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, cuja abordagem remete o autor a preocupações que por um lado concerne aos chamados “entes não personificados” (Massa Falida; Espólio e Herança Jacente ou Vacante; Condomínio por unidades autônomas; Sociedades Irregulares – Sociedade em Comum e Sociedade em Conta de Participação), e por outro lado conduz a análise da sociedade unipessoal ou submetida ao controle de uma só pessoa (sócio majoritário que detém acima de 90% do capital) e aos grupos de sociedades (pessoa jurídica dependente) e todas as formas de coligação econômica e controle societário identificadas no Direito e na Economia (OLIVEIRA, 1979, p. 9). Ousa-se, nessa oportunidade, acrescentar as chamadas “associações empresariais” que formam “redes de MPE’s” (Micro e Pequenas Empresas) sob a modalidade de associativismo.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Para maiores detalhes ver : RIBEIRO NETO. Antônio Batista. **Redes empresariais: Uma estratégia moderna para aumentar a competitividade das empresa no mercado** (SEBRAE/RJ). 2005. Disponível em: [http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/42B1A82589F7F63C03256FE9006CF531/\\$File/NT000A6ADE.pdf](http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/42B1A82589F7F63C03256FE9006CF531/$File/NT000A6ADE.pdf). Acesso em: 20-abr.-2007. CASAROTTO FILHO, Nelson e PIRES, Luis Henrique. **Redes de pequenas e médias empresas e desenvolvimento local: estratégias para a conquista da competitividade global com base na experiência italiana**. São Paulo: Atlas, 2001. CASAROTTO FILHO, Nelson. **Instrumentos de Integração e Governança em Aglomerações Competitivas**. 2004. Disponível em: <http://www.ucdb.br/coloquio/arquivos/Casarotto.pdf>. Acesso em: 20-abr.-2007. AMATO NETO, João. **Redes de**

Conforme essa concepção, J. Lamartine Corrêa denominou o primeiro problema de “crise do sistema” e o segundo de “crise de função”, expressões que se consolidaram no Direito Brasileiro.

Nesta obra destaca o autor que a “crise do sistema” remete a estrutura da ordem normativa que trata da pessoa jurídica, pois vários agrupamentos humanos não tinham a condição de pessoa jurídica reconhecida pelo ordenamento, dado o critério de maximização verificado no Direito alemão<sup>53</sup>, apesar de receberem disciplina jurídica coerente tão somente com o atributo da personalidade. Logo, sob certas circunstâncias, afirma que deveria ser colocada em dúvida a noção dos “entes não personificados” (*Gesamthand*), enquanto figura distinta da pessoa jurídica.

Os “entes não personificados” (*Gesamthand*) inserem-se no âmago da questão relacionada a “crise de sistema”, cuja existência é reconhecida e disciplinada pelo Direito para a satisfação e tutela de interesses que envolvem um agrupamento de pessoas ou bens resultante da circunstância natural da vida em sociedade.

Em geral a esses entes é reconhecida certa capacidade de representação para a prática de atos em juízo (art. 12, CPC)<sup>54</sup>, face à sua existência efêmera e determinada, ou seja, o tempo suficiente para que se cumpram os atos necessários ao exercício do direito subjetivo que encerram. Contudo, alguns entes não personificados manifestam sua existência no mundo da vida social fora dos limites do ambiente forense, tal como é o caso dos condomínios, das sociedades não personificadas, dos fundos de investimentos e dos consórcios; e em não raras situações também nesse aspecto aparecem a massa falida e o espólio. A esse respeito, as

**cooperação produtiva e clusters regionais: Oportunidades para as Pequenas e Médias Empresas.** São Paulo: Atlas, 2000.

<sup>53</sup> Segundo J. Lamartine Corrêa essa tendência maximalista do direito alemão caracteriza-se pelo reconhecimento tão somente de personalidade jurídica a entidades caracterizadas ontologicamente pela absoluta separação patrimonial entre esta e seus membros; posição que recebe solução técnica de caráter dualista, pois tem na *Gesamthand* uma opção alternativa para o problema da natureza jurídica de entes a que se nega a condição de pessoa jurídica. (OLIVEIRA, 1979, p. 103).

<sup>54</sup> Código de Processo Civil de 1973: **Art. 12.** Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

[...]

III - a massa falida, pelo síndico [Administrador Judicial – art. 22, III, da Lei n. 11.101/2005];

[...]

VI - as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores;

VII - as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens;

VIII - a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil (art. 88, parágrafo único);

[...]

§2.º - As sociedades sem personalidade jurídica, quando demandadas, não poderão opor a irregularidade de sua constituição.

§3.º O gerente da filial ou agência presume-se autorizado, pela pessoa jurídica estrangeira, a receber citação inicial para o processo de conhecimento, de execução, cautelar e especial.

questões que têm suscitado inquietações doutrinárias tratam da existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos por eles praticados.

No que se refere ao sistema jurídico “a crise encontra sua superação através da relativização da capacidade de direito, o que significa em outras palavras que a admissão de pessoas com capacidade plena e pessoas com capacidade limitada”. (OLIVEIRA, 1979, p. 104). Daí a compreensão dos “entes não personificados” e das categorias societárias desprovidas de personalidade jurídica (sociedade em comum e sociedade em conta de participação), que se submetem a condições de capacidade diferenciadas em razão da estrutura de justificação na ordem jurídica.

Por outro lado, J. Lamartine Corrêa destaca a “crise de função”, em que se verifica a incongruência entre as finalidades do Direito e a conduta específica e concreta da pessoa jurídica de tipo societário, revelada através do comportamento de seus membros (sócios ou administradores), que neste trabalho é o que mais interessa tratar. A esse respeito, evidencia-se uma “desnaturação” da sociedade personificada, que conduz a atingir propósito imoral ou antijurídico como resultado a certas práticas de seus sócios, reprováveis às regras de Direito que disciplinam as pessoas jurídicas.

Nas palavras de J. Lamartine Corrêa de Oliveira:

Não se trata de uma simples alteração de necessidades levando a uma utilização do instituto para necessidades novas, não previstas pelo legislador. [...] Trata-se ao contrário, da utilização do instituto na busca de finalidades consideradas em contradição com tais princípios básicos. [princípios informadores do ordenamento jurídico] (OLIVEIRA, 1979, p. 262).

Nesse particular, a crise de função revela que a condição de ser autônomo da pessoa jurídica, sobretudo no que se refere à separação patrimonial e a limitação de responsabilidade em relação a pessoa de seus membros, embora tenha sido extremamente útil a sua evolução no mundo pós-revolução industrial, tem servido a fins e arranjos que violam direitos e fraudam a lei, sendo que tais práticas não se tratam de mera inadequação aos propósitos definidos no estatuto ou na lei, pois disso resultam aspectos de responsabilização societária do membro (sócio ou administrador) ou criminal nos termos da legislação.

As condutas do sócio que visem desvirtuar a pessoa jurídica e que não estejam sujeitas a aplicação da teoria *ultra vires*<sup>55</sup>, nem a responsabilização por atribuição funcional

---

<sup>55</sup> Originária do direito inglês e norte-americano, a teoria *ultra vires* liga-se ao problema da capacidade societária determinada no ato constitutivo pelos indicadores de seu objeto social. Por essa teoria, os atos praticados pelos administradores, que extrapolem os limites do objeto indicado, não responsabilizam a sociedade e são considerados por inválidos ou ineficazes (nulos para os ingleses ou anuláveis para os americanos) em relação a

decorrente da lei ou do estatuto, são alcançadas pelo instituto da desconsideração da personalidade jurídica, que visa restabelecer a condição autônoma da pessoa jurídica e afastar, pela via indireta, esse estado de crise, superando os desafios impostos pela complexa rede de interesses que se forma em torno da personalidade jurídica na contemporaneidade.

## 2.4 – O instituto da desconsideração da personalidade jurídica

A pertinência do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Privado há muito está em evidência e a doutrina destaca que sua função "é satisfazer determinadas necessidades compatíveis com o ordenamento jurídico, utilizando-se para tanto de uma forma também compatível com o mesmo." (KOURY, 1997, p. 66).

A desconsideração deve ser compatível com o instituto da pessoa jurídica, não visando anulá-la, mas proporcionar seu afastamento ou superamento em caso de abuso por desvio de finalidade da forma personificada (como *soi acontecer* numa sociedade), o que revela a um só tempo ser aquela, igualmente, aplicação da técnica jurídica revestida de idêntica natureza da que reconhece personalidade jurídica a esses agrupamentos sociais.

A desconsideração da personalidade jurídica surgiu no quadro do Direito no começo do século XIX a partir das manifestações da *Common Law* inserida na jurisprudência da Inglaterra e dos Estados Unidos da América<sup>56</sup>. Desse modo, "a teoria da desconsideração da

---

esta, não gerando obrigações para a sociedade nem direitos para terceiros. A doutrina nacional não aponta ter sido a teoria *ultra vires* adotada e destaca-se que "de modo geral, os problemas relacionados à extrapolação dos limites do objeto social têm sido examinados à luz da teoria da *aparência*, com vistas à proteção dos interesses dos terceiros de boa-fé que contratam com sociedades." (COELHO, 2001, p. 431).

A respeito da teoria *ultra vires* afirma Celso Barbi Filho que: "atos *ultra vires* não se confundem com teoria *ultra vires*. São *ultra vires* não apenas os atos que excedem ao objeto social, mas também aqueles que, não sendo indispensáveis à realização do objeto social, não são expressamente autorizados pelo estatuto. Como também os atos de qualquer natureza por ele vedados. Quando uma sociedade, por meio de seus administradores, praticar atos contrários ou excedentes ao objeto social, não expressamente permitidos ou vedados pelo estatuto, responderá perante aqueles que, de boa-fé, sofreram prejuízos; sejam acionistas, sócios, credores, concorrentes ou terceiros direta ou indiretamente prejudicados. Assim, a sociedade responde perante terceiros, o administrador responde perante a sociedade, e ao sócio ou acionista fica ressalvado o direito à dissolução parcial ou à retirada. A sociedade só não responderá quando puder provar a má-fé de quem pretende responsabilizá-la." (BARBI FILHO, 1990, p. 28).

<sup>56</sup> A origem do Instituto nos Estados Unidos da América é destacada no caso *Bank of United States x Deveaux*, cuja decisão foi proferida em 1908, que teve como relator o juiz Marshall, acabou por estender aos sócios os efeitos da personalidade da entidade da qual faziam parte, surge como marco inicial da aplicação da desconsideração. Mais tarde ano de 1892, o caso envolvendo a *Standard Oil Co.*, fundada por John Davison Rockefeller em 1870, em que a Standard Oil, pouco tempo depois de fundada, tornava-se monopolista e controlava 90% a 95% da produção refinada de petróleo nos estados Unidos. Destaca-se, por fim o caso *United States vs. Milwaukee Refrigerator Transit Co.*, julgado em 1905, que teve como relator o juiz Sanborn.

personalidade jurídica não foi produzida pela ciência do direito, mas a partir da jurisprudência, ou seja, da atividade judiciária de aplicação do direito ao caso concreto.” (JUSTEN FILHO, 1987, p. 54). Mas não é certo dizer que seu desenvolvimento tenha ficado restrito a esse campo de criação e aplicação do Direito, porquanto em países de tradição *Civil Law* a mesma surgiu pelas vias da doutrina ou mesmo no espectro normativo da atividade legiferante do Estado.

A desconsideração da personalidade jurídica assumiu diversas denominações nos vários países em que se estabeleceu, assim nos Estados Unidos e Inglaterra *Disregard of Legal Entity*, *Piercing the Corporate Veil* e *Lifting the Corporate Veil*; na Itália *Superamento della Personalità Giuridica*; em França *Abus de la Noction de Personnalité Sociale* ou *Mise em écart de la personne morale*; na Alemanha *Durchgriff der Juristischen Personen* ou *Misachtung der rechtsform der juristischen personen* e na Argentina *Teoria de la Penetración de la personalidad* ou *Desestimación de la Personalidad Societaria*. (PEREIRA, Regis F., 1997).

No Direito comparado pode-se destacar a contribuição inicial de três doutrinadores que se dedicaram ao estudo e inicial desenvolvimento da desconsideração da personalidade, a saber: o norte americano Maurice Wormser<sup>57</sup>, o alemão Rolf Serick<sup>58</sup> e o italiano Piero Verrucoli<sup>59</sup>.

Verifica-se, desde logo, que a origem da desconsideração da personalidade jurídica no continente europeu em alguns países deveu-se ao trabalho doutrinário e teve como marco a obra do alemão R. Serick, estendendo-se para Suíça, Itália e Espanha. Em Portugal, a inserção da desconsideração teve como base o referencial misto entre a jurisprudência americana e

Na Inglaterra, destaca-se sua origem jurisprudencial às decisões proferidas no caso *Salomon x Salomon Co.* em 1897. Neste caso julgado pela *House of Lords* (Câmara dos Lordes), um comerciante do ramo de calçados, chamado Aaron Salomon, constituiu no ano de 1892, uma *Company* (sociedade por ações), distribuindo uma ação para cada um dos seis membros de sua família, estes incluíam sua mulher e filhos, para si reservou o montante de 20.000 ações. Apesar do juiz de 1º. grau e da Corte de Apelação terem desconsiderado a personalidade jurídica da companhia criada por Salomon, considerando-a uma extensão da atividade pessoal deste, que permanecia sendo o verdadeiro proprietário do estabelecimento que falsamente transferira à sociedade, apesar dos outros seis sócios membros de sua família, a decisão foi reformada pela *House of Lords*, sob a alegação de que a companhia havia sido validamente constituída e que Salomon era seu credor privilegiado por ter-lhe vendido o estabelecimento recebido, por isso, obrigações contraídas por hipoteca. (KOURY, 1997, p. 64).

<sup>57</sup> WORMSER, Maurice. **Disregard of corporate fiction and allied corporation problems**. Baker.Voorhis and Company. Nova York, 1927. (*apud* KOURY, 1997).

<sup>58</sup> SERICK, Rolf. **Aparencia y realidad em las sociedades mercantiles**. Tradução de José Puig Brutau e Prólogo de Antonio Polo Diez. Barcelona, Ariel, 1958. (Título original em alemão: *Rechtsform und realität juristischer personen – Ein rechtsvergleichender beitrag zur frage des durchgriffs auf die personen oder gegenstände hinter der juristischen person*, publicada em 1953). (*apud* KOURY, 1997).

<sup>59</sup> VERRUCOLI, Piero. **Il superamento della personalità giurídica delle società de capitali nella “Common Law” e nella “Civil Law”**. Dott. A. Giuffrè editore, Milão, 1964. (*apud* PEREIRA, Regis F., 1997).

inglesa, a obra literária de R. Serick, bem como a inserção de um artigo no Código Civil (art. 998.º, 2). Em França, sua inserção na aplicação do Direito deveu-se às decisões dos tribunais. (PEREIRA, Regis F., 1997).

No Direito Brasileiro mister destacar a contribuição dos doutrinadores que se dedicaram ao estudo e desenvolvimento da desconsideração da personalidade, a saber: Rubens Requião (1969)<sup>60</sup>; José Lamartine Corrêa de Oliveira (1979)<sup>61</sup>; João Casillo (1979)<sup>62</sup> e Fábio Konder Comparato (1973)<sup>63</sup> no final da década 60 e a década de 70; Marçal Justen Filho (1987)<sup>64</sup> e Fábio Ulhoa Coelho (1989)<sup>65</sup> na década de 80, cujas contribuições teóricas considera-se como marcos na doutrina nacional sobre o tema.

Ao contrário desses autores, outros há que não reconhecem a pertinência do teor dessa teoria para o Direito Brasileiro, assim Pontes de Miranda (1999b) e Darcy Bessone (1995). Para Pontes de Miranda, a teoria da desconsideração representa um mal que deve ser combatido com veemência e para demonstrar seu descontentamento não poupa palavras ao afirmar que:

O desprezo das formas de direito das pessoas jurídicas, o *disregard of legal entity*, provém de influências, conscientes e inconscientes, do capitalismo cego, que, chegando a negar, por vezes, a pessoa jurídica privada, prepara o caminho para negar a “pessoa” do estado. Tal internacionalismo voraz e a metafísica da extrema esquerda empregam, de lados opostos, as mesmas picaretas. Destrói-se ou tenta destruir-se todo o conceito de vontade social, todo o elemento democrático das sociedades privadas e públicas; nega-se o próprio sentido da liberdade de determinação de vontade dos sócios; chega-se a admitir a venda do voto dos acionistas, pelo empenho do seu interesse em cumpri-lo e pela desvirtuação da democracia, com o dinheiro, na própria formação das assembléias gerais. (PONTES DE MIRANDA, 1999b, p. 395).

Por outro lado, para o não menos enfático Bessone (1995), a origem e vinculação do caráter da teoria da desconsideração fazem dela uma construção jurídica típica do Direito anglo-americano, cujas orientações são totalmente opostas ao Direito de países de tradição italiana, como o nosso. E acrescenta o autor que:

<sup>60</sup> REQUIÃO. Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. Revista dos Tribunais/Fasc. Civ., São Paulo, ano 58, v. 410, p.12-24, dez.1969.

<sup>61</sup> OLIVEIRA. José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva. 1979.

<sup>62</sup> CASILLO, João. **Desconsideração da pessoa jurídica**. Revista dos Tribunais/Fasc. Civ., São Paulo, ano 68, v. 528, p.24-40, out.1979.

<sup>63</sup> COMPARATO. Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3.ª ed. ver. atual.e corr. Rio de Janeiro: Forense. 1983.

<sup>64</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1987.

<sup>65</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1989.

A filosofia do sistema anglo-americano deriva de que o que importa é o *case*, em torno do qual o juiz tem liberdade tão ampla que, principalmente nos tribunais de equidade, pode operar como se fosse legislador. As precedentes considerações têm por objetivo evidenciar a virtual inviabilidade do transplante da teoria norte-americana para o Direito Brasileiro. Aqui, há direito positivo sobre a instituição e a extinção de sociedades. As normas sobre a personificação jurídica nada têm em comum com as do direito norte-americano. Não há como aplicar no Brasil teorias anglo-americanas. (BESSONE, 1995, p. 57, nota).

No entanto, o desenvolvimento do instituto da desconsideração a partir da iniciativa daqueles autores e apesar das críticas de alguns, após a década de noventa contou com a dedicação de inúmeros outros<sup>66</sup>, que aliados ao trabalho legislativo manifesto em diversos diplomas legais tais como: a Lei n. 8.078/90, art. 28 (Código de Defesa do Consumidor); Lei n. 8.884/94, art. 18 (Lei Antitruste); e Lei n. 9.605/98, art. 4.º (Lei de Responsabilidade a Lesões ao Meio Ambiente); alcançou o auge com a inserção de sua disciplina no texto do art. 50 do Código Civil de 2002.

Ao lado dessas manifestações doutrinárias e legislativas, insere-se o comportamento da jurisprudência brasileira, sedimentado ao longo de todos esses anos acerca do tema da desconsideração, que revela os traços de sua casuística descrita por Leonardo de Faria Beraldo (2005, p. 432-437) arranja da seguinte forma: **a)** constituição de nova empresa, no mesmo local, com os mesmos sócios e atividade social; **b)** não-admissão de presunções, pois os fatos devem estar cabalmente demonstrados; **c)** excesso de mandato; **d)** empresa não encontrada no local indicado; **e)** dissolução irregular da sociedade; **f)** citação dos sócios; **g)** obrigações trabalhistas; **h)** obrigações tributárias; **i)** grupo de empresas; **j)** confusão patrimonial; **k)** transferência de bens do sócio para a sociedade; **l)** desvio de finalidade; **m)** alterações no contrato social; **n)** má administração; **o)** fraude; e **p)** obrigação de prestar alimentos.

A identificação desses casos revela que a jurisprudência nacional não tem se mantido fiel aos postulados debatidos nas academias e veiculado pela ordem legal, tratando como desconsideração o que é típico de responsabilidade pessoal do Direito societário ou mesmo fragilizando a pessoa jurídica em casos de manifesta hipossuficiência de parte ou questão de interesse público relevante verificáveis na relação débito-crédito, com fim exclusivo de satisfação do direito de credores.

---

<sup>66</sup> Para maiores detalhes ver: KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997. SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Brasileiro**. São Paulo: LTr. 1999. SILVA, Osmar Vieira da. **Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Nesse cenário de desencontros entre as orientações da doutrina, da legislação e da jurisprudência, verifica-se que já há quem aponte indicadores evidentes de “abuso na aplicação da desconsideração”, que poderia parecer absurdo na abordagem do tema, mas revela-se de modo demonstrável e enseja preocupação, sobretudo porque as características da desconsideração que se aplica mantém atreladas aos postulados do binômio regra/exceção oriundos da teoria unitarista.

Sob o prisma da aplicação abusiva da desconsideração pelos juízes ao deferirem medidas constritivas sobre os bens dos sócios, adverte Ceolin (2002) que podem ser reunidos nas seguintes hipóteses:

a) a presunção da fraude; b) a inversão do ônus probatório; c) a ausência de prévio accertamento da responsabilidade do sócio; d) a insuficiência de bens sociais como critério para a desconsideração; e) a restrição do princípio da autonomia da pessoa jurídica às obrigações negociáveis; f) a aplicação da teoria da desconsideração na generalidade dos casos de dissolução irregular da sociedade; g) o uso da desconsideração nos casos de fraude a credores ou a execução; e h) a possibilidade do juiz aplicar a teoria da desconsideração *ex officio*. (CEOLIN, 2002, p. 57).

Ao contraporem-se os fundamentos doutrinários e jurisprudenciais que orientaram a criação e evolução do instituto da desconsideração, face à esse cenário revelado pela práxis dos tribunais brasileiros, não é difícil perceber que nem todos os casos acima descritos enquadram-se nos propósitos da desestimação da pessoa jurídica, o que em vez de proporcionar solução a seu estado de crise contribui para agravá-lo, circunstância que reflete as hipóteses de “abuso de aplicação” do instituto, embora muitas daquelas situações jurídicas encontrem-se previstas em texto normativo específico.

#### ***2.4.1 – Aspectos cognitivos do instituto da desconsideração***

Os aspectos cognitivos que norteiam a desconsideração da personalidade jurídica envolvem os parâmetros doutrinários que informam seu sentido e alcance. Assim, os paradigmas traçados pelas concepções subjetiva e objetiva em torno da desconsideração e que podem estar vinculados à sua abordagem, tanto pela teoria unitarista, quanto pela teoria pluritarista, assim denominadas, quer se trate de uma análise da pessoa jurídica sob o aspecto absolutista do princípio da autonomia e submetida ao binômio regra/exceção, quer se trate de um enfoque sob o aspecto relativista e funcionalista da pessoa jurídica. Nas linhas que seguem

dedicar-se-á em apontar a análise unitarista da desconsideração, doutrina que reúne a posição majoritária dos autores, mas que oferece pouco campo crítico ao despojamento da crise da pessoa jurídica. Quanto à visão pluritarista, reserva-se sua análise para a terceira parte deste trabalho.

Deixa-se de analisar as denominadas: “teoria maior” e “teoria menor”<sup>67</sup>, porquanto se tratar tão somente de pontos de vista residuais no que se refere aos reflexos do modo de agir ao aplicar os parâmetros normativos que regulam a matéria, além de resultar o modo de atuar da jurisprudência no Brasil, que não tem se demonstrado fiel aos contornos teóricos na aplicação da desconsideração, reduzindo-a a modalidade corriqueira de execução forçada.

A relativização da personalidade jurídica das modalidades societárias que alcança seus paradigmas, tanto da separação patrimonial, quanto da limitação de responsabilidades, configurada entre a pessoa jurídica e a pessoa de seus sócios, é fruto da denominação consagrada de “crise de função”, que possui como instrumento o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e destina-se ao afastamento casuístico da pessoa jurídica, seja em razão de atos fraudulentos e abusivos praticados pelos sócios, dita concepção subjetivista, seja em razão de confusão patrimonial que independe de se considerar as intenções do sócio na prática do ato, dita concepção objetivista, esta um contributo de Fábio Konder Comparato.

Diante de tais assertivas, pode-se atribuir um significado possível ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica, nos moldes defendidos por Luciano Amaro para quem:

A desconsideração da personalidade jurídica é uma *técnica casuística* (e, portanto, de *construção pretoriana*) de solução de *desvios* de função da pessoa jurídica, quando o juiz se vê diante de situações em que prestigiar a autonomia e a limitação de responsabilidade da pessoa jurídica implicaria sacrificar um interesse que ele reputa legítimo. São, portanto, situações para as quais a lei não contemplaria uma solução justa, ou melhor, seria *injusta* a solução decorrente da aplicação do preceito legal expresso. (AMARO, 1993, p. 173, grifos do autor).

A desconsideração concebida como “técnica de solução de desvios de função” já havia sido confirmada na tese de Fábio K. Comparato:

A desconsideração da personalidade jurídica é operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultante sem dúvida, as mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito. Daí por que não se de cogitar da sanção de invalidade, pela inadequação de sua excessiva amplitude, e sim da ineficácia relativa. (COMPARATO, 1983, p. 286).

---

<sup>67</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2001. v. 2. p. 31-56.

Verifica-se, assim, que a desconsideração não visa ao questionamento ou anulação da personalidade jurídica, mas sim ao aperfeiçoamento de sua disciplina, quanto à problematização de sua eficácia em casos de configurado abuso por desvio de finalidade ou confusão patrimonial, com o intuito de compatibilizar a sua importância para o sistema jurídico e econômico, e coibir os desvios de conduta que, através dela, são praticados pelos sócios em proveito próprio e em detrimento de direitos de terceiros. Mas é preciso ter em mente que não é tarefa fácil desenvolver “um modelo teórico que possa enfeixar, numa formulação abrangente, as várias situações em que essa técnica possa ou deva ser aplicada.” (AMARO, 1993, p. 174).

A concepção teórica tradicional conhecida como subjetiva, na doutrina estrangeira tem por maior expoente o alemão Rolf Serick. No Brasil a teoria subjetiva foi inserida e demonstrada inicialmente por Rubens Requião que procurou de traçar-lhe seus contornos, não só versando sobre a tese de Serick, mas também voltando a posição do americano Wormser. A partir da análise da posição de ambos autores, manifesta Rubens Requião:

A “disregard doctrine”, como insiste o professor germânico, aparece como algo mais do que um simples dispositivo do direito americano de sociedade. “É algo, diz ele, que aparece como consequência de uma expressão estrutural da sociedade”. E, por isso, “em qualquer país em que se apresente a separação incisiva entre pessoa jurídica e os membros que a compõem, se coloca o problema de verificar como se há de enfrentar aqueles casos em que essa radical separação conduz a resultados completamente injustos e contrários ao direito.” (REQUIÃO, 1969, p. 14).

Ao questionar sobre a pertinência de tal teoria em sistemas jurídicos tão diferentes como o americano, o alemão e o brasileiro, Requião ponderava a respeito da necessidade de que tal orientação fosse incorporada ao Direito Pátrio, revelando, assim, suas origens nacionais na doutrina, ao frisar que:

Ora, diante do abuso e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos. (REQUIÃO, 1969, p. 14).

Portanto, concebida enquanto teoria, a desconsideração da personalidade jurídica condiciona-se à ocorrência de fraude ou abuso do direito caracterizados na conduta dos sócios, critérios subjetivos que fundamentam sua incidência no caso particular. Assim, quando a atividade ilícita perpetrada pelo sócio encontrar-se revestida atrás da pessoa jurídica, tornando-o inatingível, o poder judiciário, em casos excepcionais, poderá aplicar o instituto da

desconsideração, para promover o afastamento episódico da pessoa jurídica, em detrimento dos objetivos inescrupulosos de certos sócios com o propósito de atingir e responsabilizar estes, uma vez presentes os requisitos que a autorizem.

A teoria dita objetiva, desenvolvida por Fábio K. Comparato em sua obra *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, onde também cita passagens da jurisprudência norte-americana, que há tempos aplica a teoria da desconsideração, demonstra uma visão diferente da doutrina tradicional, que está sedimentada nas noções de abuso do direito e de fraude à lei, como acima referido.

Na visão desenvolvida por Fábio K. Comparato a base de argumentação da doutrina tradicional não satisfaz, porquanto negligencia casos como a de ineficácia da separação patrimonial face ao denominado “poder de controle”, que enseja desconsideração em favor do sócio-controlador em razão das possibilidades de agir que essa condição lhe confere no seio da sociedade, sendo que:

Frequentemente, no entanto, sob a invocação de interesses superiores da sociedade (análoga à invocação da razão de Estado, na esfera política), o que ocorre, na verdade, é o sacrifício dos não-controladores ao capricho ou interesse pessoal dos controladores; ou a interesses que não são, propriamente, os da sociedade em questão, e sim do grupo econômico mais vasto, no qual se insere. Esse conflito de interesse pode manifestar-se pelo exercício do direito de voto em assembléia, ou por decisões tomadas a nível administrativo. (COMPARATO, 1983, p. 307).

Tais questões podem ser problematizadas em se tratando de grupo de empresas quando, v. g., da aprovação de contas de diretor em assembléia, fruto do voto decisivo de uma sociedade acionista, por aquele controlada, frustrando os efeitos do arts. 115, §1.º e 134, §1.º, *in fine*, da Lei n. 6.404/1976<sup>68</sup>; bem como, no caso de empréstimo feito pela sociedade a seu administrador, sem autorização do órgão competente, em favor de outra sociedade que detenha o controle, o que caracteriza clara afronta ao disposto no art. 154, §2.º, b, da Lei n.

---

<sup>68</sup> **Art. 115.** O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

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

**Art. 134.** Instalada a assembléia-geral, proceder-se-á, se requerida por qualquer acionista, à leitura dos documentos referidos no artigo 133 e do parecer do conselho fiscal, se houver, os quais serão submetidos pela mesa à discussão e votação.

§ 1º Os administradores da companhia, ou ao menos um deles, e o auditor independente, se houver, deverão estar presentes à assembléia para atender a pedidos de esclarecimentos de acionistas, *mas os administradores não poderão votar, como acionistas ou procuradores, os documentos referidos neste artigo.* (grifo nosso)

6.404/1976<sup>69</sup>, sem prescindir em ambos os casos dos efeitos da legislação penal. (COMPARATO, 1983, p.320-321).

Para Fábio K. Comparato o efeito fundamental da personalização é a separação de patrimônio que se estabelece entre a pessoa jurídica e seus membros (sócios ou administradores) e este efeito não se opera em algumas situações, quando então se autoriza a desconconsideração, uma vez ausentes certos pressupostos que denomina de formais e substanciais, tais como: desaparecimento do objeto social específico (exploração de uma empresa determinada) ou do objetivo social (produção e distribuição de lucro) e na confusão entre o objeto social e a atividade ou interesses individuais de um sócio, bem como, o arquivamento de atos constitutivos no registro competente e a pluralidade de sócios (COMPARATO, 1983, p. 281-282).

Toda pessoa é caracterizada como uma personagem que desempenha um papel específico a partir de uma orientação geral, sendo que a “desconconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário”. (COMPARATO, 1983, p. 284). Isso resulta em ser “este o elemento fundamental, que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes”. (COMPARATO, 1983, p. 284).

Na construção desta teoria, Fábio K. Comparato assimila da jurisprudência norte-americana a noção de que a desconconsideração da personalidade jurídica, não raras vezes, depende do aspecto relativo a saber se a pessoa jurídica em tese está devidamente capitalizada, destacando que o dever de capitalização desta constitui um princípio geral de direito mercantil.

---

<sup>69</sup> **Art. 154.** O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

[...]

§ 2º É vedado ao administrador:

[...]

**b)** sem prévia autorização da assembléia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito;

#### ***2.4.2 – A inadequada designação “teoria” ou “doutrina” face à estrutura formal-normativa da desconsideração***

Defende-se que, na atualidade, a designação “teoria” ou “doutrina” para o tema da desconsideração da personalidade jurídica revela-se inapropriado em razão da estrutura formal-normativa que orienta sua aplicação no Direito Brasileiro, como se pudesse dizer que tenha atingido sua “maturidade jurídica” apta a torná-la relevante na seara do Direito Brasileiro, pois se insere no contexto da codificação dita aberta, que se caracteriza pelo advento da adoção de cláusulas gerais pelo legislador contemporâneo.

Acredita-se que, com o advento do Código Civil de 2002, a desconsideração da personalidade adquiriu na dialética jurídica brasileira o parâmetro de Instituto Jurídico, pois disciplinada enquanto “reunião de normas jurídicas afins, que rege um tipo de relação social ou interesse e que se identifica pelo fim que procura realizar.” (NADER, 2004, p. 82).

Em igual modo, nas palavras de Vicente Ráo (1999, p. 228) “o conjunto de normas coordenadas em direção a um fim comum e as relações que elas visam regular, constituem o *instituto jurídico*.” Nessa direção, Vicente Ráo ressalta a tese de Bonnacase, para quem:

o instituto jurídico é o conjunto de regras de direito que reciprocamente se penetram, ao ponto de constituírem um todo orgânico no qual se compreende um série indefinida de relações de fato, logo transformadas em relações de direito; todas estas relações derivam de um só fato fundamental, que não constitui, apenas, a origem e a base do instituto, senão, ainda, o elemento que lhe ordena a organização e o desenvolvimento. (RÁO, 1999, p. 228-229).

No estudo desta questão deve-se advertir que a desconsideração da personalidade jurídica não deve ser estendida a todos os tipos de pessoas jurídicas, mas tão somente às sociedades, face à seu aspecto normativo vulnerável, no que diz respeito à representação societária. Os sócios estão muito mais suscetíveis a prática de atos maculados pela fraude ou abuso do direito do que os membros de uma associação ou fundação. A própria natureza constitutiva desses tipos de pessoas jurídicas informam uma maior cautela do Estado na sua maneira de constituição, organização, execução de estatutos, bem como sobre sua fiscalização e maior rigidez para realização de alterações estatutárias.

E isso não é por acaso, as sociedades possuem uma vocação mercantil e empresarial, ao contrário das demais formas, nisso resulta sua finalidade distinta e em razão de seu fim não poderia mesmo ficar atrelada a entraves normativos mais rígidos para o exercício de suas

atividades. Logo, surgem em torno das sociedades os chamados entes não personificados que acabam por conviver com sua realidade fática, a empresa, v. g., no caso do espólio.

Logo, defende-se que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica deva ser manejado especificamente no entorno das entidades societárias, civis ou empresárias, deixando aos demais tipos de pessoas jurídicas os meios de fiscalização já disponíveis nos textos normativos que os disciplinam.

## **2.5 - A pessoa jurídica e a teoria da empresa: Uma aproximação à análise econômica do direito**

### ***2.5.1 – A empresa na teoria do direito privado***

Os reflexos econômicos que ressoaram na sociedade moderna, a partir da Revolução Industrial, conduziram ao enriquecimento do liberalismo envolto nas idéias utilitaristas iniciadas por Jeremy Bentham e John Stuart Mill (para quem a autonomia, a longo prazo, conduziria para o bem-estar geral). Por outro lado, as fórmulas econômicas propiciaram o desenvolvimento nas relações humanas de demandas sociais, cuja influência alcançou a política e o próprio Direito (resultado das transformações ocorridas na passagem do Estado de Direito ao Estado Social).

Os fatores econômicos presentes no Direito conduzem ao refazimento de alguns de seus institutos e estabelecem novos parâmetros, v. g., em relação à noção de propriedade privada. Nesse aspecto, já há muito Orlando Gomes (1970, p. 09) chamava a atenção para os desacertos da doutrina em procurar “inserir os novos elementos nos atributos clássicos, ou mediante combinações arbitrárias que justapõem componentes antagônicas,” pois a realidade fática já fornecia dados que demonstraram um descompasso com a disposição normativa resistente na legislação de outrora ainda vigente.

No compasso das novas estruturas sociais que surgiram no mundo pós-Revolução Industrial, diante das modificações no padrão de riqueza, a liberdade privada voltou-se para a produção de bens necessários à vida urbana e o exercício do poder jurídico dela decorrente passou a ser utilizado no sistema capitalista para o desenvolvimento da atividade econômica

que se estruturou em torno do empresário (tecnologia de informação, consumo e transação de papéis no mercado de capitais).

Na sociedade contemporânea, em que a ordem econômica prepondera no contexto social, político e jurídico, a organização da atividade profissional em torno do empresário passa a exercer função preponderante, levando-se em conta, principalmente, o questionamento do papel a ser desempenhado pelo Estado.

Logo, a empresa é resultado do fenômeno econômico, alheia às fórmulas semânticas pelas quais os juristas se debatem ao definir o sentido de algum instituto jurídico. A palavra empresa acaba não encontrando correspondente de definição no Direito, pois alguns a consideram como mero objeto de direito e outros afirmaram-na como sujeito de direito que possui existência independente do empresário<sup>70</sup>.

Nas inúmeras oportunidades em que enfrentou a questão, Rubens Requião assim registrou:

Apreciando o conceito econômico de empresa, o Professor Giuseppe Ferri observa que a produção de bens e serviços para o mercado não é consequência de atividade acidental ou improvisada, mas sim de atividade especializada e profissional, que se explica através de organismos econômicos permanentes neles predispostos. Estes organismos econômicos, que se concretizam na organização dos fatores de produção e que se propõem à satisfação das necessidades humanas, e, mais francamente, das exigências do mercado em geral, tomam a terminologia econômica o nome de **empresa**. Assim, podemos conceber a empresa, no sentido econômico, é, em síntese, a organização dos fatores de produção. (REQUIÃO, 1978/80, p. 264-265).

Cabe ressaltar, ainda, o conceito de empresa formulado por Cesare Vivante citado por Rubens Requião, para quem:

A empresa é um organismo econômico que sob o seu próprio risco recolhe e põe em atuação sistematicamente os elementos necessários para obter um produto destinado à troca. A combinação dos fatores – natureza, capital e trabalho – que associados produzem resultados impossíveis de conseguir se fossem fracionados, e o risco, que o empresário assume ao produzir uma nova riqueza, são os requisitos indispensáveis a todas as empresas. (REQUIÃO, 1978/80, p. 266).

Em razão da concepção econômica da empresa como atividade organizada, já houve quem afirmasse que sua existência é fruto de uma abstração (Brunetti)<sup>71</sup>, contudo é o exercício, o acontecer fático da atividade produtiva que constrói o sentido de empresa, que

---

<sup>70</sup> Para maiores detalhes ver: OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. **A empresa: uma realidade fática e jurídica**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, Ano 36, n. 144, p. 111-135, out.-dez. 1999. TRENTINI, Flávia. **O novo conceito de empresa**. Revista dos Tribunais/Fasc. Civ., São Paulo, Ano 92, v. 813, p. 11-25, jul. 2003.

<sup>71</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 1. 21.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 56-57.

revela que a empresa é mesmo uma realidade econômica e não meramente jurídica ou abstrata, tal como restou cristalizado na doutrina.

Essa dificuldade conceitual conduziu os sistemas jurídicos a disciplinarem o empresário (pessoa individual ou coletiva em Direito) e a partir deste deduzir-se o sentido jurídico de empresa, experiência que se iniciou no Código Civil Italiano de 1942<sup>72</sup> e encontra-se incorporada no texto do Código Civil Brasileiro de 2002.<sup>73</sup>

Percebe-se pela leitura de ambos artigos que o significado jurídico de empresário vincula-se diretamente à noção de atividade, conforme afirma Tullio Ascarelli:

[...] é, pois, a natureza (e o exercício) da atividade que qualifica o empresário (e não, ao contrário, a qualificação do sujeito que determina a atividade) e nessa prioridade da atividade exercida para a qualificação do sujeito pode-se notar *a persistência de um elemento objetivo*, como critério de aplicabilidade da especial disciplina ditada para a atividade e para quem a exerce. (ASCARELLI, 1998, p.183, grifo nosso).

Em igual sentido, nas palavras de Waldirio Bulgarelli:

[...] certamente que a *essência da empresarialidade* se encontra no efetivo exercício profissional de uma atividade econômica organizada para a produção de bens e serviços destinados ao mercado, e da qual se deduz a correlata existência do agente, o empresário, e dos instrumentos de que se serve, os bens agrupados, ou seja, o estabelecimento. (BULGARELLI, 2000, p. 99, grifo do autor)<sup>74</sup>.

Na noção de empresa é também convergente ao princípio da autonomia privada no meio econômico (livre iniciativa), que se manifesta pelo poder do empresário ao dispor em sua atividade profissional à realização de negócios jurídicos indissociáveis dos aspectos econômicos e mais recentemente dos aspectos sociais, que lhe são relevantes nas práticas empresariais no mercado. Para Rubens Nunes, mercado pode ser definido como:

uma estrutura de governança em que: (i) as transações assumem a forma de trocas; (ii) os agentes são autônomos; (iii) não se impõem fins coletivos e cada indivíduo pode escolher seus próprios fins, bem como os meios para alcançá-los; (iv) uma eventual piora no nível do bem-estar do agente em consequência da não realização da transação decorre de fenômenos naturais involuntários, nunca da vontade ou de

<sup>72</sup> Código Civil Italiano de 1942: **Art. 2.082.** É empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, dirigida à produção ou a troca de bens ou serviços.

<sup>73</sup> Código Civil de 2002: **Art. 966.** Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

**Parágrafo único.** Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

<sup>74</sup> “Sem temos de que venha a ser considerada metafísica, pois afinal esta essência corresponde a uma idéia imutável, permanente e necessária referida ao real, na sua expansibilidade voltada para a concretude.” (BULGARELLI, 2000, p. 99, Nota).

atos de qualquer uma das partes envolvidas; (v) as relações de mercado são impessoais, no sentido de que, pago o preço, a transação se efetiva, sendo irrelevantes as características individuais do agente. (NUNES, 2005, p.22).

Os eixos da economia passam certamente pela empresa, norteados pela garantia constitucional da livre iniciativa do empresário, e têm no princípio da autonomia privada o fundamento jurídico para a realização de transações econômicas praticadas no mercado, envolvendo os setores privados ou públicos da economia. Apesar de suas origens no Direito Privado, o princípio da autonomia privada alcança amplitude constitucional, configurando fenômeno já delineado em outros estudos sobre a constitucionalização do Direito Privado,<sup>75</sup> e permanece consagrando a liberdade como poder para criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, sobretudo relações contratuais, sob a nova acepção da livre *iniciativa* e submetida a ação intervencionista do Estado, que lhe relativiza o alcance.

Nesse sentido, a “autonomia empresarial”, que age de acordo com as forças do mercado, deve estar adstrita aos fundamentos e diretrizes constitucionais, quais sejam a *dignidade da pessoa humana*, a *livre iniciativa* e a *valorização do trabalho* (art. 1.º da Constituição de 1988)<sup>76</sup>, para que se possa harmonizar os interesses atuantes e compatibilizá-los com a necessidade de desenvolvimento econômico baseado na *propriedade privada dotada de função social*; na *livre concorrência*; na *defesa do consumidor*; no *tratamento favorecido às empresas de pequeno e médio porte*; e no *livre exercício de qualquer atividade econômica*, (art. 170) princípios que integram a Ordem Econômica e Social na Constituição de 1988.

A liberdade de iniciativa econômica, para José Afonso da Silva, deve ser compreendida no âmbito da constituição com meio que conduza à realização da justiça social. O mesmo autor enfatiza que:

A liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que “liberdade de desenvolvimento de empresa no quadro estabelecido pelo poder público e, portanto, possibilidade gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo” (Vittorio Ottaviano). É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. (SILVA, 1996, p. 726).

<sup>75</sup> Para maiores detalhes ver: TEPEDINO, Maria Celina B. M. **A caminho de um direito constitucional**. In Revista de Direito civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. Ano 17. n. 65. São Paulo, jul.-set. 1993. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno**. In GRAU, Eros Roberto e GERRA FILHO, Willis Santiago (Org.) Direito constitucional estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

<sup>76</sup> Para maiores detalhes ver: LEITE, Fábio Carvalho. **Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado Brasileiro**. Revista Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro, n. 16, p. 40-83, jan.-jul. 2000.

A livre iniciativa na área econômica, no dizer de Francisco Amaral, legitima a autonomia privada no contexto constitucional, pois se trata de princípio básico da ordem econômica e social, e ambos compreendem “conceitos correlatos mas não coincidentes, na medida em que a primeira focaliza o aspecto econômico, e a segunda, o jurídico, do mesmo fenômeno, havendo, entre eles, uma relação instrumental.” (AMARAL NETO, 2003, p. 360).

O princípio da autonomia privada, reconhecido no âmbito da empresa como “autonomia empresarial”, estabelece os parâmetros normativos que asseguram o exercício de atividade profissional pelo empresário, legitimado pelo ordenamento jurídico sob o primado da solidariedade social.<sup>77</sup>

A análise da figura do empresário em torno do sentido de atividade e a dedução do significado de empresa como elemento objetivo, decorre dos passos deixados pelo sempre excepcional Ascarelli. Ao lado desse, outro jurista italiano, Alberto Asquini, destacou-se na tarefa de compreender e desenvolver a noção dessa predita *atividade*, ao conduzir seus estudos sob o enfoque de quatro vetores que chamou de *perfis*, a saber: *perfil subjetivo*, *perfil objetivo*, *perfil funcional* e *perfil corporativo*<sup>78</sup>. Na análise da teoria da empresa, Marcos Paulo de Almeida Salles (2000, p.102) afirma que “a mobilidade de que é dotado o conceito de empresa nos faz desejar repensar os perfis de Asquini, para se ter à frente não a mercancia, mas a empresarialidade.” Na doutrina jurídica da empresa três aspectos entrelaçam-se – o de empresário, o de atividade e o de estabelecimento –, alternando-se indistintamente como elementos chaves na forma de compreensão das dimensões da empresa pelo Direito.<sup>79</sup>

A doutrina jurídica atual tem procurado combinar esses elementos e orientar as razões formadoras de uma concepção bilateral que informe os limites da empresa, sobretudo no que diz respeito às demandas ligadas aos direitos de propriedade e relações contratuais. Nesse sentido a lição de Bulgarelli:

Daí que o Direito (e se se quiser o jurista) vê na empresa o *empresário*, para a o fim de torná-lo o centro de imputação, como sujeito; o *estabelecimento*, como complexo

<sup>77</sup> Para maiores detalhes ver: FARAH, Eduardo Teixeira. **A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social**. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 662-714.

<sup>78</sup> Para maiores detalhes ver: ASQUINI, Alberto. **Perfis da empresa**. tradução COMPARATO, Fábio Konder. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, Ano XXXII, nova série, n. 104. p.109-126, out.-dez. 1996.

<sup>79</sup> Para maiores detalhes ver: MARIANI, Irineu. **Direito de empresa, atividade empresarial, empresa e empresário (à luz do novo Código Civil)**. *Revista dos Tribunais/Fasc. Civ.*, São Paulo, Ano 95, v. 844, p.28-40, fev. 2006. FERRONATTO, Adria Paula. **A empresa no novo Código Civil: Elemento unificador do Direito Privado**. *Revista dos Tribunais/Fasc. Civ.*, São Paulo, Ano 95, v. 843, p.11-37, jan. 2006. URÍA, Rodrigo. **Derecho mercantil**. 26.<sup>a</sup> ed. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 33-44.

de bens organizados que o empresário utiliza, e como tal objeto de negócios jurídicos autônomos, e a *atividade econômica organizada* de produção de bens e serviços para o mercado (que se expressa por meio de uma série de atos ordenados em relação a um fim a atingir), com a finalidade de estabelecer um regime jurídico específico. E através desta, da atividade, identifica o empresário não só para atribuir-lhe responsabilidades como para dar-lhe proteção. (BULGARELLI, 2000, p. 99).

A disciplina teórica da empresa, reconhecida indistintamente pelos juristas como categoria econômica, revelada pelos esforços pioneiros dos italianos que remete ao caráter marcante da empresarialidade, a partir da tríade composta pelo empresário, o estabelecimento e a atividade, é reafirmada nos argumentos de Bulgarelli, para quem:

A lição, pois, que se apreende com o Código Civil italiano (pouco importando que tenha ou não sido essa a intenção dos seus redatores) é a de que não transpôs pura e simplesmente o conceito econômico unitário da empresa, mas, procurou traduzi-la em termos jurídicos.

Para nós o que ocorreu foi a tentativa de regular a empresarialidade, captando o que no fenômeno se apresenta como relevante (tanto essencial, como natural e até acidental).

A empresarialidade pressupõe como elementos essenciais os conceitos de empresário, como agente da atividade de empresa (concebida como exercício profissional da atividade econômica organizada) e o de estabelecimento, para o fim da adoção de um regime jurídico próprio da empresa, no âmbito do Direito Comercial. Tendo em vista, entretanto, a função atribuída ao regime jurídico da empresa no Direito Comercial, pode-se admitir a possibilidade da existência de uns sem os outros o que pode ocorrer também em decorrência das divergências na interpretação dos significados jurídicos desses conceitos – o que certamente não destrói a unidade lógico-real do sistema. (BULGARELLI, 2000, p. 104).<sup>80</sup>

Na busca por melhor compreender a chamada lógica empresarial, assim manifesta-se Orlando de Carvalho:

Essa lógica projecta-se na concreta organização de factores, na sua selecção, dimensionação e combinação com vista ao fim técnico-produtivo e, mediamente, ao fim económico-reditício (lucro). Com efeito nunca é uma pura lógica técnica que preside a essa actividade, mesmo abstraindo-se do que já há de económico na posição do fim técnico-produtivo (que não obedece, como é sabido, a puros critérios de conveniência técnica, mas a critérios de conveniência e viabilidade económica). Os meios e a coordenação deles não buscam apenas a obtenção do produto técnico-industrial, mas a sua obtenção em termos de um empreendimento rendível e até o mais rendível que se possa. Por isso é que aqui intervêm os já referidos princípios da optimização do excedente e da maximização dos recursos. [...] Significa isso dizer que não há verdadeiramente dois fins isoláveis – o fim técnico e o fim reditício – (apesar de os termos distinguido para efeitos de análise), mas um único fim em que se embrecham os aspectos técnicos e os aspectos económicos, vindo os primeiros a ser sobredeterminados pelos segundos. Diga-se, de resto, que o fim técnico pode esvair-se quase de todo, como sucede na actividade comercial propriamente dita, em que a obtenção dos produtos é uma laboração, mas uma simples aquisição. O que

<sup>80</sup> “Já em relação àqueles que devam ficar sujeitos a esse regime jurídico é questão a ser valorada e se remete à tipologia específica, como por exemplo, a questão do pequeno empresário, do empresário agrícola, do empresário estatal e da atividade intelectual.” (BULGARELLI, 2000, p. 104, Nota).

confirma exemplarmente que intrínseco à empresa é o fim económico-reditício e que a lógica da empresa é a predominantemente económica e não técnica. (CARVALHO, 1997, p. 27-28).

Logo, os traços, subjetivo ou objetivo, que se procura atribuir a empresa sempre receberão críticas, devido a seu caráter dogmático de mera classificação. Sob o âmbito subjetivo a empresa é identificada à figura do empresário, mas sua face funcional extrapola os limites personalíssimos<sup>81</sup>; já sob o objetivo identifica-se com os parâmetros de direitos de propriedade e de relações contratuais, porém sua faceta estrutural não se resume a esses vetores, ou seja, o feixe de relações jurídicas que se estabelecem em sua composição organizacional (clientela). Tais argumentos ficam evidenciados nas palavras de Bulgarelli:

Reitere-se que o que se tornou imperativo para o jurista, perante a importância que a empresa tomou como fenômeno socioeconômico centralizador das relações produção-distribuição de bens-serviços para o mercado, foi captar os aspectos juridicamente valoráveis que nele existem e transpô-los adequadamente para o plano do Direito.

Ora, parece não haver dúvidas de que o essencial do fenômeno está na organização dos fatores da produção para o mercado (e os economistas não discrepam dessa idéia apesar dos seus desencontros); mas porque se revelou incompatível a transposição pura e simples dessa noção para o plano jurídico – ao menos no atual estágio da ciência jurídica – tendo em vista a função que se quer atribuir a um regime jurídico da empresa no âmbito do Direito Privado, voltou-se o jurista para os correspondentes significados que deveria assumir no plano jurídico, e em consequência passou a vê-la como o empresário, a empresa e o estabelecimento. (BULGARELLI, 2000, p. 105).

Ao falar-se em empresarialidade como característica inerente à atividade de empresa, cujo significado extrai-se no Direito a partir da noção de empresário, a expressão deve ser compreendida no conjunto de ações que se processam na persecução dos fins almejados por este, quer sob a forma individual (pessoa física), quer sob a modalidade coletiva (pessoa jurídica), e não está voltada apenas a proporcionar a realização de lucros, mas ao alcance de resultados econômicos, financeiros e até mesmo sociais (art. 981, CC)<sup>82</sup>. Sob esse prisma, num sentido mais amplo das características da empresa, destaca-se a chamada “nova empresarialidade”, concebida por Adalberto Simão Filho, como:

A atividade empresarial em movimento constante e sucessivo, não importa se exercida pela sociedade simples ou empresária ou pelo empresário individual e o

<sup>81</sup> Nesse aspecto, há que se considerar a hierarquização de ações de coordenação na produção e substituição do sistema do preço, em que o custo revela-se relevante para avaliação do agir jurídico-econômico sob o estigma da racionalidade limitada e do oportunismo, que será objeto de análise no próximo tópico.

<sup>82</sup> Código Civil de 2002: **Art. 981.** Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para *o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.* **Parágrafo único.** A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados. (grifo nosso).

inter-relacionamento desta com os fornecedores, mercado consumidor, mercado de valores mobiliários, agentes econômicos diversificados, trabalhadores, meio ambiente, e, finalmente com relação aos próprios sócios e acionistas, gerando uma sinergia completa que culmina em vivificar a empresa e agregar valor. (SIMÃO FILHO, 2006, p. 08).

O empresário considerado em torno da noção de autonomia privada volta-se como sujeito a direitos – numa perspectiva constitucional-empresarial em que não há domínio (*dominus*) a direitos, mas acesso a direitos – nos aspectos presentes de afirmação da empresarialidade no Direito, pois responsável pela harmonização entre o patrimônio próprio e os bens dispostos no mercado, para a produção e o consumo na sociedade.

### 2.5.2 – A empresa na teoria econômica

Ao lado das questões de direito que envolvem a teoria da empresa, os avanços do pensamento econômico são dignos de nota e não podem mais permanecer ausentes das inquietações dos juristas, no que se refere a essa matéria. Como se pode perceber, o trabalho da grande maioria dos juristas acerca da teoria da empresa tem como fonte de inspiração os postulados teóricos econômicos neoclássicos. Nas esclarecedoras palavras de Oliver E. Williamson (2005, p.18) “a Teoria Neoclássica da Firma vista como função de produção é um construto tecnológico segundo o qual o funcionamento interno da firma (e de outros modos de organização) é negligenciado.”

No entanto, os economistas contemporâneos desenvolveram uma reestruturação dessas posições a partir das idéias que irradiaram da escola neo-institucionalista americana, que fez surgir o movimento conhecido como “Law and Economics” ou “Análise Econômica do Direito” (AED)<sup>83</sup>, cuja corrente mais expressiva está sediada na Escola de Direito e Economia da Universidade de Chicago, expoentes do crescente interesse na AED, que tiveram profundos avanços em outras vertentes do Direito graças às contribuições de Richard A. Posner, que acabou por influenciar o modo de pensar dos estudiosos no mundo globalizado. Em estudos sobre o assunto, Mercado Pacheco destaca que:

---

<sup>83</sup> Para maiores detalhes ver: SZTAJN, Raquel. **Law and Economics**. In ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Raquel. *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2005. p. 74-83. ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: Contribuições e desmistificações**. Revista Direito, Estado e Sociedade (PUC-RIO). v. 9. n. 29. p. 49-68. jul-dez 2006.

A relação entre direito e economia que estabelece a AED é completamente nova. O que a AED faz é estabelecer o direito como objeto de estudo do ponto de vista econômico. Isto implica, em primeiro lugar, que a interpretação e a evolução de uma norma realizam-se por pressupostos da teoria econômica; e em segundo lugar, significa que a racionalidade que dota as normas e o sistema jurídico em seu conjunto é uma racionalidade de tipo econômico, o que produz uma reformulação do direito com esse modelo de racionalidade.

Esta reformulação econômica do direito significa colocar no centro dos estudos jurídicos os problemas relativos à eficiência do direito, o custo dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins ou as conseqüências econômicas das intervenções jurídicas. Este restabelecimento realiza-se mediante a aplicação no estudo dos diversos setores do ordenamento jurídico de uma metodologia ou enfoque econômico que pertence à peculiar forma de trabalhar do economista (MERCADO PACHECO, 1994, p.34-35, tradução nossa).<sup>84</sup>

Nos trabalhos de Ronald H. Coase (1988, p. 01-02), encontra-se referência ao sentido que Robbins atribuiu à economia, ao defini-la como “a ciência que estuda o comportamento humano como relacionamento entre os significados de fim e escassez, que possuem usos alternativos.”<sup>85</sup>; acrescentando Coase (1988, p. 02) que “isso faz da economia a ciência da escolha humana.”<sup>86</sup>. No Direito, a escolha humana enseja sempre uma decisão e acredita-se que esta deve ser orientada a partir da proposta de concreção normativa (MÜLLER, 1996), para que a norma jurídica não seja apenas texto lingüístico à disposição do operador do direito (*travailler du droit - Rechtsarbeiter*).

O encontro mais duradouro entre o Direito e a Economia resultou na afirmação desse modo de pensamento característico a ambas ciências, o que não é de se estranhar, pois há uma mútua influência (transdisciplinaridade intrínseca) entre Direito e Economia na orientação de “escolha humana”, que se evidencia na visão de Eduardo Goulart Pimenta (2006, p. 27):

O Direito influencia a Economia no que tem de mais característico; a busca por estabelecer o que “deve ser”. Procura modificar a realidade econômica como ela é – a economia positiva – e contribuir para sua transformação na realidade econômica como “dever ser” (a economia normativa).

Assim, é possível compreender porque um ramo do conhecimento cuja elaboração e aplicação tradicionalmente se baseiam na análise do justo/injusto, ético/aético,

---

<sup>84</sup> “La relación entre derecho y economía que plantea el AED es completamente nueva. El AED lo que hace es establecer el derecho como objeto de estudio desde el punto de vista económico. Esto implica, en primer lugar, que la interpretación y evaluación de una norma se realizan desde los presupuestos de la teoría económica; y en segundo lugar, significa que la racionalidad de la que se dota a las normas y al sistema jurídico en su conjunto es una racionalidad de tipo económico, lo que produce una reformulación del derecho con ese modelo de racionalidad.

Esta reformulación económica del derecho significa colocar en el centro de los estudios jurídicos los problemas relativos a la eficiencia del derecho, el del coste de los instrumentos jurídicos en la persecución de sus fines o el de las consecuencias económicas de las intervenciones jurídicas. Este replanteamiento se realiza mediante la aplicación en el estudio de los diversos sectores del ordenamiento jurídico de una metodología o enfoque económico que pertenece a la peculiar forma de trabajar del economista.”

<sup>85</sup> “the science which studies human behavior as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses.”

<sup>86</sup> “This makes economics the science of human choice.”

moral/ímoral pode ser analisado à luz de outro centrado sobre a distinção eficiente/ineficiente e submetido a um método empírico de análises quantitativas e modelos simplificativos da realidade estudada.

Na perspectiva de Lorenzetti (1998, p. 405-407) pode-se identificar três correntes na escola da Análise Econômica do Direito: I - a corrente positivista (Richard A. Posner)<sup>87</sup>, na qual o foco é a eficiência e ao Direito cabe fazer com que o mercado organize-se para alcançá-la; II - a corrente normativista (Guido Calabresi)<sup>88</sup>, na qual o Direito assume o modelo do mercado para corrigir suas imperfeições e manifesta-se nos custos de acidentes; e III - o método do construtivismo jurídico (Bruce Ackerman)<sup>89</sup>, no qual enfatiza modelos que revelam as deficiências no sistema intervencionista e expõe a necessidade de se ampliar o suposto fático em torno da desorganização social.

Em estudos sobre a Análise Econômica do Direito, Richard Posner (1992) demonstra que os conceitos básicos de economia podem ser usados para analisar todas suas áreas de atuação – contratos, propriedade, penal, de família (divórcio), empresarial, constitucional, administrativo, ambiental e processual. Em seu trabalho intitulado *Economic Analysis of Law* (1972), verifica-se que a AED possui aspectos heurísticos, descritivos e normativos. No âmbito heurístico procura mostrar coerências subjacentes nas doutrinas e instituições jurídicas; no aspecto descritivo visa identificar a racionalidade econômica e os efeitos de suas doutrinas e instituições, bem como as causas econômicas das alterações jurídicas; e nas questões normativas auxilia os juízes e outros agentes públicos na criação de políticas dotadas de métodos mais eficientes para disciplinar as condutas por meio do Direito.

Em recente abordagem sobre o tema da AED, Richard Posner (2005) destaca que, apesar da opinião de seus críticos (Anthony T. Kronman)<sup>90</sup>, trata-se de fenômeno doutrinário não apenas da cultura americana e pode ser incorporado por sistemas de Direito romano-germânico, sobretudo em países em desenvolvimento, para tornar a ordem jurídica mais dinâmica, incluindo áreas de atuação do Direito que digam respeito não somente à livre concorrência e a regulação de serviços públicos. Na vertente teórica mais ambiciosa da AED tem-se proposto uma teoria econômica do Direito unificada, referida por Posner (2005) como:

<sup>87</sup> Para maiores detalhes ver: POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 4.<sup>a</sup> ed. Boston: Little Brown Company. 1992.

<sup>88</sup> Para maiores detalhes ver: CALABRESI, Guido. **El coste de los accidents**. Barcelona: Ariel, 1970 (*apud* LORENZETTI, 1998); CALABRESI, Guido. **Costo degli incidente e reponsabilita civile: analisi economico-giuridica**. Milano: A. Giuffre, 1975.

<sup>89</sup> Para maiores detalhes ver: ACKERMAN, Bruce. **Del realismo al constructivismo jurídico**. Barcelona: Ariel, 1988. (*apud* LORENZETTI, 1998).

<sup>90</sup> Para maiores detalhes ver: KRONMAN, Anthony T. **The economics of contract law**, Boston, Little Brown and Company, 1979; KRONMAN, Anthony T. **Whealth maximization as a normative principle**. The Journal of Legal Studies 9 (1980), p. 227 s. (*apud* SALOMÃO FILHO, 2006).

Nesta teoria entende-se que a função do Direito é facilitar a operação dos mercados livres e, em áreas onde os custos de transação no mercado são proibidos, “imitar o mercado”, estabelecendo o resultado que poderia esperar se as transações nele fossem viáveis. Um corolário desta proposição é a teoria econômica positiva do *common law* (isto é, o Direito de origem jurisprudencial, que é distinto do Direito legislado e que abarca importantes campos como o direito de propriedade, o direito contratual, associações e responsabilidade civil extracontratual, equivalente à estrutura básica do direito penal, processual e dos remédios jurídicos), que se entende melhor como os juízes, ao desenvolver o direito, houvessem tentado conscientemente (que não estavam fazendo) alcançar uma destinação eficiente dos recursos. (POSNER, 2005, p. 8, tradução nossa)<sup>91</sup>.

Aliado à série de seus críticos, para Salomão Filho (2006) a AED procura criar um padrão econômico para definição de valores, o que se revela de difícil aceitação, acrescentando que:

A teoria da eficiência aplicada ao direito pretende é, na verdade, atribuir valor absoluto às premissas econômicas, capazes de indicar diretamente o sentido das regras jurídicas, sem que isso possa ser contestado com base em considerações valorativas ou distributivas. Isso é feito através da utilização de conceitos econômicos aos quais pretende-se atribuir certeza matemática. (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 40).

Assim, observa-se que esse autor admite a AED como teoria importante para a compreensão dos aspectos econômicos insertos na área empresarial, mas adverte que “é, portanto, necessário restringir a análise econômica do direito a um instrumento exclusivamente analítico, sem atribuir-lhe qualquer caráter valorativo. Então, sim, a teoria tem verdadeira utilidade, inclusive no campo societário.” (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 40).

Críticas à parte, nos passos delineados por esta perspectiva pragmática é que se irá desenvolver uma segunda vertente de abordagem da relativização da personalidade jurídica societária, pois esta não pode se limitar apenas ao âmbito jurídico e deve voltar-se às inquietações do mercado, em que se insere o Direito de empresa, notadamente o Direito Concursal, marcadas pela necessidade de orientação submetida às teorias econômicas em suas aproximações com o Direito, uma vez que “não se trata já de uma relação interdisciplinar, pois o econômico integra o pressuposto de fato da norma jurídica. Por isso e desde sempre, os dados jurídicos referiram-se ao econômico e o regularam.” (LORENZETTI, 1998, p. 402).

---

<sup>91</sup> “En esta teoría se entiende que la función del Derecho es facilitar la operación de los mercados libres y, en áreas en donde los costos de transación en el mercado son prohibitivos, “imitar al mercado”, estableciendo el resultado que podría esperarse si las transacciones en él fueran factibles. Un corolario de esta proposición es la teoría económica positiva de *common law* (es decir, el Derecho de origen jurisprudencial, que es distinto del Derecho legislativo, y que abarca importantes campos como el Derecho de propiedad, el Derecho contractual, asociaciones y responsabilidad civil extracontractual, al igual que la estructura básica del Derecho penal, procesal y de los remedios legales), que se entiende mejor como si los jueces, al desarrollar ese Derecho, hubiesen estado intentando conscientemente (lo cual no estaban haciendo) lograr una asignación eficiente de los recursos.”

Assim sendo, a AED tem a oferecer significativas contribuições a essa discussão como a seguir se demonstrará.

Destaca-se nessa corrente os trabalhos de Ronald H. Coase, precursor em estudos de Análise Econômica do Direito (AED), cujo pioneirismo remete a seu artigo “*The Problem of Social Cost*” (1960), cuja abordagem resultou o conhecido “Teorema de Coase” (na expressão de George Stigler), mas suas idéias já haviam sido manifestadas muito antes em outro artigo “*The Nature of the Firm*” (1937), no qual enfatiza o aspecto do “custo de transação” na destinação de recursos no mercado, e resgata a empresa como principal elemento na economia, em torno do qual as relações estabelecem-se por organização e substituição.

Para Coase, a Empresa (*Firm*) é uma forma de comportamento econômico organizado que se estabelece em torno da idéia de margem e de substituição, na qual o empresário dirige todos os esforços no sentido de alcançar uma maior ou melhor redução nos “custos de transação”<sup>92</sup>, tanto no que se refere às trocas externas, ou seja, no mercado, que se operam por meio do sistema do preço (postulado neoclássico da demanda), quanto no que se refere às trocas internas, que se estabelecem através de critérios hierárquicos, seja em relação aos gerentes, seja em relação aos demais empregados.

Para afirmar esse raciocínio e fornecer as bases de identificação da natureza da empresa, Ronald Coase destaca que:

Fora da empresa, os movimentos do preço dirigem a produção, que é coordenada com uma série de transações de troca no mercado. Dentro da empresa, estas transações de mercados são eliminadas e no lugar de mercado complexo a estrutura de transações de troca é substituída pelo empresário-coordenador, que dirige a produção. (COASE, 1988, p.35-36, tradução nossa)<sup>93</sup>.

Sob esse aspecto, Coase defende que a empresa é uma alternativa ao empresário para minimizar ou reduzir os custos envolvidos nas transações, que são realizadas num mercado especializado de trocas, como resultado da produção de bens. Desse modo, a razão central porque tal ocorre deve-se a existência de custos relevantes, que recebe dele a seguinte explicação:

---

<sup>92</sup> A expressão “Custos de Transação” provocou uma reviravolta no debate dos economistas e seu significado tem sido demonstrado de maneiras diversas. Não é nosso intuito adentrar nessa celeuma, logo, para maiores esclarecimentos ver: ALLEN, Douglas W. **Transaction costs**. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0740book.pdf>>. Acesso em: 20-dez.-2006.

<sup>93</sup> “Outside the firm, price movements direct production, which is coordinated through a series of exchange transactions on the market. Within a firm, these markets transactions are eliminated and in place of the complicated market structure with exchange transactions is substituted the entrepreneur-co-ordinator, who directs production.”

A principal razão porque é lucrativo estabelecer uma empresa pareceria ser que há um custo no uso do sistema do preço. O mais óbvio custo da produção "organizada" através do sistema do preço é aquele de descobrir quais são os preços relevantes. Este custo pode ser reduzido mas não será eliminado pela aparência dos especialistas que venderão esta informação. Os custos para negociar e para concluir um contrato separado para cada transação de troca que ocorre num mercado devem também ser considerados. *De mais a mais, em determinados mercados, por exemplo, nas trocas de produto, a técnica é imaginada minimizando estes custos do contrato; que porém não são eliminados.* (COASE, 1988, p. 38-39, grifo nosso, tradução nossa)<sup>94</sup>.

A idéia do custo como parâmetro norteador do pensamento coaseniano é um elemento que envolve a existência da empresa a partir de si mesma e não a partir do mercado como pensavam os neoclássicos, que sob essa visão destacavam a maximização da riqueza como resultado da atividade econômica.

O que a posição doutrinária neo-institucionalista propõe na leitura coaseniana é o aspecto de uma visão microeconômica em torno da figura do empresário, que coordena a empresa num cenário marcado pela incerteza, sem negligenciar os efeitos do custo, em que:

O empresário tem que realizar sua atividade com menos custo, considerando o fato que pode compreender os fatores de produção em um preço mais baixo do que as transações de mercado que substitui, porque é sempre possível voltar ao mercado aberto se ele falhar ao fazer isso.

A questão da incerteza é uma que freqüentemente é considerada muito relevante ao estudo do equilíbrio da empresa. Parece improvável que uma empresa emergiria sem a existência da incerteza. (COASE, 1988, p.40, tradução nossa)<sup>95</sup>.

A empresa, assim considerada, proporciona ao empresário uma condição favorável para realizar sua atividade econômica. O que torna útil à existência da empresa é a possibilidade que propicia ao empresário de avaliar os custos de transação quando substitui internamente o sistema do preço pelo critério hierárquico ao definir a distribuição dos recursos. Outra consideração esclarecedora que surge da teoria de Coase é que através da empresa uma cadeia de relações se estabelece, sendo que todas elas estão norteadas e tem como instrumento o contrato.

---

<sup>94</sup> "The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. The most obvious cost of "organizing" production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices are. This cost may be reduced but it will not be eliminated by the emergence of specialists who will sell this information. The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account. *Again, in certain markets, e.g., produce ex-changes, a technique is devised for minimizing these contract costs; but they are not eliminated.*"

<sup>95</sup> "The entrepreneur has to carry out his function at less cost, taking into account the fact that he may get factors of production at a lower price than the market transactions which he supersedes, because it is always possible to revert to the open market if he fails to do this.

The question of uncertainty is one which is often considered to be very relevant to the study of the equilibrium of the firm. It seems improbable that a firm would emerge without the existence of uncertainty."

Mister ressaltar ainda as posições defendidas pelos economistas Douglass North<sup>96</sup> e Oliver E. Williamson, cujos trabalhos vinculam-se às bases acadêmicas de Ronald Coase e proporcionam inquestionáveis contributos à Economia dos Custos de Transação (ECT).

A denominada Teoria das Organizações é a resposta de Oliver E. Williamson aos trabalhos ortodoxos de economia e envolve uma análise mais criteriosa dos elementos presentes nas instituições, que tem como problema central à adaptação, quer seja adaptação autônoma (que é dada pela alteração dos preços relativos no mercado), quer seja adaptação cooperativa (que é resultado de acomodações administrativas internas).

Nas palavras de Williamson, sob a perspectiva da teoria das organizações, a teoria da empresa está sujeita a uma compreensão mais ampla, pois resulta de uma forma de governança:

A Teoria da Firma como forma de governança aqui descrita responde aos avanços que se sucedem na Teoria da Organização nos seguintes aspectos: trabalha (1) a partir do cenário de contratos incompletos (racionalidade limitada) no qual (2) acidentes ocorrem entre partes bilateralmente dependentes (ativos específicos) quanto são (3) afastados da curva de contrato por desequilíbrios (incerteza), conseqüentemente (4) as partes são levadas a barganhar (oportunismo). Tais transações motivam (5) atores precavidos a evitar conflitos e (6) promover adaptação cooperativa, via introdução da transação ou em contratação com mecanismo de credibilidade ou em estruturas de governança hierárquica, em que (7) as alternativas diferem em estrutura, das quais (8) os custos burocráticos comparativos e o acesso diferencial ao uso da hierarquia são exemplos. (WILLIAMSON, 2005, p.33-34).

A estrutura de governança descrita por Williamson, que tem como pressupostos a ECT e a Teoria das Organizações, remete ao conjunto de relações que existem no âmbito da empresa e têm como instrumento o suporte contratual. Logo, na regulação dessas relações o Direito insere-se como processo necessário à realização da adaptação corrente no plano ético normativo, em que:

a análise dos contratos incompletos no seu conjunto será facilitada pela superação do conceito acadêmico do contrato como regra jurídica pela perspectiva do ordenamento privado e pelo questionamento sobre os mecanismos através dos quais se logra economizar em custos transacionais. (WILLIAMSON, 2005, p. 46-47).

Nesse sentido, Williamson propõe que as estruturas do Direito Contratual, sobretudo, consideradas sob a expectativa de uma nova agenda de pesquisa, passem por um refinamento

---

<sup>96</sup> A respeito do pensamento de NORTH ver o artigo de: TOYOSHIMA, Silvia Harumi. *Instituições e Desenvolvimento Econômico – Uma análise crítica das idéias de Douglass North*. In Revista de Estudos Econômicos – IPE. São Paulo, V. 29, n. 1. p.95-112, jan.-mar. 1999.

economizador, que conduza o ordenamento jurídico privado aos efeitos da ECT em sua tarefa de disciplina das organizações, cuja eficiência denota adequação às características dos sujeitos, das transações e da legislação.

Além desses, destaca-se o enfoque desenvolvido por Sidney G. Winter, em que fica evidente que não há uma posição teórica relevante na compreensão dos economistas para uma teoria da empresa, vale dizer, a posição teórica ortodoxa (representada pelos Manuais e Documentos Ortodoxos, incluindo nesses a teoria da equipe), a economia do custo de transação e a teoria evolucionária, são apontadas como paradigmas contemporâneos daquela, sendo que a primeira deve ser afastada, pois não oferece uma resposta suficiente acerca da empresa, já que seus adeptos estão mais preocupados com os relacionamentos que ocorrem em seu exterior.

O ponto de vista defendido por Winter é no sentido de aproximar as bases propostas pela Economia dos Custos de Transação (ECT) da Economia Evolucionária, muito embora reconheça que a convivência entre ambas apresenta uma combinação de muitos níveis e facetas. A economia evolucionária compreende a empresa como um repositório do conhecimento, que se estabelece ao longo do tempo e em razão de suas capacidades para variar as aplicações finais dos produtos. Esse auto-conhecer que a empresa demonstra, sob o ponto de vista evolucionário, como corolário de suas próprias “competências”, na posição defendida pelo autor, revela que:

O ponto enfatizado pela teoria evolucionária é que uma empresa com uma rotina estabelecida possui recursos em que pode traçar de modo muito vantajoso a tarefa difícil de tentar aplicar essa rotina numa escala maior... A suposição de resposta em modelos evolucionários é pretendida para refletir as vantagens que favorecem ao interesse que tenta fazer mais do mesmo, como contrastadas com as dificuldades que encontraria em fazer algo mais ou que outro encontraria em tentar copiar seu sucesso (Nelson e Winter: 119, *apud* WINTER, 1993, p.190, tradução nossa)<sup>97</sup>.

Desde que as relações comerciais fixaram-se entre as nações e as economias se estabeleceram em torno da noção de mercado, aquelas passaram a se desenvolver em razão de forças de conjunto atuantes neste que provocaram a completa inviabilidade de ações isoladas de um único sujeito (o comerciante). A contrário senso, o empresário é sujeito que age coletivamente – sempre – quer se trate de empresário individual, quer seja sociedade

---

<sup>97</sup> “The point emphasized by evolutionary theory is that a firm with an established routine possesses resources on which it can draw very helpfully in the difficult task of attempting to apply that routine on a larger scale. . . . The replication assumption in evolutionary models is intended to reflect the advantages that favor the going concern attempting to do more of the same, as contrasted with the difficulties that it would encounter in doing something else or that others would encounter in trying to copy its success.”

empresária, e atua como elemento agregador de ações coletivas. É o que se infere das palavras de Rachel Sztajn, para quem:

Organizar equipes – tanto de prestadores de serviços (mão-de-obra) quanto de fornecedores de recursos (financeiros, matérias-primas, ou insumos), de forma tal que o resultado da função de produção seja maior do que a mera soma deles -, é o que caracteriza o empresário. Função utilidade das pessoas, que é avaliada por seus comportamentos, diante da combinação de recursos financeiros e de lazer. Definido o consumo, e somado ao bem-estar, que tem caráter não pecuniário, o empresário ajusta a relação entre ambos para reduzir custo de produção sem desestimular seus colaboradores. (SZTAJN, 2004, p.193).

A empresa surge, assim, como um axioma propício a essa ação coletiva, como atividade organizada em que as vertentes jurídicas (empresário, atividade e estabelecimento) e econômicas (custos de produção – custos de informação e transação – sob as vertentes de racionalidade limitada e de oportunismo) combinam-se para oferecer condições favoráveis ao desenvolvimento da economia.

### ***2.5.3 – A pessoa jurídica no contexto da teoria da empresa***

Dentre as questões inquietantes que comumente são tratadas no Direito de empresa, as que dizem respeito à disciplina da pessoa jurídica, merecem destaque, sobretudo, as que dizem respeito às sociedades, em razão de suas implicações de natureza e forma. Nesse contexto, o que interessa diretamente neste trabalho são as alusões à destinação abusiva da personalidade atribuída pelo Direito a certos tipos societários e que está ligada a aspectos de relativização desse instituto jurídico, identificado: na sociedade unipessoal (de fato ou de direito), nos grupos de sociedade (de fato ou de direito) e nas redes associativas de MPE's; face às questões ligadas ao desenvolvimento eficiente da atividade econômica.

Diante das assertivas alhures mencionadas, verifica-se que a noção jurídica de empresa é mais ampla do que a de pessoa jurídica, do mesmo modo que essa é mais ampla do que a de sujeito de direito. Na compreensão econômica neo-institucional, tanto a empresa como a pessoa jurídica, podem ser vistas como um feixe de contratos, em razão de tratar-se de atividade e não apenas ato, admitindo enfoque dinâmico (propriedade) e estático (contrato), resultante da técnica jurídica de imputação de deveres e direitos, vinculada às disposições normativas do ordenamento.

Desse modo, enquanto forma jurídica de organização dos vínculos humanos, a pessoa jurídica, vista como instituição, manifesta-se como uma realidade social e econômica, pois passível de desenvolver atividade econômica organizada ou não (a pessoa jurídica existe sem a empresa). A empresa, ao contrário, é forma de organização da atividade econômica e não subsiste sem a pessoa (física ou jurídica), pois necessita de um agente econômico (sujeito jurídico) que, revestido da condição jurídica de pessoa (personalidade), empenha-se na realização das práticas organizacionais, para que a propriedade dos bens de produção seja destinada à satisfazer os interesses econômicos, não apenas jurídicos, em que uma regulação mínima conduz a um melhor desempenho.

Convergem para a empresa diversos elementos entre os quais não se estabelecem traços de relevância de uns em relação aos outros, mas tão somente características de destaque, pois todos se integram na formação da empresa somando forças, que pode ser compreendida como um “Centro de Interesses”. A empresa, enquanto “Centro de Interesses” deve ter existência em si e não estar sujeita aos desígnios de apenas parte dos elementos que a integram, sob pena de não se realizar a organização que sustenta seu funcionamento.

A empresa, sob esse aspecto, é versátil e dotada de uma *vis attractiva*, isto é, um centro agregador de decisões composto:

- pelo empresário individual ou os membros que integram a sociedade empresária, que tem participação na tomada de decisões em razão de serem os empreendedores ou mesmo gestores na organização da atividade (empresa);
- pelos empregados, que possuem parcela de participação na tomada de decisões (Gestão Social), na medida em que integram postos de trabalho com significativa carga de responsabilidades; influenciam os aspectos de segurança do trabalho e gestão ambiental; deliberam sobre participação nos lucros e resultados financeiros anuais; integram grupo de participação social em tarefas junto às comunidades próximas baseadas em voluntariado solidário (responsabilidade social); opinam tecnicamente no desenvolvimento dos mecanismos que integram a organização da atividade econômica (melhoria, aperfeiçoamento e criação de produtos ou serviços);
- pelos clientes (conceito econômico), notadamente os consumidores, que possuem parcela de influência na tomada de decisões, pois para eles existe toda uma gama de direitos de personalidade que devem ser cumpridos; podem opinar nos desígnios dos produtos ou serviços ditando tendências que formam a opinião do mercado consumidor, que a atividade econômica organizada é dependente;

- pelos fornecedores, que alimentam os setores produtivos com matérias-primas e insumos necessários a produção de bens ou prestação de serviços, bem como o fomento de novas tecnologias, e compõem a maior parcela em termos quantitativos dos efetivos credores da atividade organizada, no qual inserem-se também as instituições financeiras, maiores responsáveis pela distribuição de riqueza monetária na economia globalizada; e
- pelos acionistas e investidores (*sharerolders*), que ditam as tendências de mercado quanto ao valor mobiliário dos ativos da empresa, além de participarem na tomada de decisões importantes que envolvem a atividade econômica.

As considerações acerca da pessoa jurídica no contexto do Direito de empresa, configurada no interior da doutrina do Direito, enquanto centro de imputação que se estabelece na argumentação da práxis, não pode prescindir das valiosas construções teóricas oferecidas pela ciência econômica, no que se refere à teoria dos custos de transação, sobretudo, quando se podem conjugar essas duas perspectivas sob orientação da Análise Econômica do Direito e incursionar pelos caminhos que revelam a composição estrutural e funcional da pessoa jurídica no contexto do estado econômico-financeiro da empresa.

A esse respeito, revela-se o problema da pessoa jurídica frente ao princípio da preservação da empresa, ou seja, a existência da pessoa jurídica como centro de imputação vinculada a perpetuação da atividade econômica (empresa) em suas relações internas e externas estabelecidas segundo o princípio da eficiência econômica, para que possam ser mantidos os vínculos jurídicos multilaterais e proporcionar condições favoráveis a uma reorganização da dinâmica empresarial no âmbito do mercado externo.

Harold Demsetz, concebe a empresa (*firm*) como um conjunto de contratos, ao revisitar a teoria da empresa, afirmar que:

A empresa vista corretamente é um "feixe" de contratos. Nosso interesse pôde centrar-se em explicar (1) a persistência de determinados tipos de contratos que são encontrados neste feixe, (2) a variação observada em outros tipos de contratos que são incluídos "mais ou menos" neste feixe, e (3) o espaço (horizontal e vertical) das atividades cobertas por estes contratos. (DEMSETZ, 1993, p.169-170, tradução nossa)<sup>98</sup>.

Nesta estrutura de feixe de contratos, o autor reconhece e identifica na empresa a necessidade de organização a partir da especialização que há em relação às pessoas e aos

---

<sup>98</sup> "The firm properly viewed is a "nexus" of contracts. Our interest might center on explaining (1) the persistence of certain types of contracts that are found in this nexus, (2) the variation observed in other types of contracts that are "more or less" included in this nexus, and (3) the (horizontal and vertical) scope of activities covered by these contracts."

recursos para a produção, seja por si mesma, seja por meio de cooperação de terceiros. Destarte, outro aspecto a se considerar é quanto a duração esperada das “associações”, que não podem se estabelecer a curto prazo, pois se assim for não ensejarão resultados de equipe. E, por fim, Demsetz menciona que deve haver um grau de direção consciente, para orientar os usos em que os recursos devem ser destinados. Para que haja um equilíbrio nessa estrutura, Demsetz afirma que:

A especialização, a continuidade da associação e a confiança na direção são características da coordenação “empresa-como”. Elas substituem os mercados da alto-suficiência e de marcas. Estas são freqüentemente características encontradas da organização “empresa-como” porque são produtivas em muitas circunstâncias. Esta produtividade deriva em parte das considerações do custo de transação e de monitoração, mas depende também de outras circunstâncias. Em particular, importantes são as circunstâncias que sustentam a aquisição e o uso do conhecimento. (DEMSETZ, 1993, p.171, tradução nossa)<sup>99</sup>.

Assim, percebe-se no pensamento de Demsetz que a empresa reveste uma forma de organização especializada de conhecimento que alcança e compõe seus limites, na medida em que propicie ao empresário a coordenação da atividade em razão da especialidade das pessoas associadas e dos recursos utilizados na produção. A conjugação de todos esses elementos conduz à compreensão da empresa como instituição necessária ao desenvolvimento econômico, pois possibilita a participação de diferentes níveis associativos em torno de uma mesma unidade de atividade, sem a qual o mecanismo do comportamento econômico não se realizaria, face aos custos de transação envolvidos na prática de ações oportunistas que combinadas somam-se para fornecer uma condição mais atraente no mercado.

Espera-se que o Direito seja capaz de alcançar essas novas combinações doutrinárias para poder oferecer uma resposta à racionalidade econômica, pelo que mister asseverar as palavras conclusivas de Eduardo Goulart Pimenta, para quem:

Sob esse perfil a eficiência do Direito está em minimizar (ou, hipoteticamente, acabar) com os custos de transação – mediante redução ou eliminação das dificuldades e gastos para contratação – de forma que, no exercício da empresa, haja uma maior quantidade e qualidade de trocas e relações jurídicas destinadas à organização dos fatores de produção.

[...]

Assim, a disciplina jurídica da empresa deve procurar reduzir os custos que o empresário enfrenta para fixar as relações jurídicas necessárias à aglutinação dos fatores de produção estabelecendo, por exemplo, regras claras de contratação, maior

---

<sup>99</sup> “Specialization, continuity of association, and reliance, on direction are characteristics of firm-like coordination. They substitute for self-sufficiency and spot markets. These are frequently found characteristics of firm-like organization because they are productive in many circumstances. This productivity derives in part from transaction and monitoring cost considerations, but it also depends on other conditions. Particularly important are the conditions that underlie the acquisition and use of knowledge.”

agilidade na formalização destes contratos e máxima eficiência no respeito aos direitos e deveres livremente estipulados pelas partes. (PIMENTA, 2006, p.56-58).

É fundamental que o Direito seja capaz de apreender e harmonizar, por um lado as dimensões da pessoa jurídica enquanto sujeito a direitos e, por outro lado a empresa enquanto organização da atividade econômica, compatibilizando-as com as proposições da Economia.

Como se pode perceber, a Teoria do direito desenvolvida a partir do método de concreção normativa favorece o entendimento dos aspectos contemporâneos do direito legislado a partir das normas constitucionais e sob a modalidade das cláusulas gerais, que lhe proporciona uma amplitude maior que a sistemática anterior. Por outro lado, reverenciando a noção de que o Direito admite uma percepção diferenciada, tem-se levado em conta as orientações de sua análise econômica (*Law and Economics*), para fins de buscar compreender como se dão os efeitos da eficiência no âmbito do Direito, já tão impregnado por reflexos da Economia, como se observa no Direito de empresa, notadamente, nas áreas do Direito Concorrencial, do Direito societário e agora também do novo Direito Concursal.

### 3 – O NOVO DIREITO CONCURSAL: UMA ANÁLISE DA RECUPERAÇÃO DA EMPRESA

*Não perder de vista o passado, isto é, a tradição, entender perfeitamente o presente, encarar com imaginação, intuição, inteligência e, acima de tudo, prudência e responsabilidade, as possibilidades de desenvolvimento do sistema em sua marcha evolutiva. (P. PAJARDI, 1980 apud LOBO, 1999a, p. 9)\**

A descrição da teoria da empresa oferecida pela análise econômica contemporânea revela aspectos novos à sua perspectiva jurídica, que parece ainda estar retida sob os resquícios dos estudos desenvolvidos pelos economistas neoclássicos, que viam a empresa como uma mera unidade de produção (sujeita às regulações de preço no mercado). Daí a proposta da escola econômica neo-institucionalista para compor um modo de estudo de fenômenos sociais sob o prisma de uma aproximação transdisciplinar, compatibilizando seus preceitos ao de outras ciências como o Direito, fato que tem sido negligenciado pelos juristas tradicionais, notadamente em sistemas de *Civil Law*.

A empresa, enquanto estrutura organizacional da atividade econômica, oferece condições favoráveis a essa análise multilateral e diferenciada a ensejar o estabelecimento de novas abordagens científicas, que apontem a compreensão mais efetiva de todas as dimensões envolvidas em seu alcance, ainda que sob o ponto de vista de seu estado de crise (dificuldade econômico-financeira).

O Direito Privado tem se ocupado de temas cada vez mais amplos, mas que envolvem as relações entre particulares, na opinião de Lorenzetti (1998, p. 404) ligados a “conduta dos consumidores, a publicidade, a oferta de bens e de serviços, a acessibilidade a eles, a organização das empresas, a concorrência, a propriedade sobre determinados bens.” Temas esses que encontram campo de análise também na microeconomia, conforme destaca Lorenzetti:

A microeconomia estuda a conduta dos agentes econômicos individuais e de mercados e indústrias específicos; seu centro de atenção soa os preços e as quantidades produzidas de bens e serviços específicos, e a forma em que os mercados determinam conjuntamente a distribuição dos recursos escassos entre os milhões de usos possíveis.

---

\* “Non perdere di vista il passato, cioè la tradizione, capire perfettamente il presente, prospettarsi con fantasia, intuizione, intelligenza e soprattutto prudenza e responsabilità, le possibili vie di sviluppo del sistema nella sua marcia evolutiva.”

Se tem-se em conta que o interessa da microeconomia é a conduta humana, os preços e a destinação de recursos escassos, compreende-se bem porque nossa especialidade relaciona-se com ela. (LORENZETTI, 1998, p. 404).

A proposta oferecida pelos economistas é enriquecedora nessa feição, conforme verificado alhures e fica evidente nas palavras de Rachel Sztajn, para quem:

Economistas, quando analisam os fenômenos da organização da produção, preocupam-se com os reflexos na microeconomia na organização industrial. Pensam a atividade como organização de fatores da produção, não como atos, mas como combinações de contratos. O operador do direito poderá partir dessa análise do fenômeno econômico não para descrever a organização, mas para apanhar os efeitos jurídicos por ela provocados e vê a atividade como unidade, *fattispecie* em si, e não como simples produto de uma série de atos coordenados para um fim. A atividade econômica empresarial é um fazer especial, porque implica produzir para mercados de forma continuada, não esporádica ou episódica. Dificuldade a ser enfrentados pelos operados do direito que, sob o argumento de que se trata de estrutura econômica, forma retórica de analisar comportamentos de pessoas em busca de utilidades, de maximização de bem-estar, de perseguição de riquezas, furtam-se da análise material do fenômeno. (SZTAJN, 2004, p. 130).

Apesar das opiniões fornecidas pelos juristas em torno da empresa, sua identificação no Direito ainda permanece indefinida, pois as respostas tendem a indicar uma tríplice feição (o empresário, o estabelecimento e a atividade) numa mesma realidade jurídica: a Empresa. A prática de relações econômicas não é algo que possa ser realizado por um único sujeito (empreendedor), pois necessita da participação mais ampla de outros agentes econômicos (investidores, financiadores, fornecedores, trabalhadores, consumidores, etc), já que inserida no contexto de mercado (*nexus of contracts*).

Para promover o equilíbrio nesse cenário, em que o risco e a incerteza não podem ser negligenciados, o Direito deve proporcionar a seus participantes instrumentos normativos ágeis que resultem na redução dos custos (de transação, de informação) presentes no mercado. Daí a exigência de renovação da agenda de pesquisa do Direito, para que os debates possam envolver postulados econômicos, conforme leciona Pimenta:

Estudar o Direito sob uma perspectiva econômica exige que a legislação seja analisada à luz dos custos que acarreta para os agentes, dos benefícios que traz para cada um deles e também do número de opções que podem ser legalmente oferecidas a esses sujeitos. Tal estudo só se valida se amparado por análises eminentemente quantitativas marcadas pela precisão matemática. (PIMENTA, 2006, p. 16).

Sob a influência da organização empresarial, a propriedade como um direito real absoluto também sofreu mudanças, porquanto deixou de ser exercido em toda sua amplitude pelo titular (na empresa a figura do proprietário não coincide com a do empresário) e revelou-

se a ruptura entre “a propriedade e o poder de controle” (COMPARATO, 1970, p. 69-84). Os aspectos identificados na figura do empresário passam a ser distribuídos entre os demais integrantes da empresa (diretores, gerentes, supervisores e operários), que assumem obrigações e responsabilidades na especificidade da distribuição dos recursos<sup>100</sup>, deixando o sócio ou o investidor apenas a propriedade fluida do capital ou as ações que o representam, o que acarreta a divisão entre a *iniciativa* e o *risco* no exercício da atividade empresarial e, conseqüentemente, a seu anonimato no empreendimento.

No confronto de questões como: iniciativa privada por um lado, risco e incerteza por outro; a perspectiva de insucesso não deve ser negligenciada no processo econômico que reserva muitas adversidades ao atuar do empresário, seguido por seus parceiros externos e colaboradores internos, pois está sujeito ao impacto de fatores exógenos e endógenos à empresa que influenciam sobremaneira na consecução dos resultados.

As preocupações que rondam este campo de estudo envolvem-se para a configuração de situação jurídica distinta daquilo que ordinariamente é esperado, pois causa enorme temor entre os diversos interessados, que se revelam, cada vez mais, em relações plurilaterais ou multilaterais divergentes, tais como: os credores negociais - com garantias/privilégios contratuais reais ou fidejussórias (financiadores e investidores); os credores não negociais - com garantias/privilégios legais (o Estado-credor que revela interesse dúplice, seja pela parcela tributária (credor fiscal), seja pela parte de defesa da ordem econômico-social (interesse público relevante), além dos trabalhadores); os credores negociais - sem garantia/privilégios ou quirografários (clientes [consumidores ou não] e fornecedores) e; por fim, o devedor - os empreendedores (sócios [controlador e os minoritários] e acionistas investidores [*shareholders*]).

Por tudo isso, o assunto tem suscitado muita inquietação na doutrina ou fora dela (no meio judiciário e no próprio mercado), porquanto o país passa por uma experiência de modernização da legislação pertinente à questão da interrupção de pagamentos no mercado empresarial, antes caracterizada como insolvência (Decreto-Lei n. 7.661/45), hoje reconhecida como situação de dificuldade econômica da empresa (Lei n. 11.101/05), evidenciando o chamado “Direito da Empresa em Crise”, na expressão cunhada por Angel Rojo Fernandes-Rio (LOBO, 1999b, p. 168). Alicerçado nas idéias de Giuseppe Baveta (1988), Jorge Lobo afirmava que:

---

<sup>100</sup> Para maiores detalhes ver: MASTEN, Scott E. **A legal basis for the firm**. In WILLIAMSON, Oliver E., and WINTER, Sidney G. *The Nature of the firm. Origins, evolution and, development*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 196-212.

[...], além e acima do interesse privado de composição dos conflitos entre devedor e seus credores, há o interesse público e social da reorganização, saneamento, preservação e desenvolvimento da empresa, na esteira, aliás, do pensamento do proficiente Massaguer Fuentes, segundo o qual o ‘Direito da Insolvência’, que, nos primórdios, era destinado apenas a salvaguardar os interesses dos credores e, depois, os interesses da economia nacional, tem, hoje, sem dúvida, por finalidade precípua proteger, por todos os modos e meios possíveis, os interesses sociais. (LOBO, 1999b, p. 168).

Em recente retorno ao debate desse tema, com base nos longos tempos de dedicação, Lobo (2005, p. 125) conclui que “o ‘Direito da Empresa em Crise’ tem natureza publicística e por fundamentos preceitos de ordem constitucional e legal, que visam salvaguardar a empresa, os postos de trabalho e os direitos dos credores”. Nesse aspecto, o caráter privatístico do superado Direito falimentar tradicional – prevalecente na regulação dos interesses creditícios até a primeira metade do século XX –, que centrava atenção apenas em torno do interesse dos credores e deixava o devedor a sua própria sorte, acarretando aumento nos custos de transação com reflexos no crédito público, revelou-se insuficiente para atender as exigências sociais e econômicas da atualidade globalizada, em que a integração de mercados afeta não só os credores, mas também toda a organização macroeconômica.

Tais circunstâncias acabam conduzindo a um estado de insolvabilidade do empresário devedor que provoca certa letargia na manutenção da regularidade dos compromissos assumidos, caracterizada na doutrina como estado de “dificuldade econômico-financeira” ou estado de “crise da empresa”, e suscita a implementação de decisões jurídicas que proporcionem, na medida do possível ou do razoável, à eficiente reorganização da empresa.

Neste trabalho, tratar-se-á das questões adversas que maculam a harmonia das relações e a estabilidade econômica que envolvem a empresa, tanto internamente, quanto no mercado aberto, sob o prisma da relativização da pessoa jurídica societária no Direito Concursal contemporâneo. A análise desses aspectos, que tocam a disciplina da empresa em crise em suas diversas peculiaridades, remonta, antes de tudo, à reflexão dos traços históricos do Direito Concursal, sobretudo a experiência brasileira.

### **3.1 – Esboço histórico do direito concursal brasileiro**

A evolução histórica Direito Concursal, segundo Abrão (1997, p. 20), com base em Gerardo Santini (1982), pode ser caracterizada em três distintas fases: 1) origem da falência

nos estatutos das cidades do norte da Itália na Era medieval até o início do século XX (Primeira Grande Guerra); 2) compreendida no período que medeia entre as duas Grandes Guerras; e 3) marcada pelas transformações sociais e econômicas do segundo pós-guerra estendendo-se até os dias atuais. Apesar disso, para Abrão (1997) algumas ressalvas são cabíveis a esses marcos históricos, pois a terceira fase define-se com mais nitidez a partir de 1965 com o relatório da Inspeção Geral de Finanças em França, além de admitir que se possa inserir uma quarta fase com as incisivas alterações havidas pela lei francesa de 1985, que “introduziu características originais na enfocação e na metodologia dos procedimentos concursais.” (ABRÃO, 1997, p. 20). Entretanto, entende-se que esta observação ainda merece reparos, apesar de toda autoridade acadêmica do autor, porquanto mais uma vez o Direito francês recebe influência dos avanços alcançados no Direito anglo-americano, notadamente da *corporate reorganization* de 1938 “ab initio” e posteriormente do *Bankruptcy Code* de 1978. (COMPARATO, 1970, p. 113 ss.).

Na primeira fase, o procedimento falencial destaca-se pelo traço de execução solutória-liquidatória, identificado pelas alterações introduzidas no período clássico ao Direito Romano, por meio da *accessio bonorum*, criada pela *Lex Julia* no ano de 737 a. C. em Roma, que estabeleceu a execução coletiva sobre os bens do devedor e, novos contornos que essa característica executória adquiriu no período medieval, ao se reconhecer um traço punitivo ao instituto que recaía sobre a ação do devedor, que acuado pelos credores, implementava fuga para não ser encarcerado, “donde nasceu a expressão bancarrota, ou *banque en route*.” (ÁLVARES, 1977, p. 45). Apesar disso, foram estabelecidos posteriormente mecanismos como o salvo-conduto ao devedor por um período de dois anos, para que este pudesse retomar a liberdade ou regressar de sua fuga, durante o qual os credores não poderiam dispor de seus bens, bem como, as *lettres de répit* criadas por Luís XIV em França, como forma de moratória *sine die*, que impedia a execução pelos credores, referida por Provincialli como procedimento de caráter publicístico da moderna concordata, mas foi com o código comercial de 1807 em que se estabeleceram regras mais claras a sua disciplina. (ÁLVARES, 1977, p. 45).

Na segunda fase, marcada pelo período entre guerras, apesar de ter havido inúmeras tentativas de avanço na disciplina do instituto da falência, as adversidades políticas e econômicas impediram que se efetivasse a tendência social sobre a noção de propriedade, apesar dos esforços implementados em diversos países no intuito de buscar-se a continuação da empresa e não sua liquidação.<sup>101</sup> Nesse período tem-se as iniciativas da lei espanhola de

---

<sup>101</sup> Para Abrão (1985, p. 11) citando Santini (1982): “Ainda que enunciado nos motivos que inspiraram os legisladores, este fim não incidiu na utilização prática dos remédios em favor da coletividade, tendo em conta

26-07-1942 da “administração controlada”, bem como as propostas de “acordos preventivos” oriundos da lei alemã (*Vergleichsverfahren*) de 1935, da lei italiana de 1942 (concordata preventiva), do Direito Inglês (*deeds of arrangement*), da legislação francesa de 1955, além da norte-americana (*Chandler Act*) de 1938. (ABRÃO, 1997, p. 32).

A terceira fase insere-se numa conjuntura social e econômica mundializada, em que as recentes transformações produzidas pela última Grande Guerra provocaram a divisão ideológico-política entre os países do ocidente e do oriente europeu, enfraquecendo suas influências sobre o resto do mundo e proporcionando um novo marco regulatório entre os países de vocação liberal capitalista e os vinculados às tendências socialistas soviéticas. Nesse cenário, onde o fortalecimento do Estado Social, mesmo nos países que se mantiveram alinhados àquela postura de organização social e econômica, acabou gerando mudança na solução da crise da empresa do âmbito jurídico para o econômico, evidenciado pela postura intervencionista do Estado em favor do crédito público e da permanência dos ativos circulantes no mercado. (ABRÃO, 1997, p. 32).

A evolução histórica do Direito falimentar no Brasil compreende todas as fases acima mencionadas, muito embora seja pertinente notar que houve certa inércia do legislador pátrio em acompanhar as recentes inovações do Direito Comparado. A história do Direito falimentar brasileiro compreende quatro fases: **I** – a primeira inicia-se no período imperial com o advento do Código Comercial de 1850 e termina após a instauração da República em 1889; **II** – a segunda fase começa com o Decreto republicano n. 917 de 24 de outubro de 1890 e vai até o ano de 1908; **III** – a terceira fase abre-se com Lei n. 2.024 de 17 de dezembro de 1908 e perdura até o ano de 1945; e **IV** – a quarta fase é marcada pelo Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945 e mantém-se até o ano de 2005 (VALVERDE, 2001, p. 9-11). Acredita-se que a partir da Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, descortina-se um novo tempo (quinta fase) na disciplina falimentar no Brasil, mediante a inserção de uma nova metodologia concursal voltada à disciplina de recuperação da empresa em crise.

A experiência brasileira tem, inicialmente, suas origens no Direito Português que se aplicava aqui no período colonial. Nessa época, vigorava no Brasil as Ordenações Afonsinas de 1446, que tratava da matéria falimentar ainda com base na *cessio bonorum* e a disciplina da moratória (*inducias moratórias*). Em 1521, inseriu-se as Ordenações Manuelinas, que manteve as mesmas orientações anteriores, sendo substituídas no ano de 1603, com o

---

especialmente a impossibilidade jurídica ou política de impedir que o benefício favorecesse, na grande maior dos casos, as empresas já não recuperáveis e finalmente acercadas de uma liquidação”.

surgimento das Ordenações Filipinas<sup>102</sup>, que pouco avanço representou à disciplina punitiva de outrora. (ÁLVARES, 1977, p. 45).

Destaca-se ainda nesse período, o Alvará de 13 de novembro de 1756, promulgado pelo Marquês de Pombal. O Alvará foi considerado como marco no Direito falimentar Brasileiro, pois segundo Almeida no texto normativo:

Impunha-se ao falido apresentar-se á junta do Comércio, perante a qual "jurava a verdadeira causa da falência". Após efetuar a entrega das chaves "dos armazéns da fazenda", declarava todos os seus bens "móveis e de raiz", fazendo entrega, na oportunidade, do Livro Diário, no qual deveria estar lançados todos os assentos de todas as mercadorias, com a discriminação das despesas efetuadas. Ultimado o inventário dos bens do falido, seguir-se-ia a publicação do edital, convocando os credores. Do produto da arrecadação, dez por cento eram destinados ao próprio falido para o seu sustento e de sua família, repartindo-se o restante entre os credores. Fraudulenta que fosse a falência, era decretada a prisão do comerciante, seguindo-se-lhe o processo penal. (ALMEIDA, 2002, p. 06).

Outro aspecto que merece ser evidenciado nesse momento da história é relativo à questão do crédito público, conforme palavras de Álvares:

apesar de ainda muito matizado no interesse particular, já o direito português, também aplicado no Brasil, no período colonial e mesmo até 1850, era expresso, no alvará de 12 de março de 1760, no objetivo de consolidar o crédito público, pois “sendo o crédito público do mesmo comércio de tanta importância, não pode nunca haver providência, que a respeito dele seja demasiada”, e outro famoso alvará, de 13 de novembro de 1756, visava “consolidar o crédito público das praças deste Reino.” (ÁLVARES, 1977, p. 28-29).

Após a independência foi instituída a Lei de 30 de outubro de 1823, primeira disposição normativa a tratar da matéria de quebras no período do Brasil Império, que determinou a aplicação do Alvará de 18 de agosto de 1769 (Lei da Boa Razão), “segundo a qual deveriam ser aplicadas subsidiariamente as leis das nações civilizadas, afastando o devedor, de forma definitiva da prisão ou da pena de morte.” (SADDI, 2005, p. 200). Em razão disso, passou-se a observar no Brasil imperial o código comercial francês de 1807, resultando em “profunda influência do direito francês na evolução de nosso direito, inclusive em matéria falimentar.” (REQUIÃO, 1998, p. 21). A esse respeito assevera Guimarães que:

---

<sup>102</sup> Nesse período para os mercadores “que se levantavam com fazenda alheia”, segundo Almeida (2002, p. 05), eram impostas penas que variavam do degredo até a pena de morte, mas para os que caíssem “em pobreza sem culpa sua”, era dado tratamento diferente. Acrescenta o autor que: “E os que caírem em pobreza sem culpa sua, por receberem grandes perdas no mar, ou na terra em seus tratos e comércios lícitos, não constando de algum dolo, ou malícia, não incorrerão em pena alguma crime. E neste caso serão os autos remetidos ao Prior Cônsules do Consulado, que os procurarão concertar e compor com seus credores, conforme a seu Regimento.” (ALMEIDA, 2002, p. 05-06).

Quando da independência, esse amalgama legislativo passou para o Brasil por força da lei de 30 de outubro de 1823 e perdurou, incoerente e indefinido, até o ano de 1850, salvo no que concernia ao Direito Penal, matéria desde cedo inovada pelo Código Criminal de 1830, cujo artigo 263 punia a bancarrota “qualificada de fraudulenta na conformidade das leis do commercio.” (GUIMARÃES, 2001, p. 51).

Em 1850 surgiu o Código Comercial (Lei n. 556, de 25 de junho de 1850), dedicando a terceira parte ao título “Das Quebras” em seus artigos 797 a 913, que representou “a proeza de ser inconveniente para tôdas as partes: ‘vexatório para o falido e ruinoso para os credores’, na expressão de Campos Sales”. (COMPARATO, 1970, p. 98). A seguir, apareceu o Decreto n. 738, de 25 de novembro de 1850, que dispunha sobre o processo para as falências, “trazendo uma novidade com a criação do curador da massa falida, como função pública”. (ÁLVARES, 1977, p. 47). Esse Decreto foi modificado ou ampliado pelo Decreto n. 1.368, de 18 de abril de 1854 e pelo Decreto n. 1.597, de 01 de maio de 1855, de maneira especial “quanto à concordata, nomeação de administradores em caso de destituição, concessão do recurso de agravo, extinção da divisão do processo em duas partes e determinação clara da extensão das atribuições do curador fiscal.” (GUIMARÃES, 2001, p. 51-52).

Alguns acontecimentos de vulto marcaram a necessidade de mudanças na legislação falimentar então codificada. Destaca-se nos relatos de Requião (1998, p. 22-23) a falência da Casa Bancária Vieira Souto em 1864, que gerou uma enorme crise financeira no Rio de Janeiro, conduzindo à concessão de moratória por sessenta dias aos estabelecimentos bancários e a elaboração legislativa de nova disciplina para o setor bancário por meio dos Decretos n. 3.308 e 3.309 de 1864, ambos revogados pelo Decreto n. 3.516 de 1865. Logo após, surgiu a Lei n. 3.065 de 1882, que alterou o Código Comercial de 1850, para admitir a aceitação da concordata suspensiva vinculada apenas à aprovação da maioria dos credores presentes na assembléia, além de inserir o instituto da concordata preventiva (SADDI, 2005, p. 200).

Esta alteração é marcada pelas dificuldades enfrentadas pelo Visconde de Mauá, que não conseguiu reunir todos os seus 3.000 credores espalhados no Brasil e no exterior e como consequência restou impossível o seu acesso à concordata, pois o art. 847 do Código dispunha como válida a concordata que “fosse concedida pelos credores que representassem pelo menos a maioria em número, independentemente de seu comparecimento na assembléia e dois terços do valor de todos os créditos sujeitas aos efeitos da concordata.” (REQUIÃO, 1998, p. 22). A modificação das regras falimentares, nesse aspecto, deve-se a sua iniciativa junto ao parlamento em 1789, para que o benefício fosse concedido apenas pela manifestação da maioria dos credores presentes na assembléia, “tornando então exequível a concordada por

abandono.” (REQUIÃO, 1998, p. 22).

Essas alterações, “provadas quase todas por situações urgentes a resolver” (VALVERDE, 2001, p. 09), produziram a inserção no Direito Brasileiro do sistema de liquidação forçada das instituições financeiras e bancárias, além de representarem a preocupação do Estado em não permitir que as quebras em setores de crédito ou de grandes empreendimentos afetem outras áreas da economia.

Na época republicana do Brasil, a partir desse cenário inicial, torna-se intensa a produção legislativa em matéria falimentar, sem contudo revelar significativos avanços ao Direito anterior.

Assim, tem-se o Decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890, adotado pelo Governo Provisório e elaborado pelo conselheiro Carlos Augusto de Carvalho que “de tal modo se empenhou o ministro e tantos eram os méritos do jurista, que ao fim de quatorze dias, a tarefa estava realizada.” (FERREIRA, 1955, p. 23). Esse Decreto revogou, integralmente, as disposições sobre falências do Código Comercial e do Decreto n. 738/1850. O Decreto n. 917/1890, que representou a primeira lei brasileira complementar (não codificada) em matéria falimentar e marcou a dicotomia do Direito Privado pátrio, caracterizava a falência pela falta de pagamento de obrigação mercantil líquida e certa no seu vencimento (impontualidade)<sup>103</sup>, além de estabelecer, como meio preventivo à decretação da falência, a Moratória e a Concordata por abandono, que “consistiu na adjudicação parcial ou total dos bens da massa aos credores, para pagamento do passivo.” (ABRÃO, 1997, p. 54).

Diante das dificuldades econômicas da época, marcadas pelo “encilhamento”, esses instrumentos passaram a receber críticas e reclamações para sua substituição por outra lei para regulamentar a matéria. Surgiu, então, a Lei n. 859, de 16 de agosto de 1902; regulamentada pelo Decreto n. 4.855, de 02 de junho de 1903, com a qual “as concordatas tornaram-se impraticáveis.” (COMPARATO, 1970, p. 98). Conforme lecionou Ferreira (1955, p. 25) “não era possível, porém, em simples regulamento, refundir e melhorar a lei mal concebida, sem derogá-la. Carecia o ato governamental de fôrça para tanto. Aumentou-se, com isso, a balbúrdia.” Em razão do momento de crise generalizada, apesar dos esforços da época, verifica-se que esta lei procurou vedar os abusos ocorridos principalmente no que se refere às moratórias, não propiciando porém, o alcance esperado para a solução dos conflitos em matéria falimentar. (VALVERDE, 2001, p. 09).

---

<sup>103</sup> Ao modificar a regra da cessação dos pagamentos, que vigorava anteriormente (art. 797, Código Comercial de 1850), o Decreto n. 917/1890 lançou o princípio da impontualidade como elemento caracterizador da falência, o qual permanece influenciando o direito falimentar no Brasil mesmo após a promulgação da atual Lei Concursal de 2005 (art. 94, I, da Lei n. 11.101/2005).

Não tardou e o Decreto n. 917/1890 foi revisto pela Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908; elaborada a partir do trabalho de J. X. Carvalho de Mendonça. Importante para o Direito falimentar Brasileiro, esta lei apresentava como características essenciais, conforme leciona Abrão:

I - a impontualidade como caracterizadora da falência; II - a enumeração das obrigações cujo inadimplemento denota a falência; III - alinhou os chamados atos falimentares, a exemplo do Direito Inglês; IV - suprimiu a concordata amigável, admitida só a judicial; V - conceituou os crimes falimentares e estabeleceu que o procedimento penal correria em autos apartados e, a partir do recebimento da denúncia (àquela época pronúncia) perante o juiz criminal; VI - determinou a escolha de um até três síndicos, conforme o valor da massa, entre os maiores credores. (ABRÃO, 1997, p. 55).

Devido à criteriosa elaboração de seus preceitos, essa lei disciplinou a matéria falimentar durante toda a primeira república (República Velha), apesar disso significou a “volta às grandes linhas do Decreto n. 917.” (COMPARATO, 1970, p. 98-99).

Ao final da década de vinte sobreveio o Decreto n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929, cuja aparência era próxima à lei anterior (Lei n. 2.024/1908), porém revisava alguns de seus aspectos que apresentavam imprecisão, de acordo com argumentos de Waldemar Ferreira:

As inovações sugeridas no ante-projeto foram, realmente, relevantes. Não cortaram a tradição do direito falimentar brasileiro. Nem desfiguraram a lei de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA. Reajustaram-na, ao contrário, às necessidades da prática mercantil e forense, mantendo até os mesmos números aos seus artigos. Dominou-as o propósito de melhorar conservando. Sobrerrelevaram as atinentes à verificação dos créditos e às condições para a propositura da concordata preventiva. (FERREIRA, 1955, p. 28).

Esse Decreto “restringiu novamente os direitos do devedor na falência, além, de tornar mais difíceis as concordatas: as taxas mínimas de pagamento na proposta foram elevadas, garantias reais ou fidejussórias eram sempre exigidas do concordatário.” (COMPARATO, 1970, p. 99). Além disso, houve “a diminuição do número de síndicos de três para um e a instituição de porcentagem sobre os créditos para a concessão da concordata.” (SADDI, 2005, p. 201). Para Darcy Bessone (1995) esse Decreto preocupou-se em estabelecer um bom sistema de verificação e classificação de créditos, asseverando que dessa forma esses atos passaram ser realizados conjuntamente e não de modo sucessivo. Esse autor ainda destaca que:

Adotou-se, para a caracterização do estado de falência, a impontualidade, além de certos casos especificamente mencionados. Foram instituídas as concordatas

preventiva e suspensiva. Em função dos dois períodos da falência – informação e liquidação – estabeleceu-se a figura do síndico escolhido pelo juiz e a do liquidatário eleito pelos credores. (BESSONE, 1995, p. 15).

Por outro lado, na análise de Waldemar Ferreira:

A lei de 1929, em verdade, pelo que afirmam as estatísticas publicadas, alcançou, em grande parte, seu objetivo. As falências, que antes se decretavam a granel, e terminavam por concordatas miseráveis, de um a cinco por cento, rarearam sobremodo. Os números índices baixaram sensivelmente. Não podia, evidentemente, operar o milagre de acabar com a fraude, mais dos homens, que das leis. (FERREIRA, 1955, p. 28).

Este Decreto vigeu até 1945, quando foi revogado pelo Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, anterior Lei de Falências. A mencionada Lei é fruto da iniciativa de Trajano Miranda Valverde em 1939, cujo anteprojeto foi abandonado e confiado em 1943 a uma comissão composta pelos juristas: Noé Azevedo, Sylvio Marcondes, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, Philadelpho Azevedo, Hehnemann Guimarães e Luís Lopes Coelho. (ABRÃO, 1997, p. 56). O projeto que resultou no Decreto-Lei n. 7.661/1945, para Bessone, destacava-se por ter:

[...] mantido o critério da impontualidade para a caracterização da falência; suprimiu-se a figura do liquidatário, para que a atividade do síndico abrangesse também o período de liquidação; emancipou-se a concordata da influência dos credores, ficando a sua concessão na dependência da reunião de certos requisitos; de um modo geral, foi virtualmente eliminada a influência dos credores, sempre sujeita a conluios e arranjos, em relação aos assuntos fundamentais da falência; modificou-se profundamente o sistema penal que já não tem por bases as figuras da falência culposa e da falência fraudulenta. (BESSONE, 1995, p. 16).

Esta lei, que vigorou no Brasil por mais de meio século, apresentou ainda como características ao Direito falimentar: a Assembléia de credores foi praticamente abolida (restringida apenas à disciplina dos arts. 122 e 123), gerando a diminuição da influência destes e o reforço dos poderes do juiz e do síndico; a concordata (preventiva e suspensiva) deixou de ter natureza contratual, não estava mais sujeita a manifestação dos credores, e passou a ser um benefício que o juiz concede ao devedor (favor legal); destaca-se, ainda, a disciplina de curso paralelo para o processo falimentar e o criminal. Observa-se, assim, que esta Lei ainda estava atrelada aos padrões regulatórios da primeira e segunda fase do Direito Concursal Comparado, evidenciando sua natureza executória e procedimento liquidatório-solutório.

Como resultado dessas características, a Lei Falimentar de 1945 foi alvo de inúmeras críticas pela doutrina contemporânea a partir da década de setenta do século passado nas diversas manifestações (COMPARATO, 1970<sup>104</sup>; REQUIÃO, 1974<sup>105</sup>; ABRÃO, 1978<sup>106</sup>; FRONTINI, 1978) e, recentemente, surgiram outras opiniões (SANT'ANNA, 1986<sup>107</sup>; LOBO, 1993). A esse respeito, destaca Nelson Abrão que:

Tivemos ocasião de assinalar que: a) a inadequação da Justiça para tomar com urgência as providências necessárias e o desconhecimento técnico dos julgadores têm dado margem à ocorrência de casos calamitosos em matéria de falência e concordata no Brasil; b) o grande problema do Direito falimentar brasileiro está na índole eminentemente processual e repressiva. A ênfase de nossa legislação recai sobre questões de ordem puramente técnico-jurídica, quando o fundamental nessa matéria é o elemento econômico; c) a falência, entre nós, acaba tendo a finalidade única de liquidar a empresa e punir penalmente o empresário; d) em outros países, como na Inglaterra, os Estados Unidos, a França e, mesmo, a Argentina, a lei tem uma função preventiva e saneadora; e) a criação de varas especializadas em falência capacitaria melhor os julgadores em matéria econômica; f) a concordata preventiva, tal qual se encontra regulada atualmente, de concessão baseada puramente em elementos formais, enseja fraudes e prejuízos aos credores (cf. Gazeta Mercantil, São Paulo, ed. de 9 e 11 de julho de 1977, p. 7). (ABRÃO, 1997, p. 57-58).

Não menos diferente é a abordagem proferida por Frontini (1978), que prefere falar em pontos críticos ao se referir a necessidade de reforma da legislação anterior:

1.º *ponto crítico*: inviabilidade da falência, tal como hoje estruturada na legislação brasileira, para fazer lograr os fins a que o instituto se propõe; 2.º *ponto crítico*: impraticabilidade da fórmula operacional escolhida pelo legislador falimentar brasileiro para dar rápida e eficiente solução aos conflitos de interesse ínsitos no concurso falimentar; 3.º *ponto crítico*: imprestabilidade dos mecanismos destinados a evitar a deturpação da falência; 4.º *ponto crítico*: incompleta especificação dos destinatários do instituto da falência e da concordata. (FRONTINI, 1978, p. 44).

Apesar das críticas, a lei falimentar passou por inúmeras alterações, iniciadas a partir de 1964 que conduziram ao favorecimento do credor em detrimento do devedor. Assim, tem-se a Lei nº 3.726, de 11.2.1960 que deu prioridade aos créditos trabalhistas; a lei n. 4.983, de

<sup>104</sup> Segundo Comparato (1970, p. 102): “O mínimo que se pode dizer nessa matéria é que o dualismo no qual se encerrou o nosso direito falimentar – proteger o interesse pessoal do devedor ou o interesse dos credores – não é de molde a propiciar soluções harmoniosas no plano geral da economia. O legislador parece desconhecer totalmente a realidade da empresa, como centro de múltiplos interesses – do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, do fisco, da região, do mercado em geral – desvinculando-se da pessoa do empresário.”

<sup>105</sup> REQUIÃO, Rubens. **A crise do direito falimentar brasileiro: Reforma da lei de falências**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, Ano XIII, n. 14. p. 23-33, 1974.

<sup>106</sup> ABRÃO, Nelson. **Algumas sugestões para uma nova lei concursal**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, Ano XVIII, nova série, n. 31. p. 31-41, 1978.

<sup>107</sup> SANT'ANNA, Rubens. **A falência da empresa: Realidade contemporânea e perspectivas futuras**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, Ano XXV, nova série, n. 64. p. 37-46, out.-dez. 1978.

18 de maio de 1966, que visava evitar o que se chamou de “indústria das concordatas”<sup>108</sup>; o Decreto-Lei n. 858, de 11 de setembro de 1969 que impôs correção monetária aos débitos fiscais do falido; o Decreto-Lei n. 669, de 3 de julho de 1969, que suprimiu as concordatas para as empresas prestadoras de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica; a Lei n. 6.014, de 27 de dezembro de 1973, que adaptou ao Código de Processo Civil de 1973 os dispositivos processuais da lei de falência; a Lei n. 6.458, de 1º de novembro de 1977, que incluiu a duplicata como direito líquido e certo; a Lei n. 7.274, de 10 de dezembro de 1984, que alterou as regras sobre a concordata; a Lei n. 8.131, de 24 de dezembro de 1990, que alterou as regras sobretudo a respeito da concordata suspensiva e; a Lei n. 9.462, de 19 de junho de 1997, que determinou fosse dada maior publicidade aos editais, avisos, anúncios e quadro geral de credores na falência, na concordata e na insolvência civil.

Nota-se que essas sucessivas alterações em nada serviram para aproximar a lei falimentar anterior aos sistemas modernos de Direito Concursal, reverenciados no Direito Comparado em sua terceira fase, ou seja, a fase da *corporate reorganization*, da *sauvetage de l'enterprise*, da *salvataje de la empresa*, da *amministrazione controllata*, verificada no Direito Norte-Americano, Francês, Espanhol e Italiano, respectivamente. Tal como as leis que lhe antecederam, o Decreto-Lei n. 7.661/1945 necessitava de profundas reformas, que a atualizasse, no que concerne à reorganização jurídica do empresário devedor e a manutenção da empresa em crise no meio social e econômico, para que o Direito falimentar pudesse deixar de ser um meio apenas à liquidação e ao encerramento das atividades da empresa.

Para suprir essa necessidade de adequação da legislação de falência à imperante realidade que já há muito vinha se afirmando no cenário internacional e nacional, teve início no final de 1993 os trabalhos para adequação da legislação brasileira aos mecanismos concursais mais adequados ao estado da crise da empresa, que permitisse a entrada do Brasil no seleto grupo de países detentores de uma disciplina normativa apropriada ao tratamento de recuperação de empresas em dificuldade econômico-financeira e que atendessem ainda os fins sociais vinculados à manutenção dos empregos, bem como favorecesse medidas para o efetivo acesso dos credores a realização de seus direitos com a consequente redução nos custos do crédito público.

O Poder Executivo, através da Mensagem n. 1.014, de 22 de dezembro de 1993, encaminhou ao Congresso Nacional o texto do projeto de lei, elaborado pelas Comissões

---

<sup>108</sup> Os efeitos desta lei já se fazem sentir no ano de 1967, conforme demonstra relato estatístico de Fábio K. Comparato (1970, p. 10).

constituídas pelas Portarias do Ministério da Justiça n. 233/1991 e n. 552/1992, acompanhado da Exposição de Motivos do então Ministro da Justiça, Maurício Corrêa, que posteriormente passou pelo Supremo Tribunal Federal. Tal iniciativa deu origem ao Projeto de Lei n. 4.376/93, que tramitou na Câmara sob a relatoria do Deputado Osvaldo Biolchi. Nessa fase, foram apresentadas inúmeras alterações ao texto da subemenda aglutinativa global às emendas de plenário ao substitutivo adotado pela Comissão Especial ao PL nº 4376/B, de 1993 (PL nº 205, de 1995, apensado), alterando ou suprimindo artigos. O texto da nova Lei de Falências foi aprovado, em 15 de outubro de 2003, na Câmara dos Deputados. Após dez anos de tramitação na Câmara, o projeto recebeu quase 500 emendas<sup>109</sup>.

A matéria seguiu para apreciação do Senado Federal, em 23 de outubro de 2003, quando se iniciou o trâmite do Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara n. 71, de 2003 (PL n. 4.376, de 1993), sendo nomeado relator o Senador Ramez Tebet. Em 06 de julho de 2004 é aprovada a redação final com algumas alterações. Com isso, fez-se necessário seu reenvio à Câmara dos Deputados para nova apreciação.

Em 14 de dezembro de 2004, após mais de dez anos de tramitação, a Câmara aprovou o Projeto de Lei n. 4.376/93, que estabelece novas regras para a falência e institui as figuras das recuperações judicial e extrajudicial. O texto que os deputados acatam é o substitutivo do Senado Federal, face ao parecer favorável ao substitutivo dos senadores do relator da matéria na Câmara, deputado Osvaldo Biolchi, que propôs a retirada de alguns dispositivos.

Em 17 de dezembro de 2004 ocorre a remessa do texto ao palácio do planalto, através da Mensagem nº 43/04, para sanção do presidente da República, que vetado parcialmente é transformado na Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, depois de 11 anos tramitando no Congresso Nacional, a lei cria efetivas condições para que empresas viáveis se recuperem e, se não for possível, promovam um rápido e eficiente processo de falência.

O texto da Lei n. 11.101/05 possui 201 artigos, divididos em oito capítulos: Disposições Preliminares (Capítulo I), Disposições Comuns à Recuperação Judicial e à Falência (Capítulo II), Da Recuperação Judicial (Capítulo III), Da Convolação da Recuperação Judicial em Falência (Capítulo IV), Da Falência (Capítulo V), Da Recuperação Judicial (Capítulo VI), Das Disposições Penais (Capítulo VII), e Disposições Finais e Transitórias (Capítulo VIII).

---

<sup>109</sup> Tramitação do PL n. 4.376/93 na Câmara dos Deputados. Disponível em: [http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=20846](http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=20846). Acesso em: 11/07/2007.

Nesta parte do trabalho, pretende-se analisar aspectos da nova lei concursal brasileira numa abordagem mais generalista, com o propósito de oferecer uma base propedêutica à argumentação a ser problematizada na parte conclusiva.

### 3.2 – A recuperação da empresa no contexto do direito privado

A recuperação da empresa em crise revela-se em realidade contemporânea concebida no cenário de redefinição do Direito Privado, que passa por questionamentos trazidos pelas novas temáticas de transposição da ordem natural eminentemente privada pelos apegos da funcionalização do Direito; pela rediscussão das questões que informam sobre a unificação da disciplina privada entre os âmbitos civil e empresarial; bem como pela abertura do sistema normativo através da opção legislada a partir de cláusulas gerais. Tudo isso submetido à apreciação das orientações da Análise Econômica do Direito, que oferece significativas contribuições a uma abordagem mais envolvente dessa mudança atualizadora na disciplina jurídica da empresa em crise.

A afirmação do Estado Social impulsionou transformações segmentadas e profundas na ordem jurídica oitocentista, que culminaram com as práticas de intervenção estatal na economia e de socialização e publicização do Direito Privado<sup>110</sup>. Tais aspectos foram retratados por Michele Giorgianni, que os descreve como limites ao atuar da iniciativa privada e indica como traços de suas incidências no campo do Direito Privado:

as normas que alargam a relevância da boa-fé, que impõem a lealdade na contratação e no adimplemento das obrigações, que reprimem o abuso do direito, que tutelam o contrante mais frágil. Outras, ao revés, custam a se inserir no sistema, e apresentam-se ainda como uma superestrutura do sistema liberal, como as normas que impõem obrigações de contratar, proíbem coalizões, fixam preços de mercadorias ou de serviços, impõem mínimos salariais, ou seja, as que estabelecem obrigações ou vínculos à propriedade, principalmente a da terra. (GIORGIANNI, 1998, p. 49).

Resulta dessa modificada perspectiva a relativização da validade da *summa divisio*, em que “os institutos privatísticos tradicionais – como a propriedade, o contrato, a obrigação –

---

<sup>110</sup> Para maiores detalhes ver: NEGREIROS, Teresa. **A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios**. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. 2.ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 343-381. LUDWIG, Marcos de Campos. **Direito público e Direito Privado: A superação da dicotomia**. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

revelam-se instrumentos insuprimíveis da atividade econômica dos particulares, tanto que lhe foram acrescentadas *novas expressões de autonomia privada*, como, por exemplo, *a empresa*". (GIORGIANNI, 1998, p. 50, grifo nosso).

Destaca ainda Giorgianni que:

A "socialização" não indica, portanto, uma superestrutura do sistema liberalista ainda hoje codificado, mas constitui o sinal revelador de um sistema que – mesmo não tendo rompido os liames com o precedente – adquire uma autonomia cada vez mais evidente. Por outro lado, o Direito Privado absolutamente não perdeu territórios, mas, se poderia dizer, adquiriu novos, impondo o uso de seus instrumentos à atividade econômica do Estado e dos entes públicos. Esta feição, lentamente adquirida, explica a inutilidade das tentativas feitas recentemente na Itália de submergir o Direito Privado, ou melhor, grande parte dele em um amorpho "Direito Econômico", como se o Direito Privado, no seu milenário caminho, tivesse podido se afastar da economia. Talvez tenham-se afastado, por vezes, as formulações teóricas dos juristas, mas jamais o "Direito", entendido como experiência viva, ligado por um indissolúvel cordão umbilical à vida econômica e social de cada época. (GIORGIANNI, 1998, p. 55).

Logo, não é difícil perceber que o Direito que se afirma como privado possui muitas facetas e campos diversos para estender sua área de influência ou mesmo absorver traços de outras áreas do conhecimento.

Outro tema presente em debates antigos na doutrina, hoje menos relevante do que foi no passado, é o que trata da dicotomia do Direito Privado, ou seja, a autonomia do direito comercial (direito empresarial) frente ao direito civil; ou sobre a sua unificação, que envolve aspectos formais (normas presentes em um único código) e substanciais (normas destinadas a regular a atividade dos empresários comerciantes e civis). Adepto da corrente autonomista, destaca Arnoldi (1989, p. 97) ser de "absoluta conveniência e necessidade que deva ser mantida a autonomia substancial, mesmo em caso de unificação formal." E em reforço a esse argumento, acrescenta o autor que "a separação do Direito Comercial do Direito Civil também é medida imperiosa e, como consequência lógica, é de toda conveniência que se mantenha a própria autonomia formal, como corolário da autonomia substancial." (ARNOLDI, 1989, p. 97).

Segundo ressalta Arnoldi (1989, p. 98) tal não se verifica em países como a Alemanha, França, Espanha e Portugal, que mantêm uma legislação específica para tratar das relações empresariais distinta das relações civis. A unificação do Direito Privado teve como marco na experiência jurídica de países de tradição romano-germânica o Código Civil Italiano de

1942<sup>111</sup>. Contudo nem mesmo nesse País o processo de unificação ocorreu de forma absoluta, porquanto a legislação falimentar permaneceu inserta em lei especial e destinada a disciplinar a insolvência apenas dos comerciantes.

No Brasil não foi diferente, conforme opinião abalizada de Requião, que se valendo da tese de Vivante, afirma:<sup>112</sup>

Em nossa opinião será ilusória a unificação do direito obrigacional se permanecer a falência como instituto especificamente mercantil. Não será possível atingir a verdadeira unificação enquanto persistir a divisão básica no trato do empresário civil e do empresário comercial, da sociedade civil e da sociedade comercial, no que diz respeito à insolvência. (REQUIÃO, 1993, p. 22).

Em igual sentido defende Valério que:

A reunião artificial, meramente formal do Direito Civil com o Direito Mercantil, carece, até o presente, de uma conexão de princípios e homogeneidade lógico-sistemática, óbices que demandam imprescindível superação para uma união coerente de um código de Direito Privado e recepcione matéria civil e comercial. (VALÉRIO, 2002).

Na atualidade verifica-se que a Lei Concursal de 2005 permanece a velha celeuma na ceara do Direito Privado, pois restrita apenas aos empresários, mantendo-se os institutos da recuperação e da falência afastados dos devedores não empresários.

Mister asseverar, ainda, o traço marcante do Direito Privado contemporâneo, que é o modo de legislar por meio de cláusulas gerais, consolidado com o advento do Código Civil em 2002, muito embora presente em diplomas normativos anteriores, tais como: o Código de Defesa e Proteção do Consumidor de 1990 e a Lei de Defesa da Concorrência de 1994. Tal circunstância pode ser constatada também nos dispositivos da Lei Concursal de 2005, no que concerne à recuperação da empresa e também em relação à falência do empresário devedor (arts. 47 e 75, LRF).

Pelas razões de maior abrangência e relevância ensejadoras do instituto da recuperação de empresa, a Lei Concursal de 2005 insere-se nessa nova matriz do Direito Privado contemporâneo, segundo palavras de Beneti, para quem a recuperação:

---

<sup>111</sup> Para maiores detalhes ver: ASCARELLI, Tullio. **O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do Direito Privado**. Tradução de Fábio Konder Comparato. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, Ano XXXVII, nova série, n. 114, p. 237-252, abr.-jun. 1999.

<sup>112</sup> Idêntica era a posição defendida pela maioria dos então “comercialistas” brasileiros (Inglez de Souza, J. X. Carvalho de Mendonça, Waldemar Ferreira, Otávio Mendes e Trajano Valverde *apud* REQUIÃO, 1993), bem como do mineiro João Eunápio Borges (1975, p. 74-75), que ao acompanhar Alfredo Rocco ressaltava: “a unificação do direito civil e comercial não suprimirá as dificuldades da aplicação do direito, que é toda ela, e sempre, uma tormentosa questão de limites”.

Coloca-se consonante com os princípios enfatizados pelo Código Civil de 2002, de *socialidade, eticidade e operabilidade*, juntando a idéia de participação (órgãos colegiados) e responsabilidade dos próprios credores (sociedade e meios novos), estes porque, dando crédito ao devedor, é como que se se tornassem por este também responsáveis perante outros credores, sobretudo empregados, fornecedores de parcas forças, prestadores de serviços – enfim, os menos aparelhados para proteger-se economicamente. O que vem, aliás, da Constituição Federal de 1988. (BENETI, 2005, p. 229, grifo nosso)<sup>113</sup>.

Outro vestígio dessa mudança de orientação legislativa aparece nos parâmetros dos procedimentos que tratam da insolvência empresarial no texto da Lei concursal de 2005: a separação entre *empresário e empresa* (corolário do distanciamento entre *controle e propriedade*); já concebida na doutrina atualizadora de Comparato (1970, p. 107-129), ao comentar sobre a crise do direito falimentar e destacar como exemplos desta superação a *corporate reorganization* do direito americano de 1938 e a reforma do direito falimentar francês de 1967, em que não havia vinculação entre os desacertos da praxis do empresário e a estrutura econômica da empresa.

Nesse renovado despertar da legislação concursal brasileira, inserido em um projeto mais amplo de atualização de todo o Direito a partir do texto constitucional de 1988, que exige antes uma reforma profunda do Estado, negligenciada sucessivamente até o presente momento, segue-se uma tendência de publicização dos interesses tradicionalmente privados – no caso da empresa em crise não é diferente –, em que se prioriza a recuperação de seu status econômico, tanto sob o prisma extrajudicial, quanto judicial, deixando-se a falência apenas para os casos em que a superação da crise mostra-se inviável ou inatingível sob a perspectiva do mercado.

Desse modo, o Estado regula e fiscaliza a atividade econômica, sem enrijecer as relações no plano macroeconômico, sem tornar-se alheio ou descuidar dos postulados da microeconomia, mormente se façam necessários apenas um conjunto mínimo de regras tutelares dos interesses privados mais vulneráveis e fragilizados ou do interesse público.

Análise econômica dos meios processuais disponíveis à satisfação do crédito público no âmbito da empresa em dificuldade econômica episódica, oferece significativas opções de escolhas aos agentes envolvidos pela derrocada do empresário na condução de seu negócio. A proposta da AED é atraente aos intuítos neo-institucionalistas da teoria da organização industrial (OI), da economia dos custos de transação (ECT) e da teoria evolucionária (TE),

---

<sup>113</sup> “Princípio da socialidade, que evita a incidência nos ‘pecados’ do individualismo, em que ‘individual prevalecia sobre o social’; princípio da eticidade, que se opõe ao caráter dogmático-formalista; e princípio da operabilidade, lembrando IHERING, que é da essência do direito a realizabilidade, pois ‘o direito que não se executa é como chama que não aquece, luz que não ilumina’” (MIGUEL, Reale. **O projeto do novo código civil**. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva.1999, p. 7-9, *apud* BENETI, 2005, p. 229, nota).

sem esquecer as nuances da teoria dos jogos, tal como a considera Pimenta (2006, p. 72-88), para orientar o comportamento estratégico dos grupos de interesse que se formam em torno da recuperação da empresa.<sup>114</sup>

Nessa perspectiva, mister uma análise em linhas gerais da atual Lei Concursal, para que se possa compreender mais de perto as questões que norteiam esse novo Direito Concursal no contexto do Estado Democrático de Direito. Logo, os detalhes doutrinários que permeiam o chamado “Direito da Empresa em Crise” não serão abordados em sua inteira grandeza, mas apenas de modo parcial nas linhas que seguem, a fim de que possa oferecer um ambiente propício ao estudo da relativização da personalidade jurídica societária na recuperação judicial da empresa em crise.

### 3.3 – Os novos instrumentos jurídicos no direito da empresa em crise

O surgimento de nova legislação para tratar das implicações que resultam de crises econômico-financeiras nos setores produtivos da economia, decorre do contexto macro e microeconômico havidos no mundo nas últimas três décadas do século XX, que são bem diferentes do que estava presente na década de quarenta daquele século, orientador dos termos do Decreto-Lei n. 7.661 de 1945, que esteve em vigor neste País até o início do ano 2005.

O mundo já assistiu a inúmeras crises macroeconômicas, notadamente nos períodos após-guerras na primeira metade do século passado, mas as turbulências e incertezas trazidas por questões macroeconômicas dos últimos quarenta e cinco anos, marcados por questões ligadas ao petróleo; à tecnologia da informação; empréstimos públicos por organismos internacionais de fomento; ajustes de câmbio e planos econômicos nos países emergentes; certamente, não encontram padrão comparativo com as manifestações da economia no decorrer das décadas de vinte, trinta e quarenta do século XX, quando surgiu a anterior lei de falências no Brasil. (TEBET, 2005, p.251).

No campo microeconômico, consoante palavras do senador Ramez Tebet (2005, p. 352) destacam-se as acomodações societárias, que nos últimos anos revelaram-se mais

---

<sup>114</sup> Para maiores detalhes ver: LISBOA, Marcos de Barros et. al. **A racionalidade econômica da nova lei de falência e de recuperação de empresas.** In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.) Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin. 2005, p. 31-60. ARAÚJO, Aloísio e LUNDBERG, Eduardo. **A nova legislação de falência – uma avaliação econômica.** In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.) Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin. 2005, p. 325-353.

complexas pelos processos de concentração empresarial e afirmação no cenário nacional da macroempresa, expressão cunhada por Fábio K. Comparato (1970), e recentemente pela regularização de micros e pequenos empreendimentos que têm sido incentivados a compor estruturas de redes empresariais associativas.

Em igual sentido destaca Tebet (2005, p. 352) que algumas empresas, apesar de destacada relevância econômica, tendem a dispensar a propriedade de ativos físicos, tornando-se centros de decisões mercadológicas, de desenvolvimento e de distribuição de produtos e serviços; ao que se pode acrescentar o surgimento de empresas facilitadoras da consolidação das tecnologias de informação, vale dizer, é o ambiente “virtual” resultado da interligação conectiva mundial (internet) que gerou, não só a aproximação de relacionamentos pessoais, mas também a possibilidade de consolidação do chamado mercado eletrônico, voltado para circulação de bens e serviços ou para a prática de negociação de valores mobiliários (NASDAQ).

A respeito dessa consolidação contemporânea das empresas no contexto microeconômico, assevera o senador Tebet em seu relatório dois últimos marcos que caracterizam essa tendência, a saber:

- [...] c) relações contratuais mais fluidas que o direito de propriedade passam a reger as relações produtivas. Empresas abandonam, por exemplo, a propriedade do capital fixo, que é substituída por contratos de alienação fiduciária ou de arrendamento mercantil operacional (*leasing* operacional);
- d) formas tradicionais de garantia, como a hipoteca e o penhor, perdem gradualmente sua efetividade, à vista da proliferação de novas formas de contratos, como a securitização de recebíveis, a alienação fiduciária de imóveis, a cessão de direitos creditórios e os instrumentos financeiros denominados derivativos. (TEBET, 2005, p. 352).

Frente a essas alterações de postura empresarial e aos consideráveis avanços dos efeitos uniformizadores da globalização na economia mundial, a atualização da legislação falimentar brasileira tornou-se medida necessária a adequá-la nessa nova realidade, através de parâmetros normativos que proporcionassem o aumento da eficiência econômica e, ainda, projetassem conteúdo social à legislação, harmonizando-a com os princípios constitucionais que norteiam o cenário econômico e social neste País. A nova Lei Concursal brasileira acompanha a orientação que impera em inúmeros outros países relativo aos procedimentos de recuperação de empresa, ligada aos princípios da preservação da empresa, da manutenção dos empregos e da conservação do crédito público, garantindo-se a continuação da atividade econômica como nova matriz do direito constitucional-empresarial.

Diante disso, mister ressaltar os princípios que norteiam da nova Lei Concursal, descritos pelo senador Ramez Tebet (2005, p. 362-364) em seu relatório, a saber: a) preservação da empresa; b) separação dos conceitos de empresa e de empresário; c) recuperação das sociedades e empresários recuperáveis; d) retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; e) proteção aos trabalhadores; f) redução do custo do crédito no Brasil; g) celeridade e eficiência dos processos judiciais; h) segurança jurídica; i) participação ativa dos credores; j) maximização do valor dos ativos do falido; k) desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte; e l) rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação. Afirma ainda Tebet que:

Naturalmente nem sempre é possível a perfeita satisfação de cada um desses enunciados, principalmente quando há conflito entre dois ou mais deles. Nesses casos, é necessário sopesar as possíveis consequências sociais e econômicas e buscar o ponto de conciliação, a configuração mais justa e que represente o máximo benefício possível à sociedade. (TEBET, 2005, p. 364).

Em igual sentido, Jorge Lobo, já há muito tempo tem considerado todos esses pontos de vista na compreensão do Direito Concursal, mas em trabalho recente destaca a temática central da posição francesa que toma os procedimentos coletivos como procedimentos de sacrifício que, para Yves Guyon (1991), “limitam os poderes do devedor e restringem os direitos dos credores.” (*apud* Lobo, 2005, p. 130). Nessa toada, Jorge Lobo reconhece a necessidade de ponderação de princípios (inserto no teorema da colisão de Alexy)<sup>115</sup> como medida ao atuar do juiz no processo de recuperação de empresa.

Diversificadas revelam-se, portanto, as indagações, que surgem ou são postas em debate, a respeito do enfoque doutrinário a ser seguido numa abordagem analítica ou mesmo da práxis acerca do princípio da preservação da empresa, que pode conduzir a diversas considerações, tais como: a ponderação de princípios (valoração ou hierarquização de princípios)<sup>116</sup> ou a concorrência de princípios (distinção não de grau, mas de estrutura lógica, concebida por critérios de classificação e não de comparação)<sup>117</sup>. Na contraposição de afetação das chamadas questões não-patrimoniais frente à questões patrimoniais ou mesmo

<sup>115</sup> Para maiores detalhes ver: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. 1993. p. 89-98. Título original: *Theorie der Grundrechte*. (1986).

<sup>116</sup> Para maiores detalhes ver: ALEXY, Robert. **Zum Begriff des Rechtsprinzips**. Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtslehre, Beiheft 1, Dunckler und Humblot, Berlin, (1979) p. 65. (*apud* ÁVILA, 2006, p. 37). O tema também pode ser encontrado em: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. 1993. p. 81 ss. Título original: *Theorie der Grundrechte*. (1986).

<sup>117</sup> Para maiores detalhes ver: DWORKIN Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Beira. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 23 ss. Título original: *Taking rights seriously*. (1977).

inserto apenas em questões patrimoniais, há que se mencionar o confronto de questões internas (hierarquia) frente às questões externas (sistema do preço) que envolvem a empresa, notadamente no âmbito de seu estado de crise. Circunstâncias não estáticas, mas antes dinâmicas, que suscitam inquietações e trazem à tona traços de uma crise de paradigmas que o Direito ainda não foi capaz de superar.

Na teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, a análise do caso concreto deve conduzir à decisão, por meio de mecanismos de reconstrução, que abstraída ao máximo da realidade fática deve revelar o princípio referente ao caso. Nota-se nesta teoria que a disposição ordenadora dos princípios pode ser ou não valorativa, depende do modo como se encara o sentido de princípio (valor ou norma). A valoração principiológica de Dworkin se dá sempre no caso concreto, como elemento necessário a se alcançar uma decisão racional mais correta para a espécie.

De uma maneira geral, Dworkin pretende que o Direito sempre proporciona uma boa resposta, já que o juiz ao julgar, escreve a continuidade de uma história, uma espécie de romance escrito em cadeia, no qual “tratará o Congresso como autor anterior a ele na cadeia do direito, [...] de modo a encarar seu próprio papel como o papel criativo de um colaborador que continua a desenvolver o sistema legal iniciado pelo Congresso.” (DWORKIN, 1999, p. 377). A boa resposta às convicções interpretativas do juiz seria aquela que melhor enfrentasse a dupla exigência que se lhe impõe a teoria da integridade, ou seja, fazer com que a decisão se harmonize da maneira melhor possível à jurisprudência anterior e ao mesmo tempo a atualize conforme a moral política da comunidade.

Assim, “a integridade como norma dinâmica e radical incentiva o juiz a ser mais abrangente e imaginativo em busca da coerência com o princípio fundamental.” (DWORKIN, 1999, p. 256). Nesse aspecto, ao contrário do que afirmam Tebet (2005) e Lobo (2005), defende-se que a interpretação criativa é construtiva e não conduz a ponderação ou mesmo a adequação de princípios, mas ao Direito produzindo integridade ao sistema constitucional-empresarial.

A par dos debates da Teoria do direito, que por certo produzirão reflexos no Direito Concursal, mister ressaltar que a Lei Concursal de 2005 inovou a legislação brasileira, inserindo institutos de salvaguarda da empresa até então inexistentes, que permitirão às empresas, cuja viabilidade seja demonstrável, superar momentos circunstanciais adversos.

Em lugar da superada e obsoleta concordata, considerada pela doutrina dominante um favor legal ao devedor, surge a recuperação extrajudicial e judicial da empresa em crise, concebida como direito do devedor, que apesar do estado de fragilidade econômica não

precisa se esconder, se esquivar de suas dificuldades<sup>118</sup>, mas, ao contrário, pode se manifestar a seus credores, se manter altivez pela sua idoneidade moral na condução do empreendimento, tanto que a recuperação revela-se mais ampla, objetiva e envolvente do que uma mera condição imposta aos credores sob a forma de dilação de prazo para saldar obrigações (moratória ou concordata).

### ***3.3.1 – A recuperação extrajudicial e juízo arbitral***

Nesta modalidade de recuperação, o devedor, que demonstrar viabilidade econômico-jurídica da mesma forma prevista para a recuperação judicial (art. 48, LRF), pode apresentar plano de recuperação extrajudicial diretamente a seus credores ou classe de credores. Ao processo de recuperação extrajudicial, não se vinculam os créditos de natureza tributária, os derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, além daqueles previstos no art. 49, § 3.º, e art. 86, II, da LRF (art. 161, §1.º, LRF). Todos os demais credores detentores das outras espécies de créditos podem ser chamados a negociar seus direitos, de forma a permitir que a empresa reestruture-se sem comprometimento das características, prazos e valores dos créditos pertencentes àqueles credores.

O empresário em situação de dificuldade deverá apresentar a esses interessados uma proposta de recuperação, que, dependendo de seus intuitos na salvaguarda da empresa, pode vinculá-los de maneira parcial ou atingir a totalidade dos credores inseridos em uma ou mais das outras espécies de créditos descritos no art. 83 da LRF. No primeiro caso, o acordo pré-recuperatório deve ir a juízo para homologação assinado apenas pelos credores que a ele aderiram (art. 162, LRF). No segundo caso, para que possa vincular todos os credores da espécie abrangida, o acordo deve ser levado a juízo para homologação com assinatura dos credores que representem mais de 3/5 dos créditos de cada espécie, por eles abrangidos (art. 163, LRF). Compreende-se nessa totalidade de credores, os créditos descritos no art. 83, incisos II, IV, V, VI e VIII da LRF<sup>119</sup>, ou grupo de credores de mesma natureza e sujeito a

---

<sup>118</sup> O regime anterior do Decreto-Lei n. 7.661 de 1945 constava a seguinte previsão: “**Art. 2º** Caracteriza-se, também, a *falência*, se o comerciante: III - *convoca credores e lhes propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens.*” (grifo nosso)

<sup>119</sup> **Art. 83.** A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

**II** - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

**IV** - créditos com privilégio especial, a saber:

a) os previstos no art. 964 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

semelhantes condições de pagamento, e, uma vez homologado, obriga a todos os credores das espécies por ele abrangidas, exclusivamente em relação aos créditos constituídos até a data do pedido de homologação (art. 163, §1.º, LRF). Nessa modalidade, não caracterizado o quorum mencionado de 3/5, o acordo vincula apenas aqueles credores que expressamente concordaram.

No curso inicial do processo de homologação, o devedor tem de comprovar que informou por carta a todos os credores sujeitos a esse procedimento: a apresentação do pedido; as condições do plano; e o prazo para impugnações (art. 164, §1.º, LRF).

Nesta ocasião, o juiz apreciará os eventuais pedidos de impugnação formulados por credores insatisfeitos com o acordo, que poderão opor suas razões no prazo de trinta dias da publicação do edital de convocação, oportunidade em que devem fazer prova de seu crédito e formular apenas as seguintes questões: **a)** não preenchimento do o quorum mínimo de 3/5 referido no art. 163 da Lei; **b)** prática de qualquer dos atos previstos no art. 94, III ou no art. 130 da Lei, ou descumprimento de requisito previsto na Lei; **c)** descumprimento de qualquer outra exigência legal (art. 164, LRF).

Na hipótese de não serem deferidas as impugnações, o acordo será homologado por sentença proferida pelo juiz no prazo de 5 (cinco) dias, caso entenda que o plano proposto não implica prática de atos previstos no art. 130 da LRF e que não há outras irregularidades que recomendem sua rejeição (art. 164, §5.º, LRF), cabendo a administração de seu cumprimento às partes signatárias, pois o mesmo passa a produzir efeitos após a decisão judicial (art. 165, LRF). Da sentença que acolhe ou rejeita as impugnações propostas pelos credores; ou homologa ou não o plano de recuperação extrajudicial cabe apelação sem efeito suspensivo (art. 164, §7.º, LRF).

Não há previsão expressa de fiscalização do cumprimento do plano pelo devedor por parte do judiciário ou órgão auxiliar investido por aquele para essa função, uma vez cumprido

b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;

**V** - créditos com privilégio geral, a saber:

a) os previstos no art. 965 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei;

c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

**VI** - créditos quirografários, a saber:

a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;

b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;

c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo;

**VIII** - créditos subordinados, a saber:

a) os assim previstos em lei ou em contrato;

b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

o acordo resolve-se a iniciativa do mesmo modo que começou, ou seja, em seu aspecto extrajudicial. Logo, o judiciário somente voltará a se manifestar sobre a questão caso haja descumprimento do acordo homologado, uma vez que a recuperação extrajudicial não suspende direitos, ações ou execuções (art. 161, §4.º, LRF). Nesta hipótese, as relações entre devedor e credores retornarão a seu estado anterior, podendo ser requerida por estes a execução individual da sentença homologatória (art. 161, §6.º, LRF) ou a falência – execução coletiva – do empresário (art. 94 e 97, LRF); ou, ainda, o próprio empresário devedor poderá requerer nova homologação de plano de recuperação extrajudicial (art. 164, §8.º, LRF) ou propor a recuperação judicial (art. 48, LRF).

No processo de recuperação extrajudicial não existe nenhuma ordem legal de preferência para o recebimento dos créditos. O pagamento deverá ser feito conforme pactuado entre o empresário devedor e seus credores nos precisos termos do plano homologado em juízo.

Pelos propósitos da Lei Concursal de 2005, percebe-se que esta modalidade de recuperação representa um grande avanço no Direito Concursal, pois, vinculado ao princípio da preservação da empresa, afasta o caráter punitivo previsto no modelo jurídico anterior (art. 2º, III, do Dec.-Lei n. 7.661/1945), segundo o qual aquele que convocasse credores e propusesse dilatação de prazo de pagamento, remissão de créditos ou cessão de bens sujeitava-se a decretação de sua falência. Logo, trata-se de uma inovação significativa, pois permite que o acordo de recuperação da empresa em crise possa ocorrer fora do contexto judicial, formalizado por deliberação da “assembleia extrajudicial de credores”. Esta situação, hoje, não conduz a caracterização de falência, fator que tranquiliza o empresário devedor em dificuldade episódica na condução de seu negócio.

Pela sua natureza pactual (confluência de interesses e direitos disponíveis), entende-se que a recuperação extrajudicial é compatível com o instituto da arbitragem<sup>120</sup>, pois alguns créditos não estão contemplados em sua admissibilidade jurídica, pela circunstância tutelar de sua superveniência sobre os demais, seja por se tratar de direito de credores hipossuficientes ou vulneráveis (trabalhadores ou consumidores), seja por se tratar de interesse público (tributários e previdenciários). Essa é uma alternativa atraente ao procedimento de recuperação extrajudicial, pois esse não acarreta suspensão de direitos, ações ou execuções, nem o impedimento do pedido de falência por parte dos credores não submetidos a essa modalidade recuperatória (art. 161, §4.º, LRF).

---

<sup>120</sup> Para outros destaques ver: PINTO, José Emilio Nunes. **A arbitragem na recuperação de empresas**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 2, n. 7, p. 79-100, out.-dez. 2005.

O ordenamento jurídico brasileiro já consagra o desfecho de conflitos através da arbitragem (Lei n. 9.307/96), seja para dirimir disputas internacionais (art. 34, Lei n. 9.307/96 e art. 5º, §2º, CR/88) – a sentença arbitral estrangeira sujeita-se apenas à homologação do Superior Tribunal de Justiça (EC n. 45/2004 [art. 105, I, i, da CR/88] e Resolução do STJ nº 9, de 09 de maio de 2005)<sup>121</sup> –, seja para dirimir questões nacionais de Direito Privado, especialmente de direito empresarial (art. 109, §3.º, da Lei n. 6.404/76). A Lei de Arbitragem não deixa dúvida quanto ao respeito aos preceitos constitucionais (art. 25, da Lei 9.307/96), ao não afastar da apreciação do poder judiciário qualquer divergência a direitos indisponíveis no curso da arbitragem.

Mister também mencionar que a sentença arbitral é erigida à condição de título executivo judicial, com os mesmos efeitos da decisão proferida pelo judiciário e não impede a parte de ingressar em juízo, seja para propor sua execução, seja para demandar sua nulidade (art. 31 a 33, da Lei 9.307/96 c/c art. 475N, IV, CPC e art. 167, LRF c/c art. 475N, V, CPC).

Diante dessas assertivas há que se perguntar: Ao adotar a arbitragem, o devedor e seus credores suprimem a necessidade de requerer a homologação da recuperação extrajudicial pelo judiciário? A resposta a essa indagação depende das intenções do devedor em abranger a totalidade dos credores de uma ou mais espécies de crédito ou apenas aqueles que se manifestaram expressamente favoráveis ao acordo, pois caminhos diferentes devem ser tomados.

Na primeira hipótese o devedor deverá requerer a homologação judicial do plano de recuperação firmado por sentença arbitral, caso esta represente um quorum maior que 3/5 de todos os credores de uma ou mais espécies de créditos, pois, em verdade, nisso não há previsão de nenhuma faculdade da Lei Concursal frente à Lei de Arbitragem, mas sim de dever jurídico (art. 163, LRF), bem como há que ser levado com conta disposição normativa acerca de condições impeditivas à homologação (art. 161, §3.º, LRF), porquanto o instituto da recuperação de empresa, mesmo que processado pela modalidade dita extrajudicial, trata-se de procedimento especialíssimo que se impõe sobre qualquer outro instituto de ordem mais geral.

---

<sup>121</sup> Até o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004 prevalecia competência ao Supremo Tribunal Federal (art. 35, da Lei n. 9.307/96 e art. 102, h, da CR/88). A competência do STJ está regulamentada pela Resolução n. 09 de 2005, que dispõe: **Art. 4.º** A sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça ou por seu Presidente. **§1º** *Serão homologados os provimentos não-judiciais que, pela lei brasileira, teriam natureza de sentença.* (grifo nosso). O disposto no art. 35, da Lei n. 9.307/96, a partir da mudança introduzida pela EC n. 45/2004, deixa de ser recepcionado pela Constituição da República de 1988.

Na segunda hipótese, em que a sentença arbitral representa menos que 3/5 de todos os credores de uma ou mais espécies de créditos, não há necessidade desta ser levada a juízo para homologação, porquanto vinculará apenas aqueles credores signatários, prevalecendo os idênticos efeitos do art 162, da LRF. Esta práxis reforça a concepção inovadora da recuperação extrajudicial, que reserva às partes a plena realização dos meios necessários ao cumprimento da fase cognitiva do procedimento recuperatório.

Acredita-se que a recuperação, que se opere através dos ditames legais da arbitragem, produzirá resultado eficiente no meio empresarial, fruto da técnica mais apurada oriunda da ação de *experts* no juízo arbitral, capaz de proporcionar a recuperação da empresa em crise, pelas modalidades acima mencionadas, ou seja, com ou sem a necessidade de submeter-se a decisão arbitral a homologação pelo judiciário, o que gera maior celeridade ao instituto da recuperação de empresa, mesmo que adotada sob esta modalidade alternativa ao procedimento extrajudicial da Lei Concursal de 2005.

A recuperação extrajudicial realizada por meio de arbitragem proporciona uma aproximação de diretrizes legais que se harmonizam com os princípios inovadores da Lei Concursal de 2005, no que concerne à celeridade e à segurança jurídica. Logo, o caminho da arbitragem oferece significativo mecanismo que se coaduna com a eficiência da racionalidade econômica e propicia redução dos custos de transação na condução a uma solução de razoável justiça para a crise da empresa na relação débito-crédito.

### ***3.3.2 – A recuperação judicial da empresa***

A recuperação judicial afirma-se no propósito da LRF como “uma série de atos praticados sob a supervisão judicial e destinados a reestruturar e manter em funcionamento a empresa em dificuldades econômico-financeiras temporárias.” (PIMENTA, 2006, p.68). Face à nova perspectiva do Direito Concursal, ao empresário é reconhecido o direito à recuperação do empreendimento, cujo rol paradigmático estende-se ao chamado “direito da empresa em crise” e afirma-se no texto da LRF, a saber:

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.

O alcance desse instituto é significativo: a) sanear a situação de crise econômico-financeira da empresa; b) reorganizar a manutenção da organização da atividade econômica, do emprego e dos interesses dos credores e c) viabilizar a empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (art. 1.º, IV e art. 170, CR/88).

Ao contrário da concordata no sistema falimentar anterior, a recuperação judicial surge no cenário atual do Direito Concursal Brasileiro como verdadeiro direito de ação, conferido ao empresário para salvaguarda da empresa, provido de características semelhantes à falência, notadamente: a unidade<sup>122</sup> e a universalidade<sup>123</sup> (art. 49, LRF).

A recuperação judicial pode ser concebida, ainda, como ação de caráter dúplice (*actio duplex*)<sup>124</sup>, pois se presta tanto para pedir a recuperação (art. 48 c/c 51 e 52, da LRF), quanto para impedir a decretação de falência (art. 95, da LRF)<sup>125</sup>. Nota-se que tal característica dúplice resulta de atribuição da Lei (opção do legislador) e não por sua natureza (ações de divisão, demarcação e prestação de contas), tal como ocorre com as ações possessórias (art. 922, CPC)<sup>126</sup>, conforme palavras de Fabrício:

Em matéria de proteção possessória, supõe-se a existência de um possuidor e de um ofensor da posse; as correspondentes legitimações ativa e passiva são definidas por essas mesmas posições e não são intercambiáveis. O que antes denominamos *polaridade* da relação processual acha-se predeterminada antes mesmo da instauração do processo. Basta que se confronte a situação com os exemplos anteriores das ações de divisão e demarcação para fazer saltar à vista a diferença. E no entanto *a lei* tornou dúplice a ação possessória, ao permitir que o juiz, no mesmo processo e independentemente de reconvenção, dispensasse a proteção possessória *ao réu*, se ele a requere para si e prova os requisitos que normalmente se exigiriam ao autor. (FABRÍCIO, 1988, p. 402).<sup>127</sup>

<sup>122</sup> Para Pimenta: “A unidade significa que entre diferentes juízes com igual competência jurisdicional apenas um terá a atribuição de gerir a falência. A unidade do juízo falimentar tem por referência os órgãos judiciais entre si. A unidade e indivisibilidade é um atributo do juízo falimentar que se manifesta desde juízo em relação aos outros órgãos judiciais com iguais atribuições de competência e encontra expressa consagração do pedido do art. 6.º, §8.º, da Lei n. 11.101/2005, que diz: ‘A distribuição do pedido de falência ou recuperação judicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor.’” (PIMENTA, 2006, p. 98).

<sup>123</sup> Nas palavras de Pimenta: “A universalidade significa que todos os credores ou interessados no patrimônio do devedor têm, independentemente da natureza do direito discutido, que ocorrer ao juízo falimentar e abdicar dos caminhos normais para o exercício de seus direitos. A universalidade é um atributo do juízo falimentar que se aplica à sua relação com os credores do empresário devedor.” (PIMENTA, 2006, p. 98).

<sup>124</sup> Por ação dúplice entende Fabrício (1988, p. 401-402) que: “Se há dois sujeitos da relação jurídico-material e qualquer deles pode propor a *mesma ação* contra o outro, essa ação é dúplice. [...] Em tais ações, por natureza dúplice, fica excluído o caso mais típico de reconvenção, por inútil. Proposta a demanda, não há pedido algum que a parte contrária possa formular, relativo à mesma relação ou situação jurídica, que já não esteja compreendido no objeto do processo. Só reconvenções fundadas em conexões mais remotas podem ocorrer.”

<sup>125</sup> **Art. 95.** Dentro do *prazo de contestação*, o devedor poderá pleitear sua recuperação judicial. (grifo nosso)

<sup>126</sup> **Art. 922.** É lícito ao réu, *na contestação*, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor. (grifo nosso).

<sup>127</sup> Em sentido inverso, ao não reconhecer essa “ação dúplice de caráter legal”, leciona Pontes de Miranda (1976) que: “Diante do art. 922, *temos de pensar em reconvenção*, que, inserta na contestação, se fez contra-ação, ação contrária à que se propusera, e, em vez de apenas ser ‘no mesmo processo’ (art. 350) e ser julgada na mesma

No caso em questão, a recuperação de empresas, essa “polaridade” na relação processual a que se refere o autor pode ser identificada pela condição de credor (privilegiado ou não) como sujeito ativo e de devedor empresarial em dificuldade econômico-financeira como sujeito passivo, que submetida a idêntico raciocínio, “acha-se predeterminada antes mesmo da instauração do processo.”

A ação de recuperação judicial é regida pelos ditames dos procedimentos de jurisdição voluntária, “não é processo litigioso. Não há julgamento de procedência ou improcedência do pedido”. (MOREIRA, 2005, p. 249). Ressalta ainda Moreira (2005, p. 249), a partir da doutrina americana de Epstein (2002), que “seria errado pensar o capítulo da recuperação como processo litigioso, como *adversarial process*. Planos propostos e adotados no processo de recuperação quase sempre têm sido produzidos *by negotiation, not by litigation*.” E acrescenta sob a mesma matriz que a “reorganização é um processo de negociação, acomodação e compromisso, conduzido, na maior parte das vezes, fora da corte.” (EPSTEIN, 2002 *apud* MOREIRA, 2005, p. 249).

Logo, em seu artigo sobre o tema, Alberto Camiña Moreira (2005, p. 249) afirma que “engana-se quem pretender usar o processo de recuperação judicial para estabelecer litígio, estabelecer confronto entre devedor e credores; engana-se quem pretender usar o processo de recuperação para obter decisão judicial favorável”. Isso revela o modo de agir que se espera dos envolvidos em qualquer que seja a modalidade de recuperação de empresas, porquanto esta nova dimensão do Direito Concursal exige harmonização de interesses para sustentabilidade do tríplice alcance principiológico acima referido.

A empresa em estado de crise econômico-financeira é aquela que está em dificuldade temporária no desenvolvimento do negócio, caracterizado pela iliquidez (fluxo de caixa deficitário), insolvabilidade (desarranjo na situação patrimonial) e exigência de reorganização planejada do empreendimento. O empresário devedor, cuja empresa encontra-se nessa situação, acaba sendo arrastado para uma condição de liquidação patrimonial, a qual pode não alcançar a empresa, hipótese em que esta ainda se mantém viável economicamente e, desde que para aquele, mantenham-se inalterados os requisitos de viabilidade jurídica.

Conforme se percebe, o aspecto de ser viável é analisado e concebido no âmbito da separação entre empresário e empresa, vale dizer, tanto no aspecto da organização jurídica da

---

sentença, se mete na própria contestação (art. 922). Não se trata, portanto, de oferecimento simultâneo ‘em peças autônomas’, como se daria com a contestação e a reconvenção (art. 299).” (PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 197, grifo nosso).

condição de empresário, quanto no da organização da atividade econômica para produção, prestação e circulação de bens e serviços (empresa).

A viabilidade econômica envolve questões ligadas as posturas da empresa no mercado, que devem se nortear pelos parâmetros já antes mencionados e tem como pressupostos a importância social e econômica da atividade do devedor no cenário local, regional ou nacional; mão-de-obra qualificada e processos tecnológicos aplicados; o volume de ativo e passivo circulante; o tempo de criação e de atividade da empresa; o faturamento anual comparado com o nível de endividamento, dentre outros.

A viabilidade jurídica envolve os pressupostos de validade da condição de empresário no Direito que remete a sua própria condição estruturante (art. 966, CC c/c art. 1.º, LRF), acrescida da exigência de regularidade ou registro público no órgão próprio (art. 45, CC), bem como do tempo de permanência no mercado (dois anos) e não ter requerido outra recuperação em período anterior há pelo menos cinco anos (no caso da média e macro-empresa) ou há oito anos (para a pequena e microempresa); não ser falido; e não ter sido condenado por crime falimentar (art. 48, LRF). A recuperação judicial também poderá ser requerida, conforme o caso, pelo liquidante, cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante e pelo sócio remanescente. (art. 48, parágrafo único, LRF).

Logo, “o instituto da recuperação de empresas deve incidir apenas sobre aqueles empresários cuja causa de cessação de pagamentos seja, por assim dizer, sanável.” (PIMENTA, 2006, p. 71), consoante enfatizado sob o prisma econômico e jurídico.

A recuperação judicial é considerada a principal inovação promovida pela atual Lei Concursal, que já há algum tempo se afirma no cenário internacional (Estados Unidos<sup>128</sup>, Inglaterra<sup>129</sup>, França<sup>130</sup>, Itália<sup>131</sup>, Alemanha<sup>132</sup>, Espanha<sup>133</sup>, Portugal<sup>134</sup>, Argentina<sup>135</sup>, Chile<sup>136</sup>,

<sup>128</sup> Referred to colloquially as the "New Bankruptcy Law", the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005, Avril 17, 2005 (Reformed Bankruptcy Reform Act of 1978 – referred in the doctrine common “Bankruptcy Code” [Reformed the Chandler Act of 1938 - “*Corporate Reorganization*” -, and Bankruptcy Act of 1898]. The Bankruptcy Code was amended significantly in 1984, 1986, 1988, 1990).

<sup>129</sup> Bankruptcy Law de 1981. The Insolvency Act of 1986 (The procedures aiming to solve the situation of Insolvency in a company are four: 1. The administrative receivership; 2. The controlled administration; 3. The liquidation; 4. The voluntary agreement between creditors) (MACIAS, 1999, p. 154).

<sup>130</sup> Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 (Abrogé la Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 et L'ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967; Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 [relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises]; Loi n° 85-99 du 25 janvier 1985 [relative aux administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise]; Loi n. 84-148 du 1.º mars de 1984 [relative à la prevention des difficultés des entreprises]; Loi n. 94-475 du 10 jun 1994 [relative à la prevention et rehabilitation des entreprises en difficulté]) et L'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000.

<sup>131</sup> Decreto Legislativo n. 5 del 9 gennaio 2006 sono state modificate ampie parti della disciplina contenuta nel Regio Decreto n. 267 del 16 marzo 1942 (disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa). Modificato anteriormente pela Norma n. 391, de 24 de julho de 1978 e Decreto Legge n. 26 del 30 gennaio 1979 (Provvedimenti urgenti per L'amministrazione straordinaria delle grande imprese in crisi); Decreto Legislativo n. 270 del 8 luglio 1999,

ONU<sup>137</sup> e CE<sup>138</sup>) em superação à obsolescência da concordata, caracterizada como espécie de moratória ou favor legal requerido pelo devedor ao judiciário, para que fossem prorrogados os vencimentos de suas obrigações até a regularização dos pagamentos pendentes, que em razão das exigências mínimas da lei anterior (Dec.-Lei 7.661/45), em inúmeros casos resultava em não cumprimento pelo concordatário, servindo apenas ao agravamento da situação crítica que conduzia o empresário à falência ou a ocorrência de fraudes.

Nessa perspectiva, a falência é concebida como nociva à ordem sócio-econômica e só teria lugar naqueles casos em que a empresa não apresente ser viável sob o ponto de vista da Economia e do Direito. Por outro lado, a salvaguarda da empresa – principal centro de interesses econômicos na atualidade – passa a integrar fator de fortalecimento das relações econômicas, em que se manifestam as preocupações com o crédito público, possibilitando a implantação do instituto da recuperação da empresa em crise como fator de fomento das relações empresariais.

Em idêntico sentido os ensinamentos de Pimenta:

O papel do Poder Judiciário e dos credores na recuperação de empresas vai além de constatar o indício da crise empresarial (falta de pagamento das obrigações pecuniárias). É indispensável apurar qual a causa deste sinal e, a partir daí, decretar a

---

(Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, a norma dell'articolo 1 della legge 30 luglio 1998, n. 274 [nova disciplina da administração extraordinária das grandes empresas em estado de insolvência]) e a Lei de 2003 [medidas urgentes para reestruturação industrial das grandes empresas em estado de insolvência]; Decreto-Legge n. 35 del 14 marzo 2005 (contengono modifiche rilevanti, immediatamente in vigore, della disciplina del fallimento e del concordato preventivo).

<sup>132</sup> Lei de 01-01-1999 que reformou a *Insolvenzordnung* (InsO) de 05-10-1994. Até 05-10-1994 vigorava na Alemanha reunificada um regime duplo: nos Länder do Leste aplicava-se a *Gesamtvollstreckungsordnung* (Lei de Execução Coletiva), de 09-06-1990 e nos Länder do Oeste aplicava-se a *Konkursordnung* (Lei de Falência) de 01-10-1879 – modificado pela lei de 17-05-1988) e a *Vergleichsordnung* (Lei de Acordo Extrajudicial) de 01-04-1935 – modificado pela lei de 02-12-1940, lei de 08-06-1957, lei de 24-05-1968, lei de 27-06-1970 e lei de 29-12-1976. “In the InsO the reorganizations institutes of conservative character are looked at in the configuration of the New Law for companies in a situation of insolvency. The presente reform introduces the possibility to reorganize the company in crisis, with economical provisions, either of financial or organizations nature.” (MACIAS, 1999, p. 165).

<sup>133</sup> Ley Concursal n. 22/2003, de 9 julio de 2003 (abrogó la Ley de 26 julio de 1922 – Suspensión de Pagos).

<sup>134</sup> O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n. 53/2004 de 18 de março de 2004. (Artigo 10.º *Norma revogatória*. 1 - É revogado o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de Abril, e alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 157/97, de 24 de Junho, 315/98, de 20 de Outubro, 323/2001, de 17 de Dezembro, e 38/2003, de 8 de Março).

<sup>135</sup> Código de Comercio – Libro IV – De Las Quiebras. Ley n. 24.522 de los Concursos - Sancionada: Julio 20 de 1995. Promulgada Parcialmente: Agosto 7 de 1995. Modificada por ley n. 25.589 Sancionada: Mayo 15 de 2002. Promulgada: Mayo 15 de 2002. Modificado por Ley n. 26.086. B.O.: Abril 11 de 2006.

<sup>136</sup> Ley n. 18.175 Promulgación: Octubre 13 de 1982. Última Modificación: Ley n. 19.806 Promulgación: Mayo 31 de 2002.

<sup>137</sup> Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, 1998.

<sup>138</sup> Regulamento (CE) n. 1.346/2000, de 29 de maio de 2000 - Conselho sobre Procedimentos de insolvência. Bruxelas (modificou a Convenção relativa aos Processos de Insolvência de 23-11-1995, assinado em Bruxelas).

morte (falência) da empresa ou seu tratamento e recuperação. (PIMENTA, 2006, p. 72).

Na recuperação proveniente da legislação reformulada, concebida como adequado processo de reerguimento da empresa em crise, passa a ser possível evitar a quebra de empreendimentos considerados viáveis, por meio de *acordo* entre os interessados e a presença de uma comissão formada pelos credores, favorecendo a aproximação das partes em certame que não conduz ao esvaziamento dos propósitos sócio-econômicos do empresário, envolvido por uma situação de infortúnio momentâneo na condução de seu negócio.

Daí alguns autores (MAZAGÃO, 2005, p. 93-94) falarem em natureza contratual para o instituto da recuperação, cujas modalidades estão vinculadas à apreciação do poder judiciário, sendo essa composição na relação débito-crédito resultado de construção cognitiva ao exercício do direito de ação, conferido ao empresário em situação insolvável e em dificuldade episódica.

É mister ter-se em mente que, a recuperação não é meio de efetivação do recebimento de créditos. O procedimento de recuperação de empresa não tem natureza de execução tão somente, mas é destinado à formação do conhecimento prévio acerca do estado econômico-financeiro da empresa, bem como à elaboração, estruturação e consolidação do plano de recuperação, ou seja, acordo de interesses pré-concursal pactuado com ou sem a intermediação do Judiciário ou de um seu auxiliar, que a exemplo das demais categorias de contratos deve ater-se aos limites da função social (art. 421, CC), além de orientar a um tríplice propósito: permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

A recuperação enseja o pagamento dos credores apenas de modo indireto, porquanto nessa fase do procedimento concursal os credores tornam-se *parceiros* (deveres de cooperação) do empresário devedor em dificuldades, deixando-se à fase liquidatória seguinte (a falência) todos os instrumentos hábeis à execução dos direitos creditórios.

Na recuperação de empresa ocorre a geração de novos créditos, reconhecidos no art. 67 da LRF<sup>139</sup> como necessários à realização da atividade econômica e decorrentes da

---

<sup>139</sup> **Art. 67.** *Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.*

**Parágrafo único.** Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação.

aquisição de tecnologia, mão-de-obra especializada e matérias primas (inputs), e transformação desses em bens de consumo ou prestação de serviços (outputs), que conduzem a novas obrigações extraconcursais (privilegiadíssimas) em caso de insucesso da recuperação (de falência). Há, portanto, a configuração de esforços dos credores no intuito de proporcionar ao empresário devedor os meios e as condições ao pleno desenvolvimento da atividade, cujo resultado irá promover o pagamento de seus haveres em aberto, mas não antes de pagamento daquelas dívidas.

Contudo, tal regra restringe-se apenas ao procedimento de recuperação judicial, portanto, se o empresário devedor desejar valer-se dos mecanismos extrajudiciais de recuperação de empresa deve preparar-se para suportar custos de transação mais elevados na avaliação desses credores últimos, que por sua vez estarão sujeitos a taxas de risco igualmente maiores, o que é um fator dificultador a ser considerado, ao se optar por um ou outro caminho.

Desse modo, na recuperação o adimplemento de obrigações vencidas ocorre como conseqüência da perpetuidade da empresa no mercado. A recuperação enseja a análise de custos na elaboração do plano, na negociação do plano, na formalização jurídica do plano, e no cumprimento do plano, que tenderão a variar conforme o modelo de recuperação adotado pelo empresário devedor e seus credores.

Além dessas circunstâncias, deve-se considerar ainda o fato de que a empresa em recuperação judicial deve exibir ao lado do nome empresarial a expressão “em recuperação judicial”, indicando sua condição de fragilidade econômico-financeira para todo o mercado. A referida expressão deverá constar de todos os atos, contratos e documentos firmados pelo devedor em recuperação, inclusive anotação pelo cartório de registro público de empresas, durante todo o período de duração do processo.<sup>140</sup>

Por entender que o alcance desta norma contrasta com a finalidade da própria LRF, Wesley Roberto de Paula (2006) questiona: “como poderá o empresário buscar meios de se recuperar trazendo consigo ‘A Letra Escarlata da Recuperação Judicial’, que o condenará perante a sociedade?” O mesmo autor antevê que tal exigência acabará trazendo à empresa em recuperação mais dificuldades do que benefícios. Esse autor oferece ainda fatores indicativos de seu convencimento, ao afirmar que:

---

<sup>140</sup> **Art. 69.** Em todos os atos, contratos e documentos firmados pelo devedor sujeito ao procedimento de recuperação judicial deverá ser acrescida, após o nome empresarial, a expressão “em Recuperação Judicial”.  
**Parágrafo único.** O juiz determinará ao Registro Público de Empresas a anotação da recuperação judicial no registro correspondente.

Diverge a lei ao tornar explícita a condição de recuperanda da empresa, pois vários obstáculos poderão ser gerados por essa determinação. Elencando algumas hipóteses onde surgirão esses entraves, destacamos dificuldades de fornecimento de produtos e serviços, contratação de fornecedores e serviços, contratação de mão-de-obra, entre outras. Implicará na atividade da empresa, pois o fato dela não conseguir contratar fornecedores de matérias-primas, e até mesmo mão-de-obra, gerará problemas com a produção; haverá dificuldades em adquirir insumos e utensílios essenciais ao seu funcionamento cotidiano gerando óbices à obtenção de resultados; prejudicará a oferta dos seus produtos e serviços, uma vez em recuperação despertará na contratante o receio de que não seja capaz de oferecer o serviço ou produto. (PAULA, 2006)

Note-se que tal questão não era exigida no regime falimentar anterior (da concordata), em que o concordatário não necessitava transacionar no mercado com a referência explícita de seu estado de dificuldade. Isso acabava dando margem à prática de atos fraudulentos, pois o estado debilitado do devedor não raras vezes era exibido a seus novos contratantes no período da concordata, o que acarretava não só prejuízo para esses, mas também aos credores anteriores, caso o concordatário incorresse em descumprimento dos deveres decorrentes desta fase do processo e sobreviesse o decreto de falência.

Por outro lado, tal questão revela-se em um verdadeiro alívio para as empresas que optam pela recuperação extrajudicial e motivo de preocupação para os credores que aceitem firmar o Plano de reorganização nesse procedimento. Como se pode perceber, a norma do art. 69 da LRF é específica em relação à recuperação judicial e não se estende à extrajudicial, em razão de designação expressa no texto legislado, o que não autoriza ao intérprete fazer ilações acerca de seu conteúdo. Ao receber o pedido de recuperação, além das manifestações do juiz em seu despacho inicial (art. 52 da LRF), a empresa em recuperação está sujeita a adequar-se ao disposto no art. 69 da LRF, que enseja dever legal dirigido ao devedor (*caput* do artigo) e ao juízo competente (*parágrafo único* do artigo), o qual deverá, posteriormente no curso do processo, na decisão que encerrar a recuperação por cumprimento do Plano, ordenar “a comunicação ao Registro Público de Empresas para as providências cabíveis.” (art. 63, V, da LRF).

Desse modo, ao recuperar-se, a empresa em crise conduz o estigma da dificuldade, situação evidenciada por Wesley Roberto de Paula, nas seguintes palavras:

Com tal regramento, exaurem-se as condições dadas a esta empresa de competir no mercado (lembramos que a livre concorrência é um preceito constitucional, artigo 170, inciso IV). Entendemos que essa condição poderia ser uma condição interna ao processo, de interesse restrito às partes. É irrefutável que a situação econômica da empresa seja de interesse público. Torna-se controverso o preceito do artigo 69 em detrimento ao novo paradigma proposto pela nova lei, quando explicita a dificuldade pela qual a empresa passa. (PAULA, 2006).

Ao contrário das opiniões pessimistas da atualidade, mas pertinentes ao menos por provocarem o debate sobre o assunto<sup>141</sup>, acredita-se que tal regra é medida de segurança, não só aos credores (anteriores ou posteriores ao pedido de recuperação), mas também ao próprio mercado aberto, marcado pela assimetria das informações e contratos imperfeitos, que requer indicações mais abrangentes sobre o estado econômico-financeiro das empresas, para avaliar melhor as condições de transação.

Essa referência à condição da empresa em recuperação, determinada pela nova Lei Concursal, consagra uma maneira de fomentar o dever de informar ao empresário devedor, que deve sinalizar aos novos credores e ao mercado em geral sua real condição econômico-financeira, para que esses não fiquem ao desamparo em suas relações com o devedor ou possam estar mais bem preparados contra atos fraudulentos praticados por esse, e avaliar as taxas de risco e os custos de transação inerentes a cada negócio a realizar-se, considerando os indicadores de viabilidade da empresa, ao transacionarem com o devedor.

Logo, para que a empresa seja submetida aos mecanismos de recuperação é preciso possuir condições de suportar toda essa carga de esforços tendentes a manter os diálogos com a comunidade credora e com o próprio Judiciário, pois é dependente destes para realizar os imperativos de sua reorganização.

Nesse reformulado sistema concursal, há que se questionar sobre: a necessidade de melhor conscientização e formação especializada dos credores, a fim de se preparar e enfrentar a situação não mais sob os aspectos privatísticos, neste cenário em que a preocupação deve ocorrer mesmo antes do estado de crise da empresa devedora; o papel do Administrador Judicial no mais rápido e detalhado fornecimento de informação aos credores – função mais importe que a de fiscalização do cumprimento do Plano –, pois dessa tarefa inicial depende toda sorte dos envolvidos na relação débito-crédito; as exigências por um melhor aparelhamento do Poder Judiciário e do próprio Ministério Público, para que possam verificar e acompanhar os efeitos jurídicos e econômicos do procedimento recuperatório.

---

<sup>141</sup> Segundo afirmações do próprio Wesley Roberto de Paula (2006): “Não se pode avaliar ainda os resultados do novo regimento. Num futuro breve, os casos concretos poderão dizer se as premissas negativas aqui apontadas de fato surgirão, ou se foi acertada a inserção desse dispositivo à nova legislação.”

### 3.3.3 – A falência do empresário

A noção de falência fixou-se ao longo dos tempos na modernidade em torno do sentido de estado de impontualidade (inadimplência) e insolvência, considerada como situação de desequilíbrio patrimonial do devedor que apresenta um passivo maior que o ativo ou pela prática de atos ruinosos à credibilidade a ele confiada pelos demais sujeitos no mercado.

A impontualidade (inadimplemento ou atraso no adimplemento) remete à idéia de insolvência,<sup>142</sup> já o não cumprimento de garantias à satisfação das obrigações ou mesmo à prática de atos ruinosos conduz à noção de insolvabilidade. Nessa mesma direção as palavras de Álvares que, ao citar Provincialli (1958), destaca:

- a) insolvente é o que não paga, prescindindo-se do exame da causa;
  - b) insolvável, portanto, em estado de insolvabilidade, é o que não paga por não ter meios de fazê-lo.
- [...], o insolvente pode ser tal, não só em virtude da incapacidade objetiva do seu patrimônio de fornecer meios para a satisfação dos seus credores, porém, igualmente, em virtude de negligência, relutância ou deliberada negativa. Neste último caso, então, a insolvência é transitória, ficando a depender só da vontade do devedor.
- Enquanto isso, a insolvabilidade é definitiva e irremediável. (ÁLVARES, 1977, p. 64).

Esta compreensão acerca da falência que decorre da doutrina tradicional, permaneceu assente no direito falimentar brasileiro anterior, conforme palavras de J. C. Sampaio de Lacerda:

A falência se caracteriza como um processo de execução coletiva, decretado judicialmente, dos bens do devedor comerciante ao qual concorrem todos os credores para o fim de arrecadar o patrimônio disponível, verificar os créditos, liquidar o ativo, saldar o passivo, em rateio, observadas as preferências legais. (LACERDA, 1999, p. 18).

Não é diferente o significado da falência nos ensinamentos de Álvares (1977), Bessone (1995), Requião (1998), Valverde (2001). Portanto, a falência constitui-se num processo de execução coletiva, onde todos os credores do devedor empresário, ressalvadas as

---

<sup>142</sup> “A impontualidade ou inadimplemento, pois, é apenas um fato exterior revelador do estado de insolvência, entre outros que também podem denotá-lo, embora seja o mais fácil de ser detectado. Daí porque nos parece mais completa a noção de insolvência, aquela segundo a qual se considera em estado de insolvência o devedor que se encontra em incapacidade definitiva de adimplir, pelos meios normais, por força de desequilíbrio patrimonial. Este conceito compreende, pois, três elementos: a) incapacidade definitiva de pagar em dia; b) pelos meios normais; c) em virtude de insuficiência patrimonial.” (ABRÃO, 1977. p. 422).

exceções previstas legalmente, concorrem em um único juízo e em um único processo ao rateio do patrimônio do falido, características (unidade e universalidade) já referidas acima.

Para outros autores, como Comparato (1970), Abrão (1985), Lobo (1993), Bulgarelli (1999), Guimarães (2001), recentes horizontes na ordem econômica exigiam reformulação deste sentido liquidatório-solutório da falência (ABRÃO, 1985), de caráter repressivo e punitivo (LOBO, 1993), já assente na experiência de outros países. A esse respeito, mister destacar a lição de Lobo para quem:

Atualmente, em virtude da influência das idéias de conteúdo econômico e da importância da empresa como organismo produtivo de bens e riquezas, o caráter penal e repressivo da falência e a concepção de que se deve promover a liquidação do patrimônio do falido para realizar a *pars conditio creditorum* cederam lugar ao sistema de reorganização das empresas deficitárias, de forma a criar condições de fazê-la sair do “buraco” e volta a exercer as funções e atividades que motivaram a sua constituição. (LOBO, 1993, p. 32).

Em igual sentido, expressam-se Epstein; Nickles; White, ao afirmar com base na experiência norte-americana que:

Saber se uma corporação no Capítulo 11 é solvente ou não é como saber se um fósforo se iluminará quando é golpeado na caixa de fósforos. Somente destruindo o fósforo você pode dizer se iluminará. Somente pela dissolução da corporação, venda dos recursos e pagamento dos débitos pode-se dizer se a mesma é verdadeiramente insolvente. Assim, quando falamos de insolvência no contexto falimentar estamos falando sobre opiniões: opiniões dadas pelos experts em ambos os lados e opiniões do Tribunal em alguns casos. Inevitavelmente, portanto, a negociação destas questões ocorre na incerteza sobre os direitos e os interesses dos verdadeiros acionistas, porque nenhum dos jogadores está ansioso para arriscar conseqüências de uma sentença adversa, e porque o Tribunal não dá bom acolhimento a uma audiência longa e cara sobre a solvência de uma companhia grande. Comumente tais fatos são colocados geralmente de lado quando o plano for negociado entre representantes dos acionistas e representantes dos credores. Os fatos, entretanto, continuam a representar uma parte no processo da negociação. (EPSTEIN; NICKLES; WHITE, 1999, p. 742, tradução nossa)<sup>143</sup>.

---

<sup>143</sup> “Knowing whether a corporation in Chapter 11 is solvent or not is like knowing whether a match will light when it is struck on the matchbox. Only by destroying the match can you tell whether it will light. Only by dissolving the corporation and selling off the assets and paying the debts can one tell whether it is truly insolvent. Thus, when we speak of insolvency in the bankruptcy context we are speaking about opinions: opinions given by experts on both sides and opinions of the court in some cases. Inevitably, therefore, the negotiation on these questions takes place in uncertainty about the true rights and interests of the shareholders because none of the players is anxious to risk consequences of an adverse finding, and because the court does not welcome a long and expensive hearing about the solvency of a large company. Commonly such issues are pushed aside while the plan is negotiated between representatives of shareholders and representatives of the creditors. The issues, however, continue to play a part in the negotiation process.”

Espera-se que a aplicação da Lei Concursal de 2005, sob os auspícios do princípio de preservação da empresa, possa afastar-se daquele caráter punitivo e inserir-se nessa perspectiva econômica, fruto de uma interpretação construtiva ao preceito:

Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.

Na teoria econômica, o significado de falência não se identifica com o estado de insolvência, conforme lição de Santos:

Do ponto de vista da teoria económica, o papel das empresas é o de gerar um lucro económico no exercício dessa mesma actividade produtiva. Se, de uma forma não transitória, aquela criação de valor deixar de ocorrer, considera-se que a empresa se encontra economicamente falida – o que não significa, necessariamente, que a mesma se encontre insolvente, ou até mesmo confrontada com dificuldades de liquidez pra solver os seus compromissos para com os credores. A persistência temporal da situação de falência económica determinará, inexoravelmente, mais tarde ou mais cedo, a entrada em insolvência uma vez que, como é sabido, as dificuldades financeiras são uma resultante dos problemas económicos. (SANTOS, 2005, p. 182).

A atividade econômica é marcada pela exposição dos sujeitos a variados eventos previsíveis e de risco, que podem envolver tanto no campo interno da organização da atividade, quanto no externo, do mercado, face à necessidade de mobilidade da riqueza que se consubstancia na segurança dos institutos de Direito e na confiança das relações, em que imperam exigências, não somente de adimplemento das obrigações, mas também de manutenção do seu valor de mercado em relação ao custo de transação de seus ativos.

Os aspectos norteadores da denominada falência econômica, não estão dispostos numa relação direta de causa e efeito, mas antes exigem uma eficiente identificação, que para Santos:

Em termos económicos, uma empresa considera-se (economicamente) falida quando o seu valor de mercado na óptica da comunidade da exploração [Going concern] da sua actividade económica for menor do que o valor agregado de venda dos seus activos individualmente no mercado. Nestas circunstâncias, a decisão economicamente eficiente é a liquidação da empresa e a conseqüente afectação dos seus activos a outros fins.

A gênese de um quadro de insolvência aparece como o produto de uma interação complexa de uma pluralidade de factores das esferas real e financeira das actividade da empresa. Quanto ao primeiro tipo daqueles factores, a ocorrência de dificuldades económicas está inevitavelmente associada com a incapacidade, transitória ou estrutural para, sustentadamente, criar excedente na prossecução da sua actividade produtiva. Quanto ao segundo tipo de factores, a literatura é relativamente consensual quanto à relação positiva entre a probabilidade de insolvência e o grau de endividamento da empresa. (SANTOS, 2005, p. 183).

Desse modo, o sistema concursal atual, ao mover a insolvência do empresário devedor em direção ao estado de crise econômico-financeira da empresa, retira-lhe o sentido negativo de sanção, de punição do empresário (antes comerciante), que por longo tempo imperou sobre o cenário das quebras no setor empresarial brasileiro.

Outra questão que merece destaque são os aspectos da chamada “continuidade da empresa através da falência”<sup>144</sup> que ainda permanece firme no novo sistema concursal, cuja possibilidade de ocorrência pode se dar de modo provisório (art. 99, XI, LRF) ou definitivo, pela cessão da empresa (art. 140 e 141, LRF), e representa inovação significativa ao que previa o sistema falimentar anterior (por autorização excepcional disposta no art. 74 e por realização do ativo através de constituição de sociedade pelos credores ou autorização de cessão de ativos a terceiros pelo síndico, conforme dispunha o art. 123, §1.º)<sup>145</sup>.

Na primeira hipótese tem-se a continuação das atividades do falido em caráter provisório, sob o controle do administrador judicial, caso em que na sentença, ao decretar a falência do devedor, o juiz deverá manifestar-se *ex officio* ou a requerimento formulado na contestação pelo próprio devedor e desde que haja elementos para a preservação dos

<sup>144</sup> Para maiores detalhes ver: ABRÃO, Nelson. **A continuação do negócio na falência**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: LEUD. 1998.

<sup>145</sup> O Decreto-Lei n. 7.661 de 1945 dispunha que:

**Art 74.** *O falido pode requerer a continuação do seu negócio; ouvidos o síndico e o representante do Ministério Público sobre a conveniência do pedido, o juiz, se deferir, nomeará, para geri-lo, pessoa idônea, proposta pelo síndico.*

§ 1.º *A continuação do negócio, salvo caso excepcional e a critério do juiz, somente pode ser deferida após término da arrecadação e juntada dos inventários aos autos da falência.*

§ 2.º *O gerente, cujo salário, como os dos demais prepostos, será contratado pelo síndico mediante aprovação do juiz, ficará sob a imediata fiscalização do síndico e lançará os assentos das operações em livros especiais, por este abertos, numerados e rubricados.*

§ 3.º *O gerente assinará, nos autos, termo de depositário dos bens da massa que lhe forem entregues, e de bem e fielmente cumprir os seus deveres, prestando contas ao síndico.*

§ 4.º *As compras e vendas serão a dinheiro de contado; em casos especiais, concordando o síndico e o representante do Ministério Público, o juiz poderá autorizar compras para pagamento no prazo de trinta dias. As vendas, salvo autorização do juiz, não poderão ser efetuadas por preço inferior ao constante da avaliação.*

§ 5.º *O gerente recolherá, diariamente, ao estabelecimento designado para receber o dinheiro da massa (art. 209), as importâncias recebidas no dia anterior, e, no fim de cada semana, apresentará, para serem juntas aos autos, que se formarão em separado:*

**I** - *as relações das mercadorias adquiridas e vendidas e respectivos preços, caracterizando os negócios que, na conformidade do parágrafo anterior, tiverem sido feitos a prazo.*

**II** - *a demonstração das despesas gerais correspondentes à semana, inclusive aluguel e salário de propositos.*

§ 6.º *O juiz, a requerimento do síndico ou dos credores, ouvido o representante do Ministério Público, pode cassar a autorização para continuar o negócio do falido.*

§ 7.º *Cessar a autorização se o falido não pedir concordata no prazo do art. 178, ou, se o tiver feito, quando julgado, em primeira instância, o seu pedido.*

**Art. 123.** *Qualquer outra forma de liquidação do ativo pode ser autorizada por credores que representem dois terços dos créditos.*

§ 1.º *Podem ditos credores organizar sociedade para continuação do negócio do falido, ou autorizar o síndico a ceder o ativo a terceiro. (grifos nossos).*

interesses creditícios em jogo. Caso contrário, deverá o juiz determinar a lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 da LRF.

Desse modo, verifica-se no novo Direito Concursal a ocorrência da continuação provisória da empresa, em regra, por ato *ex officio* do juiz e, por exceção, pode a mesma ser requerida pelo falido, uma vez que também na falência há de prevalecer os ditames do princípio da preservação da empresa, ainda que ausentes as condições do procedimento recuperatório.

Há a manifestação *ex officio* do juiz no momento de prolatar a sentença, instante em que a Lei Concursal prima pela continuidade das atividades econômicas do falido sob o controle do administrador judicial<sup>146</sup> e aponta a lacração dos estabelecimentos como alternativa decisória ao juiz, invertendo-se a regra do direito falimentar anterior, quando a continuidade do negócio dava-se somente a requerimento do falido, do síndico, de credores, do curador da massa ou do Ministério Público (ABRÃO, 1998, p. 96-104). Esta medida vem salientar nessa nova sistemática o espírito publicístico que norteia o concurso recuperatório da empresa em crise.

Como já referido acima, Nelson Abrão é bastante esclarecedor sobre o assunto, notadamente pelos ensinamentos lançados sobre o sistema projetado, o que mostra a preocupação da doutrina já há algum tempo acerca do tema. Contudo, na doutrina ressoava a pergunta: “Mas, e quanto à possibilidade de o juiz determinar, *ex officio*, a continuação do negócio do falido na própria sentença declaratória da quebra, nomeando, ele próprio, no mesmo ato, pessoa idônea, para funcionar como gerente?” (LOBO, 1999c, p. 309). A partir da compreensão de que era preciso modificar os paradigmas do Direito Concursal nacional, para que pudesse assumir a direção dos tempos recentes, Lobo destacava de modo conclusivo:

Com efeito, não se pode pensar em falido no processo concursal moderno, como o fez a legislação brasileira em vigor, em termos de comerciante individual, mas sim de empresa, pequena, média ou grande, como centro de interesses e centro de atividades.

E, por igual, não se pode pensar na atuação do Poder Judiciário, no moderno processo concursal, como uma forma de compor interesse em conflito entre particulares, em que se observa o princípio dispositivo e do impulso processual, exclusivamente a cargo da parte interessada. (LOBO, 1999c, p. 310).

Opinião esta alicerçada nas então recentes tendências concursais no direito estrangeiro, sobretudo na lei belga de 1983 e na lei francesa 1985; reforça Jorge Lobo (1999c, p. 310) que

---

<sup>146</sup> Entende-se que o propósito da Lei concursal de 2005, nesse particular, é que o administrador judicial deva assumir o controle da atividade econômica do falido e permanecer à frente do negócio até que a Assembléia Geral de Credores nomeie um “gestor judicial” nos precisos termos do artigo 65, §1.º, da LRF.

esta última “instituiu o que já se denomina em sede doutrinária de ‘dirigismo judicial do processo concursal’ e em que sobressaem os poderes e atribuições de uma ‘magistratura econômica’”. Conforme se pode perceber, tal conjectura foi amparada na Lei Concursal de 2005, inserindo o Direito Brasileiro na rota de adesão aos preceitos jurídicos que vigem em outros países.

Resta descobrir se essa “magistratura econômica” efetivamente se instalará, para que os propósitos traçados nessa nova legislação concursal se façam sentir, pois como se pode observar alhures, os juízes já possuem os instrumentos necessários a uma conduta diferenciada e a resposta à indagação supra não deve tardar a encontrar uma manifestação afirmativa do poder judiciário que não pode mais manter o juiz como mero expectador ou observador dos arranjos creditícios dos interessados e envolvidos pela crise da empresa.

Por outro lado, para evitar seja decretada a falência, o devedor poderá em sua contestação manifestar as razões relevantes de escusa (art. 96 da LRF), momento em que deverá declinar também a situação econômica da empresa, para que possa requerer a continuação do exercício de suas atividades em caráter provisório, caso verifique não possuir as condições e pressupostos legais para formular o requerimento de recuperação judicial (art. 95, LRF), que prescinde de certo apoio administrativo e recursos financeiros, circunstância em que poderá viabilizar os ativos da empresa para fins de liquidação de seu passivo através da venda em bloco do estabelecimento (art. 140, LRF).

Essa compreensão coincide com as disposições do ab-rogado Dec.-Lei n. 7.661/45, que no art. 74 destacava ainda a necessidade de oportunidade do pedido, termo sobre o qual pronunciou Abrão:

No nosso modo de sentir, coincidentemente com a moderna concepção de empresa, são de natureza econômica e social as lesões que a continuidade do negócio procura impedir. É, sem sombra de dúvida, o significado da expressão “conveniência” excogitado pela lei, e cuja interpretação encontra respaldo na doutrina ditada por de Semo:

‘De resto, na prática, o prudente intérprete da norma referida conseguirá antes torná-la mais elástica referindo o conceito de “dano grave e irreparável” não apenas às razões econômicas da empresa, mas também à sorte do pessoal dependente, a considerações de caráter também social.’ (obra citada, página 413). (ABRÃO, 1998, p. 116).

Na segunda modalidade de continuação das atividades do falido tem-se a possibilidade de cessão da empresa, cujo objetivo é evitar que o patrimônio se deteriore ou se desvalorize ao longo do tempo, além de minimizar possíveis desvios e fraudes que podem ocorrer na fase de arrecadação da falência. A alienação da empresa que propicia a continuidade do

empreendimento caracteriza-se: a) com a venda de seus estabelecimentos em bloco; b) com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente (art. 140, LRF).

Trata-se de modalidade de continuidade da empresa em caráter definitivo sob controle de empresário diverso, que importa em nova direção, novo controle, resultado, por conseguinte, da separação entre empresa e empresário presente na atual Lei Concursal. Nessa hipótese, a Lei facilita a permanência da empresa, ao afastar da transição do controle as agruras dos efeitos sucessórios oriundos das obrigações tributárias e trabalhistas – derivadas da legislação do trabalho ou das indenizações por acidentes do trabalho – (art. 141, II, LRF), que sopesavam sobre os ombros do adquirente na legislação específica, desde que observadas as exceções previstas no art. 141, §1.º da mesma Lei.

Por esta abordagem ampla dos institutos do novo Direito Concursal Brasileiro, verifica-se que mesmo em condições adversas, como ocorre na falência, a empresa deve procurar mecanismos que lhe proporcionem condições de subsistir ao insucesso do empresário, porquanto congrega interesses estabelecidos muito além dos propósitos perseguidos por esse, servindo de repositório do conhecimento especializado que envolve práticas negociais (sócios, investidores, financiadores e fornecedores) e não negociais (trabalhadores, fisco, consumidores e seguridade social), amplamente concebidas no contexto da ordem social e econômica assegurada na Constituição.

### **3.4 – O procedimento de recuperação judicial de empresa**

#### ***3.4.1 – A instrumentalidade processual no direito da empresa: uma leitura da recuperação judicial e da falência***

Este tópico reserva-se a uma rápida incursão pelo texto normativo do novo Direito Concursal Brasileiro, menos para explicá-lo, pois isso ensejaria uma obra a parte, mas antes para apresentar uma descrição de sua dinâmica.

Quanto aos sujeitos, a Lei Concursal de 2005 alcança o empresário individual ou a sociedade empresária (art. 1.º, LRF c/c art. 966, CC) e não compreende: **a)** empresa pública; **b)** a sociedade de economia mista; **c)** instituição pública ou privada; **d)** cooperativa de crédito;

e) consórcio; f) entidade de previdência complementar; g) sociedade operadora de plano de assistência à saúde; h) sociedade seguradora; i) sociedade de capitalização; j) outras entidades legalmente equiparadas às anteriores (art. 2.º, LRF).

Em igual modo, não se sujeitam a esse regime aqueles que o Código Civil não considera empresário, ou seja, quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa (art. 966, parágrafo único).

Para a apreciação do pedido de reorganização da empresa em crise ou liquidação do patrimônio do empresário em dificuldades – homologar o acordo extrajudicial de recuperação, reconhecer a recuperação judicial ou decretar a falência –, o foro competente é o do domicílio do devedor, onde esteja situado o seu principal estabelecimento ou a filial da empresa com sede no estrangeiro (art. 3.º, LRF).

Nesse novo instituto, o devedor-empresário por meio de petição inicial apresenta ao judiciário requerimento da recuperação de suas atividades econômicas, fundamentado com um diagnóstico da situação financeira da empresa, acompanhado de uma série de documentos (art. 51, LRF).

Ao receber a inicial, o juiz, verificando estar conforme (art. 282, CPC c/c art. 51, LRF) defere seu processamento e determina as providências dispostas no art. 52, da LRF. No prazo de sessenta dias após a publicação desse despacho, o devedor deve apresentar sua proposta, para a renegociação das dívidas, inclusive as trabalhistas e tributárias, detalhada num plano de recuperação que tem por base as modalidades exemplificadas no art. 50, da LRF.

Para ciência dos credores, informados ou não pelo devedor, o juiz deve publicar aviso em jornal oficial ou de grande circulação no local ou região sobre o plano apresentado, para que possam apresentar impugnações (art. 53, parágrafo único, LRF). Não havendo impugnações o juiz reconhece a recuperação, cujo cumprimento fica a cargo do devedor sob o acompanhamento e a fiscalização do administrador judicial e do Comitê de Credores, se houver (art. 58, LRF). Caso contrário, a proposta será submetida a uma Assembléia Geral de Credores, convocada pelo juiz que poderá aprovar, modificar ou rejeitar o plano de recuperação (art. 56, LRF).

Na primeira hipótese (sem impugnação) o juiz reconhece a recuperação nos moldes supra. Nesse período de processamento do pedido de recuperação, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, exceto se houver concordância do juiz por “evidente utilidade”, ouvidos os credores (art. 66, LRF). Durante cento e oitenta dias ficam suspensas todas as execuções de créditos (art. 6.º, §4.º) e, nessa fase, apenas as

Fazendas Públicas e os credores com garantias fiduciárias têm o direito de executá-los (art. 52, III, LRF). A recuperação, uma vez reconhecida, tem duração por até dois anos, período em que se devem cumprir todas as obrigações previstas no plano (art. 61, LRF). Decorrido esse período e obedecidas as prerrogativas traçadas no plano de recuperação, o juiz decreta o encerramento da recuperação e determina as providências do artigo 63 da LRF. De outro lado, não cumpridos os termos do acordo, decreta-se a falência do devedor a partir do requerimento fundamentado de qualquer dos credores ou dos termos do relatório mensal do administrador judicial (arts. 61, §1.º; 73, IV; e 22, II, da LRF).

Na segunda hipótese (com impugnação) o juiz pode decretar a falência (art. 56, §4.º, LRF) ou impor o plano de recuperação aos credores (art. 58, §1.º e 2.º, LRF). Assim, em regra, a falência será decreta uma vez rejeitado o plano de recuperação pela Assembléia Geral de Credores (art. 56, §4.º, LRF). Entretanto, casos há em que sob certas circunstâncias (art. 58, §1.º, LRF), o juiz, ao observar que o plano rejeitado pela Assembléia na forma do disposto no art. 45 da LRF tenha obtido manifestação parcial favorável, poderá impor aos credores o plano de recuperação,<sup>147</sup> desde que o mesmo não implique em “tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado”, é o chamado “*cramdown* brasileiro” na expressão de Moreira, que afirma a esse respeito:

Tem-se, aqui, o ponto de maior exigência do juiz da recuperação e seu papel mais importante no processo de recuperação de empresas. A imposição do plano aos credores discordantes pressupõe exame do tratamento diferenciado, para que possa medir suas conseqüências pra todas as classes de credores e seus respectivos integrantes. (MOREIRA, 2005, p. 258).

Conforme destaca Moreira (2005, p. 258) a legislação brasileira nesse tópico não acompanhou a lei americana, que nesse tema informa a necessidade de o plano ser justo,

---

<sup>147</sup> Em notícia veiculada no jornal Valor Econômico no final de 2005 trazia como título: *Plano recusado poderá não resultar em falência*. Recuperação judicial: Juízes dizem que interpretação da lei depende do caso.

Ao retratar o caso da Parmalat e da Varig quanto a discussão do plano de recuperação pela Assembléia de Credores afirmava: “A dúvida é o que pode acontecer com essas empresas – e com todas as outras que pediram recuperação – se seus planos não tiverem o aval dos credores. A nova Lei de Falências diz, em seu artigo 56, que neste caso a falência deve ser decretada, mas alguns Juízes não entendem exatamente dessa forma. Segundo eles tudo depende. São as dúvidas de uma lei que ainda está sendo testada pelo Poder Judiciário e que completa hoje apenas seis meses de existência já bombardeada por sugestões de alterações.”

A esse respeito, o artigo deixa claro ainda que os juízes que cuidavam desses casos (Alexandre Lazarrini (SP) e Márcia Cunha (RJ), respectivamente) opinaram pela manutenção da decisão da assembléia. Além desses o artigo retrata a posição de Newton de Lucca, para quem: “o artigo da nova lei de falências que afirma que a falência será decretada se o plano de recuperação não for aprovado não pode ser interpretado literalmente pelo texto da lei. Segundo ele, cabe ao juiz analisar a proposta apresentada, se é ou não consistente. Além disso, diz ele que deve ser observado o quorum da votação para analisar se o plano deixou de ser aprovado, por exemplo, por uma diferença mínima de votos e que acabaria por prejudicar a grande massa de credores. Além disso, Lucca defende que o juiz tem o poder de até mesmo desaprovar planos de recuperação que considerar inconsistentes mesmo com sua aprovação na assembléia de credores.” (Josette Goulart, SP, Jornal Valor Econômico de 09-12-2005).

equitativo e não discriminatório, pelo que entende o autor ser o sistema pátrio “legalista, fechado e não dá margem ao juiz para a imposição de plano que possa recuperar a empresa a despeito da discordância dos credores”. A respeito disso, acredita-se que a Lei Concursal Brasileira apresenta uma forma de equidade para a atuação do juiz, que não está à mercê das decisões da Assembléia Geral de Credores. A forma legislada é acertada porque oferece uma parcela equitativa de atuação ao juiz no âmbito publicístico do procedimento e, sob essa perspectiva, a maneira deve mesmo ser “fechada” em atenção ao que dispõe o art. 127 do CPC.

A sentença que reconhece a recuperação judicial e a que decreta a falência cabe recurso de agravo (art. 59, §2.º e 100, LRF), já a decisão que julga improcedente o pedido de falência cabe apelação (art. 100, *in fine*, LRF).

A falência, decretada em decorrência de processo recuperatório, seja nas situações acima descritas, seja nos demais casos do artigo 73, da LRF, segue o procedimento descrito nos artigos 75 a 160 da LRF e envolve a prática de atos judiciais tendentes a inabilitação para exercício da empresa pelo falido; arrecadação e custódia de seu patrimônio; realização do ativo, inclusive de modo alternativo; pagamento dos credores; e declaração de encerramento e extinção das obrigações do falido; além das disposições que dizem respeito aos aspectos criminais específicos da quebra (art. 168 a 188, LRF).

#### **3.4.1.1 – As microempresas e as empresas de pequeno porte na recuperação judicial**

O diploma concursal em seu aspecto teleológico visa a recuperação das MGE's (Médias e Grandes Empresas), sendo que a recuperação das MPE's (Micros e Pequenas Empresas) obedece a tratamento especial e diferenciado nos termos da Constituição de 1988 (arts. 170, IX e 179) e da Lei n. 9.841/99 (Ab-rogada pela Lei Complementar n. 123/06). A lei de recuperação de empresas e falência estabelece, assim, um procedimento ordinário para a recuperação da média e macro-empresa, e submete as microempresas e empresas de pequeno porte a um procedimento especial, dilatando o prazo de cumprimento do plano de recuperação para 36 meses (art. 71, II, LRF) e abrangendo apenas os credores quirografários, ao contrário daquelas que dispõe de dois anos (art. 61, LRF) e alcançam todos os credores sem distinção. Além disso, se assim desejarem (art. 71, §1.º, LRF), as MPE's podem submeter-se ao sistema ordinário de recuperação da LRF.

A legislação atual preocupa-se com as questões ligadas à macro-empresa, tanto que asseverou limite mínimo à efetivação de execução concursal liquidatária (art. 94, I, LRF), incluiu as empresas de transporte aéreo (art. 199, LRF) e reservou certa margem de preceitos normativos para a MPE, especificamente no que se refere ao plano de recuperação.

Certo é que o número de MPE's é bem superior aos das MGE's no mercado brasileiro<sup>148</sup>, logo está claro que a LRF preocupa-se mais com a situação dos grandes empreendimentos e conglomerados empresariais, cujo desarranjo econômico-financeiro causa reflexos mais ruinosos no aspecto sócio-econômico, seja por envolver cifras monetárias elevadas no âmbito de atuação privada do crédito público a cargo das instituições financeiras e do mercado de capitais (investidores internacionais) ou da receita pública do Estado (aspecto tributário, previdenciário e de fomento [BNDES]), seja por atingir um maior número direto ou indireto de consumidores e trabalhadores.

Apesar disso, a LRF mantém-se afinada com os princípios consagrados no texto constitucional, ao conferir certas regras especiais e diferenciadas à MPE, em razão de suas condições excepcionalíssimas de organização e manutenção no mercado. Assim, a Lei Concursal traça procedimento especial em conformidade com as disposições normativas previstas no Direito Constitucional-Empresarial, que dispõe sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido, além do que elas podem manter escrituração comercial simplificada para os efeitos da Lei de Recuperação e Falência de 2005.

### ***3.4.2 – Os órgãos concursais na recuperação judicial***

Os órgãos concursais presentes na estrutura publicista da Lei Concursal de 2005 congregam a participação conjunta dos credores na condução de seu objetivo central: a

---

<sup>148</sup> Segundo estudo realizado pelo Observatório das MPEs do SEBRAE-SP e divulgado em 24-11-2006, demonstra a evolução de MPE's, médias e grandes empresas entre 2000 e 2004. Nesse período foram abertos 924 mil novos estabelecimentos, dos quais 99% são de micro e pequeno porte.

Retrata ainda o trabalho que: “em 2004, no Brasil, havia 5.110.285 estabelecimentos no setor privado. Desse total, 5.028.318 estabelecimentos eram de MPEs (ou 98% do total de estabelecimentos) e 81.967 estabelecimentos de médias e grandes empresas (2% dos estabelecimentos). Cerca de 56% das MPEs encontravam-se no comércio, 30% em serviços e 14% na indústria. Com respeito às médias e grandes empresas, as proporções eram diferentes: 72% dos estabelecimentos de MGEs encontravam-se no setor de serviços, 11,14% no comércio e 14% na indústria.”

Verifica-se, ainda, que: “as Micro e Pequenas Empresas (MPEs) representam na economia: a) 98% das empresas do país; b) 67% das pessoas ocupadas; c) 56% dos empregados com carteira assinada (CLT); d) 62% das empresas exportadoras; e) 2,3% do valor das exportações; f) 20% do PIB.” (BEDÊ, 2006).

reorganização da empresa em crise; que coordenados pela manifestação isolada ou em conjunto desses atores creditícios conta com o apoio de órgãos individuais ou coletivos, tais como o Administrador Judicial e o Ministério Público, no primeiro caso; o Comitê de Credores e a Assembléia Geral de Credores na segunda hipótese.

A tarefa dos órgãos colegiados na Lei de Recuperação e Falência de 2005 é difícil de ser concatenada, pois reúne os interessados a contra gosto e sem que tenha havido uma convivência ou conveniência prévia, e que sobre seus interesses privados impera condições de deliberação publicistas, declinadas no art. 50 da Lei. Tratam-se, portanto, de sujeitos estranhos em uma marcha única e que gera reflexo em suas organizações de um modo único, pois o devedor é único e comum, muito embora existam aspectos peculiares em cada situação jurídica creditícia que, não raras vezes, são impostas restrições severas.

A propósito, assevera Jorge Lobo que a explicação e justificativa da parcela de envolvimento dos credores, está na “teoria do esforço compartilhado” e acrescenta:

A teoria do esforço compartilhado aplica-se àquelas situações que reclamam e impõem a revisão das obrigações pecuniárias em pleno vigor, decorrentes de atos jurídicos perfeitos e acabados, que fazem “lei entre as partes” desde os romanos, em virtude de finalidades que determinam a intervenção do Estado no domínio dos contratos privados, por razões de ordem política, social, econômica, financeira, administrativa, cambial, etc. (LOBO, 2005, p. 129).

Os órgãos colegiados são compostos de forma paritária com o propósito de servir como referencial único ao exercício de direitos de acesso ao crédito na situação de dificuldade econômico-financeira da empresa. Esses órgãos são constituídos pela paridade de seus membros (credores), a fim de se estabelecer igualdade de tratamento no que se refere a *equity* no direito anglo-americano, ou seja, iguais condições de acesso a direitos, uma vez que se está diante de uma pluralidade diversificada de interesses creditícios. Em suas formações não há uma pré-disposição dos credores a estar ali, a compor o órgão que manifesta, não raras vezes, vontade contrária a alguns de seus integrantes, em virtude de sua natureza deliberativa, uma vez que eles esperam que as obrigações sejam cumpridas no modo e tempo pactuados.

Desse modo, esses atores estranhos num mesmo processo não podem se deixar levar pelos interesses individuais e devem compô-los num plano de recuperação coletivo e multilateral, embora único a todos, que requer sejam trabalhados os interesses do grupo de credores no intuito de promover a preservação da empresa como medida de resgate de seus haveres, se esta for a escolha econômica mais eficiente e resulte na redução dos custos de transação, medida a partir da análise de viabilidade econômico-jurídica da empresa.

Eis o paradoxo dos órgãos colegiados “um ambiente de tensão que conclama a ação coordenada de interesses”, cujo propósito é possibilitar a recuperação do empreendimento, uma vez presente a viabilidade econômico-jurídica da empresa. Assim, os órgãos devem produzir uma aproximação eficiente dos interesses presentes na relação débito-crédito e os harmonizar com a prerrogativa de preservação da empresa, dos postos de trabalho e dos direitos dos credores.

Nas linhas que seguem, passa-se a análise dos aspectos gerais de cada órgão concursal.

### **3.4.2.1 – O Administrador Judicial**

Ao ser deferido o pedido de processamento da recuperação judicial (art. 52, I, LRF) ou decretada a falência (art. 99, IX, LRF) cabe ao juiz nomear um administrador judicial (art. 21, LRF) que assume atribuições administrativas<sup>149</sup> na condução do processo, sob a fiscalização do Comitê de Credores, do juiz e do Ministério Público (art. 127, CR/88).

O administrador deve ser profissional idôneo, com formação em nível superior, preferencialmente, nas áreas de direito, economia, administração de empresa ou contabilidade (art. 21, LRF). Apesar das expressões da lei, para Perin Junior (2005, p.174) deve-se compreender também “o engenheiro civil, hodiernamente, exerce função multifacetada e, em muitos casos, sobrepõe-se às demais, numa visão holística da administração empresarial.” A esse entender acrescenta-se o engenheiro de produção, que na atualidade está cada vez mais presente e integrado no grupo de gestores das empresas. Não se deve esquecer ainda da chamada pessoa jurídica especializada, cujo objeto social compreenda atividade concernente às áreas de conhecimento dimensionadas na lei, tenham ou não vocação social para atuar em aspectos de gestão de risco empresarial ou gestão de dificuldade empresarial, como já se tem afirmado alguns empreendimentos no mercado.

Na recuperação judicial, a função de destaque do administrador judicial é fiscalizar as atividades do devedor no cumprimento do plano de recuperação judicial, haja vista que, em tal situação não há, necessariamente, o afastamento do devedor de suas atividades; bem como, harmonizar os interesses creditícios da relação débito-crédito envolvidos na recuperação,

---

<sup>149</sup> Para maiores detalhes ver: ABRÃO, Nelson. **O síndico na administração concursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

notadamente, no momento de deliberação do plano, pois seu envolvimento nessa nova dinâmica concursal deve ser parcial apenas à reorganização da empresa.

Espera-se desse ator no processo de recuperação uma postura diferenciada, pois “desenvolvendo-se a administração judicial sob o enfoque dos princípios que regem a teoria econômica, e não mais com tom marcadamente processualístico, o procedimento falimentar, em sentido lato, tem na atuação do administrador, sua faceta preponderante.” (PERIN JUNIOR, 2005, p. 175).

Desse modo, ressalta-se o papel de fiscalização e coordenação do administrador judicial no exercício do “munus público” que lhe é confiado pelo Estado, que se transfigura em verdadeira atividade marcada pela função socialitária dos mecanismos de reerguimento da empresa. A respeito disso, manifesta-se Pimenta no seguinte sentido:

O administrador judicial deve ter embasamento teórico e prático em contabilidade, administração, economia e direito não para colaborar ativamente na efetivação do plano de recuperação judicial da empresa, mas, ao contrário, para auxiliar aos credores e principalmente ao juiz na fiscalização do devido cumprimento das diretrizes e medidas traçadas pelo plano de recuperação.

É um profissional ou uma pessoa jurídica especializada que atuará também junto aos credores, facilitando, viabilizando ou mesmo efetivando a realização de uma série de medidas a serem tomadas em favor deles. (PIMENTA, 2006, p. 173).

As atribuições do administrador judicial estão elencadas no artigo 22, da LRF<sup>150</sup>, tanto no que se refere à recuperação da empresa, quanto em relação à falência do empresário. Certo

---

<sup>150</sup> **Art. 22.** Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

**I - na recuperação judicial e na falência:**

- a) enviar correspondência aos credores constantes na relação de que trata o inciso III do caput do art. 51, o inciso III do caput do art. 99 ou o inciso II do caput do art. 105 desta Lei, comunicando a data do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito;
- b) fornecer, com presteza, todas as informações pedidas pelos credores interessados;
- c) dar extratos dos livros do devedor, que merecerão fé de ofício, a fim de servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos;
- d) exigir dos credores, do devedor ou seus administradores quaisquer informações;
- e) elaborar a relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei;
- f) consolidar o quadro-geral de credores nos termos do art. 18 desta Lei;
- g) requerer ao juiz convocação da assembléia-geral de credores nos casos previstos nesta Lei ou quando entender necessária sua ouvida para a tomada de decisões;
- h) contratar, mediante autorização judicial, profissionais ou empresas especializadas para, quando necessário, auxiliá-lo no exercício de suas funções;
- i) manifestar-se nos casos previstos nesta Lei;

**II - na recuperação judicial:**

- a) fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial;
- b) requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação;
- c) apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor;
- d) apresentar o relatório sobre a execução do plano de recuperação, de que trata o inciso III do caput do art. 63 desta Lei;

**III - na falência:**

é que no instituto da recuperação os deveres do administrador judicial incluem situações outras muito mais amplas que os do comissário na antiga concordata, porquanto agora se exige uma postura mais pró-ativa voltada a consecução dos propósitos estabelecidos no plano de recuperação.

Sob essa perspectiva cabe indagar: o Administrador deve procurar investigar abusos ou fraudes praticados em nome da pessoa jurídica que tenham resultado em prejuízo da condição econômico-financeira da empresa? Ou deve apenas se contentar em cumprir e fazer cumprir os preceitos contidos no plano de recuperação ou na LRF que orientam a salvaguarda do estado econômico-financeiro da empresa? Nesse trabalho, propõe-se a oferecer respostas a esses questionamentos, pois se entende que o administrador desempenha função primaz na

- 
- a) avisar, pelo órgão oficial, o lugar e hora em que, diariamente, os credores terão à sua disposição os livros e documentos do falido;
  - b) examinar a escrituração do devedor;
  - c) relacionar os processos e assumir a representação judicial da massa falida;
  - d) receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando a ele o que não for assunto de interesse da massa;
  - e) apresentar, no prazo de 40 (quarenta) dias, contado da assinatura do termo de compromisso, prorrogável por igual período, relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de falência, no qual apontará a responsabilidade civil e penal dos envolvidos, observado o disposto no art. 186 desta Lei;
  - f) arrecadar os bens e documentos do devedor e elaborar o auto de arrecadação, nos termos dos arts. 108 e 110 desta Lei;
  - g) avaliar os bens arrecadados;
  - h) contratar avaliadores, de preferência oficiais, mediante autorização judicial, para a avaliação dos bens caso entenda não ter condições técnicas para a tarefa;
  - i) praticar os atos necessários à realização do ativo e ao pagamento dos credores;
  - j) requerer ao juiz a venda antecipada de bens perecíveis, deterioráveis ou sujeitos a considerável desvalorização ou de conservação arriscada ou dispendiosa, nos termos do art. 113 desta Lei;
  - l) praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações, diligenciar a cobrança de dívidas e dar a respectiva quitação;
  - m) remir, em benefício da massa e mediante autorização judicial, bens apenhadados, penhorados ou legalmente retidos;
  - n) representar a massa falida em juízo, contratando, se necessário, advogado, cujos honorários serão previamente ajustados e aprovados pelo Comitê de Credores;
  - o) requerer todas as medidas e diligências que forem necessárias para o cumprimento desta Lei, a proteção da massa ou a eficiência da administração;
  - p) apresentar ao juiz para juntada aos autos, até o 10<sup>o</sup> (décimo) dia do mês seguinte ao vencido, conta demonstrativa da administração, que especifique com clareza a receita e a despesa;
  - q) entregar ao seu substituto todos os bens e documentos da massa em seu poder, sob pena de responsabilidade;
  - r) prestar contas ao final do processo, quando for substituído, destituído ou renunciar ao cargo.

§ 1<sup>o</sup> As remunerações dos auxiliares do administrador judicial serão fixadas pelo juiz, que considerará a complexidade dos trabalhos a serem executados e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes.

§ 2<sup>o</sup> Na hipótese da alínea *d* do inciso I do caput deste artigo, se houver recusa, o juiz, a requerimento do administrador judicial, intimará aquelas pessoas para que compareçam à sede do juízo, sob pena de desobediência, oportunidade em que as interrogará na presença do administrador judicial, tomando seus depoimentos por escrito.

§ 3<sup>o</sup> Na falência, o administrador judicial não poderá, sem autorização judicial, após ouvidos o Comitê e o devedor no prazo comum de 2 (dois) dias, transigir sobre obrigações e direitos da massa falida e conceder abatimento de dívidas, ainda que sejam consideradas de difícil recebimento.

§ 4<sup>o</sup> Se o relatório de que trata a alínea *e* do inciso III do caput deste artigo apontar responsabilidade penal de qualquer dos envolvidos, o Ministério Público será intimado para tomar conhecimento de seu teor.

condução de todos os atos jurídicos (ação de responsabilidade social [art. 82, LRF], desconsideração da personalidade jurídica [art. 50, CC] e relatório circunstanciado que aponte causas da falência, comportamento do devedor e eventual prática de crime falimentar [art. 22, III, LRF]) e extrajurídicos (relatórios mensais acerca do cumprimento do plano [art. 22, II, LRF]), ambos de manifestação necessária no procedimento da recuperação de empresa em crise.

Pela atividade desempenhada, a Lei Concursal reserva, ao profissional ou a pessoa jurídica em destaque, direito a perceber remuneração fixada pelo juiz, que estabelece o valor e a forma de pagamento da mesma, observados a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes, que não poderá exceder a 5% (cinco por cento) do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor de venda dos bens na falência (art. 24, LRF); e será paga pelo devedor ou pela massa falida, incluindo as pessoas eventualmente contratadas para auxiliá-lo (art. 25, LRF).

O administrador judicial está, ainda, sujeito a ser afastado do exercício de suas atribuições, não *ad nutum* como ocorre com o administrador no direito societário, porquanto este órgão possui natureza distinta daquele. No caso da LRF o administrador judicial, por um lado está sujeito a substituição voluntária por meio da renúncia, ato unilateral e direito potestativo de manifestação de vontade própria (art. 24, §3º, LRF), que sendo imotivada (sem relevante razão) acarreta o não pagamento de remuneração pelo período que esteve atuando na questão. Por outro lado, sujeita-se a substituição forçada ou destituição por ato do juiz em casos de desobediências aos preceitos legais; descumprimento de deveres; omissão, negligência ou prática de ato lesivo às atividades do devedor ou a terceiros (art. 31, LRF). A propósito, ressalta Pimenta que:

Assim, será destituído de suas funções no processo de recuperação de empresa ou falência o administrador judicial, gestor judicial ou integrante do comitê de credores que culposa ou dolosamente:

1. violar seu *dever de obediência* aos preceitos da Lei n. 11.101/2005;
2. violar seu *dever de diligência* ao atuar de maneira omissa ou negligente;
3. violar seu *dever de lealdade* pela prática de ato lesivo às atividades do devedor ou de terceiros. (PIMENTA, 2006, p. 180, grifo nosso).

Como toda atividade de relevante razão de direito, as funções desempenhadas pelo administrador judicial expõem-lo a severas restrições normativas cujas conseqüências o responsabilizam por atos que acarretem prejuízos à massa, ao devedor ou aos credores, caso

tenha agido com dolo ou culpa (art. 32, LRF), nos moldes dos preceitos generalizantes do Código Civil de 2002 (art. 186 e 927).

#### **3.4.2.2 – O Comitê e a Assembléia Geral de Credores**

O comitê de credores é órgão colegiado facultativo (art. 27, LRF), pode ser constituído por decisão da assembléia geral (art. 35, I, b, LRF), cabendo ao juiz, a requerimento de credores que representam a maioria dos créditos de uma classe, a nomeação ou substituição de representante ou suplente, em qualquer fase da recuperação judicial (art. 26, §2º, LRF). Ao serem nomeados, os membros do comitê e o administrador judicial devem assinar o termo de compromisso (art. 33, LRF); e têm suas atribuições particularizadas na forma do artigo 27 da LRF.

A Lei Concursal também trata dos casos de impedimento e suspeição para aqueles que venham a integrar o comitê de credores ou exercer as atividades inerentes ao administrador judicial (art. 30, LRF)<sup>151</sup>, que compreendem atuação em atividades correlatas no período regressivo de cinco anos, bem como guarde relação de parentesco, amizade, inimizade, ou se for dependente do devedor ou qualquer de seus administradores, controladores ou representantes legais.

O comitê é composto por três representantes, sendo uma representação dos empregados, uma da classe de credores com garantia real ou de privilégios especiais e uma dos credores quirografários; cada classe conta duas vagas de suplente (art. 26, LRF). Apesar dessa estrutura, o comitê de credores pode funcionar com número menor de membros. Há autores<sup>152</sup> que entendem que o Comitê pode funcionar até mesmo com membro de apenas

---

<sup>151</sup> **Art. 30.** Não poderá integrar o Comitê ou exercer as funções de administrador judicial quem, nos últimos 5 (cinco) anos, no exercício do cargo de administrador judicial ou de membro do Comitê em falência ou recuperação judicial anterior, foi destituído, deixou de prestar contas dentro dos prazos legais ou teve a prestação de contas desaprovada.

§ 1º Ficará também impedido de integrar o Comitê ou exercer a função de administrador judicial quem tiver relação de parentesco ou afinidade até o 3º (terceiro) grau com o devedor, seus administradores, controladores ou representantes legais ou deles for amigo, inimigo ou dependente.

§ 2º O devedor, qualquer credor ou o Ministério Público poderá requerer ao juiz a substituição do administrador judicial ou dos membros do Comitê nomeados em desobediência aos preceitos desta Lei.

§ 3º O juiz decidirá, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sobre o requerimento do § 2º deste artigo.

<sup>152</sup> Para maiores detalhes ver: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. In SOUZA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 180.

uma classe e seus suplentes, ao passo que outros<sup>153</sup>, como Pimenta (2005, p. 163), discordam por entenderem que deve ser mantido o caráter coletivo do órgão.

A opção pela criação de um Comitê obedece aos propósitos publicísticos da nova Lei Concursal, que desse modo promove a participação dos credores na condução do procedimento de maneira paritária, conjugando todos os interesses aparentemente antagônicos, seja pela forma de estabelecimento, expressão ou mesmo princípios que precipita. Por isso, autores como Pimenta (2006, p. 164) e Perin Junior (2005, p. 190) defendem que o Comitê de Credores da Lei Concursal pode ser comparado ao Conselho de Administração da Lei de Sociedade Anônima, pois apresentam características semelhantes e orientam sobre a possibilidade de aplicação das regras deste como forma de melhor estruturar o funcionamento daquele, o que se acredita ser o posicionamento mais acertado.

Os membros do comitê não estão sujeitos ao recebimento de remuneração (art. 29, LRF), porquanto se trata de órgão concebido para a estrita fiscalização dos interesses dos credores e por eles composto.

Os membros do comitê sujeitam-se às mesmas regras que disciplinam a atuação do administrador judicial quanto à destituição de membro (art. 30, §2º e 31, LRF) e quanto à responsabilidade pelos prejuízos causados (art. 32, LRF).

A Assembléia Geral de Credores é órgão deliberativo igualmente paritário que exerce função de extrema importância, quer nas modalidades de recuperação da empresa, quer na falência. No contexto da Lei Concursal de 2005, ao contrário do que havia no sistema falimentar anterior (art. 122 e 123, Dec.-Lei n. 7.661/45), a Assembléia de Credores adquire adequado tratamento quanto à convocação (art. 36, LRF), a organização – composição (art. 41, LRF); presidência (art. 37, LRF); participação - sócios (art. 43, LRF) –; e a deliberação – atribuições (art. 35, LRF); direito de voto (art. 39, LRF); quorum de votação (art. 44, LRF); adiamento ou suspensão da assembléia (art. 40, LRF).

Da mesma maneira que o Comitê de Credores, autores como Perin Junior (2005, p. 190) e Pimenta (2006) equiparam a Assembléia Geral de Credores da Lei Concursal de 2005 à Assembléia Geral de Acionistas da Lei de Sociedade Anônima, afirmando este último que:

Todas essas modalidades de assembléia apresentam três níveis diferentes de formalidades a serem respeitadas, sendo de se notar que a inobservância de qualquer uma delas acarreta, tanto para a assembléia-geral de sócios como também para a assembléia-geral de credores, a nulidade do ato e das deliberações ali tomadas.

---

<sup>153</sup> Para maiores detalhes ver: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 69.

Cumpra, repetimos, atentar para o cumprimento destas formalidades sem deixar que elas acabem por acarretar a ineficiência da assembléia e da própria recuperação. (PIMENTA, 2006, p. 147).

Esses três níveis de formalidades, aludidas por Pimenta (2006, p. 148-159), referem-se aos âmbitos de *convocação*, *instalação* e *deliberação*, dispostas sob a distribuição normativa acima referida, o que oferece uma adequada noção integradora do sistema jurídico empresarial vigente que não pode ser ignorada.

A convocação da assembléia far-se-á pelo juiz por ato *ex officio* (art. 36, LRF), na recuperação judicial após a impugnação do plano (art. 56, LRF) e na falência a qualquer tempo, ou mediante requerimento dos credores que representem no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) do valor total dos créditos de uma determinada classe (art. 36, §2.º, LRF) ou pelo Comitê de Credores, em ambos os casos a qualquer tempo. A convocação feita por meio de edital na forma da Lei, deve conter também segundo Saddi (2005, p. 204-205) “a ordem do dia, e o local onde os credores poderão obter cópia do plano de recuperação judicial a ser submetido à deliberação da Assembléia”. Essa medida é importante porque permite que o credor possa analisar “o plano de recuperação ou o plano de liquidação de ativos na falência, sem ser pego de afogadilho nas diversas questões que podem ser suscitadas”. (SADDI, 2005, p. 205). Tal posição revela, outrossim, o aspecto de transparência, lealdade e probidade que se espera nesses tipos de procedimentos recuperatórios ou liquidatórios, a fim de amenizar as tensões havidas entre os diversos interesses creditícios.

Nessa direção de raciocínio é imperioso notar que pelas características identificadas, assim como na sociedade anônima, na recuperação de empresa a assembléia pode ser levada a suspender suas atividades, “para que as partes possam considerar sobre as propostas e contra-propostas referentes ao plano apresentado.” (PIMENTA, 2006, p.159). A solução apresentada por Eduardo G. Pimenta permite a avaliação pessoal pelos credores acerca dos termos do plano apresentado em assembléia sob o intermédio do administrador judicial, para que não haja favorecimento de um credor em detrimento dos demais, além do que já foi concedido pela Lei. Tal possibilidade de suspensão da assembléia geral de credores encontra fundamento jurídico e econômico na lição de Pimenta:

Adotada a perspectiva eminentemente jurídica de interpretação do ordenamento, deve-se reconhecer que a já demonstrada semelhança (na verdade quase igualdade) entre as assembléias de sócios e a assembléia-geral de credores permite sejam invocadas, por analogia, as prerrogativas de uma à outra. Já sob uma análise econômica, parece-nos inegável que a possibilidade de suspensão dos trabalhos da assembléia-geral de credores é um importante mecanismo de facilitação das transações entres os interessados, o que reduz os custos inerentes a tal negociação. (PIMENTA, 2005, p. 160).

Em se tratando de recuperação extrajudicial, manifesta-se também importante a consolidação da Assembléia de Credores, cabendo ao devedor efetivar a convocação mediante publicação de edital, para que os credores reunidos possam deliberar sobre a proposta de acordo na recuperação, produzir documentos, aprovar a proposta de recuperação do devedor, além de outros encargos. Como nesse caso não há a nomeação de “articulador” na relação débito-crédito, que seja encarregado das tarefas que em juízo são conferidas ao administrador judicial, cabe ao devedor desempenhar essas atividades, muito embora nada impede a presença de um juiz arbitral, o que se entende ser extremamente útil, não só na facilitação da composição creditícia, mas também na promoção de meios hábeis à redução dos custos de transação e de informação que integram as oportunidades envolvidas no certame.

### **3.4.2.3 – O Ministério Público**

O Ministério Público deve intervir nos processos de recuperação judicial e de falência, nos casos indicados pela lei, considerado, assim, também um órgão em tais processos.

Havia no projeto da LRF o vetado artigo 4.º, que previa participação irrestrita do Ministério Público no processo de recuperação judicial ou de falência; e, ainda, em toda ação movida pela massa falida ou contra ela por terceiros fora do juízo falimentar. Ante ao veto presidencial<sup>154</sup>, a intervenção do Ministério Público permanece obrigatória apenas nos casos expressamente previstos na LRF ou nas diversas normas da legislação especial.

Não obstante, pretendia-se no projeto original (PL n. 4.376/93)<sup>155</sup> que a intervenção do *parquet* se desse em todos os atos previstos na lei, porém, caso essa manifestação não ocorresse no prazo indicado, os autos retornariam ao juízo, evitando-se desta maneira atrasos injustificáveis, para fins de se dinamizar o curso do processo. Tal situação não poderia mesmo prevalecer, pois totalmente contrária aos dispositivos constitucionais.

A participação do Ministério Público dá-se como verdadeiro *órgão* nos procedimentos recuperatórios da empresa em crise ou falimentar do empresário em dificuldade de gestão em seu empreendimento, não apenas como fiscal da lei (*custos legis*), mas também pela imperiosa

---

<sup>154</sup> Mensagem nº 59, de 09/01/2005, expedida pela Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Msg/Vep/VEP-0059-05.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Msg/Vep/VEP-0059-05.htm). Acesso em: 10-mai.-2007.

<sup>155</sup> A esse respeito: Art. 7.º A intervenção do Ministério Público é obrigatória, tanto na recuperação como na liquidação judicial do devedor, mas se não houver manifestação em tempo hábil deste órgão, os autos serão imediatamente conclusos ao Juiz. (ABRÃO, 1997, p. 457).

vocação na defesa dos direitos coletivos e individuais homogêneos (art. 8.º; art. 19; art. 59, §2.º; art. 143, LRF); na fiscalização do cumprimento das atribuições legais, tanto do administrador judicial, quanto do falido (art. 104, VI; art. 154, §3.º; LRF); da intimação para conhecimento do relatório apresentado pelo administrador judicial em que há descrição da responsabilidade civil e penal dos envolvidos (art. 22, § 4.º, LRF); no requerimento de substituição do administrador judicial e/ou membros do Comité de Credores (art. 30, §2.º, LRF); na possibilidade postulatória, inclusive em relação aos aspectos penais (art. 132; arts. 171, 177, 184 e 187; LRF) e Ação Revocatória na hipótese de *consilium fraudis* (art. 130 c/c 132). Além desses, também se destacam aspectos de intervenção necessária (art. 142, §7.º, LRF).

Tudo isso decorre do que dispõe o art. 127 da Constituição de 1988, que descreve o Ministério Público como instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, cuja parcialidade é sugerida e invocada como elemento de imperiosa manifestação na defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, que inegavelmente norteia ambos os procedimentos na nova Lei Concursal.

A intimação do Ministério Público é ato necessário à regularidade dos procedimentos recuperatórios ou falimentar (art. 52, V e 99, XIII, LRF), em razão do caráter publicístico do Direito Concursal, a ponto de Moreira afirmar que:

O Ministério Público não intervirá no conteúdo da decisão tomada em assembléia por partes maiores e capazes; mas se identificar abuso, poderá postular ao juiz a sua superação; para tanto, após a decisão da assembléia, deve ser ouvido.

[...]

A atuação no processo de recuperação de empresas passa pela defesa da ordem jurídica e pela defesa de interesses sociais, no estrito cumprimento, pois, de sua missão constitucional. (MOREIRA, 2005, p. 272).

No entanto, a participação do Ministério Público no desenrolar da ação deve cingir-se aos mesmos marcos que inspiram o Direito Concursal atual, – a celeridade e a economia processual (art. 75, parágrafo único) –, pois em nada adianta o apego burocrático excessivo às responsabilidades que a lei impõe, situações que acabam acarretando em morosidade, aumento no custo de transação e afastamento dos princípios de favorecimento à mobilidade econômica pelo decurso do tempo, podendo acarretar em agravamento do estado de solvabilidade do devedor e maiores prejuízos para os credores.

### 3.5 - O plano de recuperação judicial

O plano de recuperação inserido no sistema de reorganização da empresa em crise revela o retorno do Direito Concursal Brasileiro às estruturas normativas que imperavam antes do Dec.-Lei n. 7.661 de 1945, quando a concordata era concebida como um acordo entre o devedor e seus credores. Isso é significativo, pois demonstra a necessidade de correção no rumo da disciplina do estado de insolvência do empresário, que deve ser incentivado à busca de soluções para a crise da empresa, segundo os mesmos moldes que o levam a estabelecer-se economicamente no mercado, ou seja, por meio de transações.

O plano de recuperação coloca-se, assim, como o elemento central de toda a discussão acerca da reorganização da empresa, pois assume a condição de instrumento hábil a orientar todos os mecanismos de reestruturação da organização da atividade econômica em dificuldade, seja internamente, seja no mercado aberto. A esse respeito, o Direito contribui fornecendo os elementos de orientação ao empresário, quanto aos mecanismos que indicam os rumos a seguir, deixando que as ciências da economia e da administração de empresas forneçam as escolhas mais adequadas a cada caso.

O plano de recuperação surge, assim, não como um ditame jurídico, mas antes como uma prerrogativa necessária à acomodação dos interesses econômicos no mercado, conforme palavras de Epstein; Nickles; White:

Desenvolver um plano de reorganização requer do devedor avaliar sua situação financeira e os recursos atuais, determinar as mudanças e os recursos necessários para conduzir as operações futuras numa base de lucros-realizados, e reconciliar estes itens com as demandas dos credores. Esta lista breve de limpeza do que a reorganização “requer” ao devedor esconde a dificuldade e a complexidade da tarefa. A reorganização é um processo de negociação, de acomodação e de acordo, conduzido na maior parte fora do judiciário. Quase por definição, as pretensões contra o devedor excedem aos recursos disponíveis. As tensões entre os vários grupos que expressam pretensões ou interesses contra o devedor, suas expectativas sobre “o que podem receber do devedor” e os recursos financeiros disponíveis, manifestam um papel significativo na forma da reorganização. O código de falência estabelece as condições limites, e as partes podem optar em lutar pela decisão no judiciário se um impasse ocorrer. Mesmo assim, uma compreensão real do processo de reorganização requer alguma apreciação das partes envolvidas, seus interesses e objetivos, e as questões “de luta” que dão às partes certa influência nas negociações. (EPSTEIN; NICKLES; WHITE, 1999, 756-757, tradução nossa).<sup>156</sup>

---

<sup>156</sup> “Developing a plan of reorganization requires the debtor to evaluate its current financial situation and resources, determine the changes and re-sources necessary to conduct future operations on a profit-making basis, and reconcile these items with creditor demands. This brief laundry list of what reorganization “requires” the debtor to do belies the difficulty and complexity of the task. Reorganization is a process of negotiation, accommodation and compromise, carried on for the most part outside of the courtroom. Almost by definition,

As questões de ordem econômica, que norteiam a matéria da dificuldade econômica de empresas viáveis, exigem maior envolvimento do empresário com técnicas de administração; participação em cursos de aperfeiçoamento periódicos; manutenção de corpo técnico especializado em programas de consultorias em gestão empresarial; etc.

Diante das exigências da nova estrutura concursal brasileira, os conhecimentos e as habilidades que proporcionam a recuperação da empresa são multifacetados, sendo certo para Pimenta que:

A recuperação de uma empresa em crise econômico-financeira está entre os institutos mais dependentes da coordenação de esforços entre profissionais de diferentes áreas. O auxílio de pessoas ligadas à administração de empresas, contabilidade e economia é de imprescindível valia na realização de uma tarefa que está longe de se esgotar nas previsões legais.

Ao jurista cumpre balizar o trabalho dos profissionais de outras áreas, tornando de seu conhecimento quais são os interesses a serem respeitados na recuperação da empresa e os limites e exigências estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

É apenas com o trabalho harmônico – e com a indispensável cooperação de sócios, empregados, credores, e Poder Público – que se pode viabilizar a recuperação de uma empresa. (PIMENTA, 2006, p. 182).

A esse respeito ressalta Jorge Queiroz que:

A natureza fundamental do salvamento de um negócio é econômico-administrativa e não jurídica. *Se um negócio não é viável, não será a lei que irá salvá-lo.* Da mesma sorte, ainda que viável seja, se a gestão da empresa não detiver a credibilidade necessária perante os credores e o mercado de uma forma geral, esta boa lei não irá salvá-lo. Apesar de possuidora de comprovada viabilidade e de uma administração competente com elevada credibilidade, além de uma boa estratégia e plano de recuperação bem concebido, se não executado em tempo hábil, ultrapassando o ponto de retorno, a empresa sucumbirá, independentemente da lei. Em síntese, *o novo diploma legal é bom e moderno, mas não é ele que está sendo colocado em prova com os primeiros casos de recuperação judicial, mas sim e especificamente a atuação e competência da governança e administração das empresas em dificuldades, do judiciário e de seus stakeholders, dos quais depende verdadeiramente o êxito do processo como um todo, a quem cabe deliberar com responsabilidade, experiência, conhecimento tácito e técnico, e lucidez a solução mais adequada a cada situação.* (QUEIROZ, 2006, grifo nosso)

Em termos de crise da empresa, as inquietações que surgem ao campo de ação do Direito são atraentes apenas nos aspectos secundários ou mediatos, porquanto não é na legislação que devem ser buscadas medidas para salvação de um empreendimento. A pertinência do empresário apenas às imposições normativas, também não o afastará das

---

claims against the debtor exceed available assets. Tensions between various groups asserting claims against or interests in the debtor, their expectations about "what they can get out of the debtor" and the financial resources available, play a significant role in shaping the reorganization. Code provisions do set limits, and parties may opt to battle it out in court if an impasse occurs. Even so, a real understanding of the reorganization process requires some appreciation of the parties involved, their interests and goals, and the "fighting" issues which give parties leverage in negotiations."

conseqüências maléficas que se estabelecem no exercício de atividade econômica no mercado aberto, porquanto nem o Direito pode imunizá-lo das adversidades da incerteza e da incompletude das transações.

Assim, as orientações fornecidas pelos campos científicos de bases econômicas que cuidam direta e imediatamente da práxis empresarial são muito úteis para assegurar a efetividade das disposições jurídicas, que devem formar-se sob o prisma aberto e facilitar a transposição de limites na legalidade por meio de uma hermenêutica principiológica que não apenas subsuma o fato à norma, mas trabalhe na concreção do texto desta a partir da realidade sócio-econômica da empresa, para que possa ensejar a decisão de recuperar a empresa.

### ***3.5.1 – O plano de recuperação: Uma aproximação à governança corporativa***

O plano de recuperação empresarial não é apenas mais uma peça na instrumentalidade do procedimento concursal, mas antes se revela aos interessados como mecanismo multilateral, sob os aspectos econômico e jurídico, que visa sanear e reestruturar o estado de dificuldade econômico-financeira das empresas viáveis no mercado.

O procedimento de recuperação da empresa caracteriza-se pela obrigatoriedade de cumprimento do plano pelos credores e pelo devedor. Tal obrigatoriedade cinge-se a que o devedor não poderá recusar a aplicação do plano por motivos individualistas ou discriminatórios. Esta obrigatoriedade advém da natureza pública do instituto concursal, aliado ao fato de representar decisão coletiva dos integrantes da Assembléia de Credores, que deve ser submetida ao reconhecimento judicial. A elaboração do Plano deve revestir, assim, pertinência a aspectos dúplices de conteúdo quanto a questão formal-material (jurídico-econômico) na Assembléia de Credores e formal (jurídico) perante o procedimento de homologação, para que possa vincular as partes e fomentar a realização das práticas recuperatórias escolhidas.

Logo, no panorama da empresa em crise, o plano é resultado da atuação inovadora e criativa por parte de todos os envolvidos na negociação, seja no palco das relações internas, seja no campo das relações externas do mercado. Nesse dúplice arranjo na recuperação da empresa, podem surgir questões que dizem respeito à organização societária (pessoa jurídica empresária) ou à organização da atividade econômica (empresa), em que as orientações da

governança corporativa podem oferecer contribuições ao desenvolvimento da matéria concursal.

Antes de tratar das questões ligadas à elaboração e à pertinência de conteúdo do Plano em uma aproximação à governança corporativa, voltada à realidade recuperatória de cada empresa, mister dedicar algumas linhas à compreensão dessa abordagem econômica das estruturas de organização empresarial.

As preocupações que envolvem as discussões em torno da governança corporativa nas academias e na praxis desenvolveram-se nas áreas da administração e da economia, e somente mais tarde alcançaram o cenário jurídico. Os debates sobre a governança corporativa estabeleceram-se em relação aos sistemas de organização da gestão na sociedade por ações (macroempresa) e podem ser identificados em aspectos como: a) a dicotomia implantada pelo chamado modelo germânico (*double tie system*), com divisão entre conselho de fiscalização (*Aufsichtsrat*) e diretoria (*Vorstand*) e o modelo americano, em que, aparentemente, não há divisão entre a função executiva e de controle em dois órgãos (*board of directors* e *officers*); b) a proteção dos direitos dos acionistas minoritários e sua função de controle; e c) a questão de consideração de outros interesses na empresa, como os dos credores, dos empregados e da sociedade civil, no âmbito da administração empresarial. (LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, 2005, p. 26-27).

Outras questões menores surgem nesse contexto, como por exemplo, a imprecisão terminológica da expressão “governança corporativa”, face às experiências jurídicas de países vinculados à tradição anglo-saxônica e outros à romano-germânica, que possuem compreensões e aplicações diferentes acerca do termo “corporação”. Assim, enquanto nos Estados Unidos prevalece a forma lingüística “coporate governance”; em países como Portugal (*governo das sociedades cotadas*), Espanha (*gobierno de las sociedades cotizadas*), França (*gouvernement d’entreprise* ou *gouvernement des sociétés*), Itália (*governança societária*) e Alemanha (*Unternehmensführung* - gestão empresarial), constatam-se algumas variações de grafia numa tentativa de adaptação daquela terminologia, que tem se tornado cada vez mais sinônimo dos reflexos da globalização.

Tal evidência já apontada em outros países é retratada igualmente no Brasil por aqueles que cuidam desse tema, tanto que Lautenschleger Júnior (2005, p. 30) entende que em nosso país se deveria adotar “governança empresarial”, sem, contudo, fazer severas reservas à terminologia “governança corporativa” (comumente usada), asseverando ainda que: “prefere-se enxergar a expressão como enriquecimento do idioma e não como tradução abstrusa.”

Enquanto mecanismo voltado a melhor compreensão do fenômeno empresarial, sob o ponto de vista da organização do empresário (pessoa jurídica) e não da empresa, a governança corporativa admite uma dupla abordagem, quer sob o ângulo das relações internas, quer sob a perspectiva externa. Contribuição a essa análise pode ser encontrada na obra de Lautenschleger Júnior (2005, p. 44), que no campo interno afirma ser enfática: “a preocupação com a estruturação dos órgãos de administração, partindo-se da forma de atribuição de competências, preenchimento dos cargos, qualificação dos administradores, permanência nos cargos, remuneração, até a forma de controle das mesmas atividades.” Nesse sentido, complementa Lautenschleger Júnior que:

O equilíbrio de forças entre a administração e os acionistas representa, aqui, questão central da governança corporativa, especialmente nos países com menos concentração de controle das companhias ou com a existência de minoritários especiais, como os bancos na Alemanha e no Japão. (LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, 2005, p. 44).

No campo das inquietações em torno do estado de dificuldade das empresas, destacam Epstein; Nickles; White que:

A questão da governança corporativa, discutida como uma matéria teórica na literatura acadêmica, transforma-se às vezes em uma matéria de debate intenso e prático no Capítulo 11 da lei de falência. Uma divisão nos interesses é reconhecida entre a gerência de companhias públicas e os acionistas daquelas companhias. Sugeriu-se que a gerência se importa às vezes demasiadamente com seus próprios interesses e pouco com os dos acionistas. Se isto é verdade em corporações insolventes, é muito mais provável estar desse modo em corporação a beira da insolvência. Em um exemplo do Capítulo 11, onde a corporação possa estar em seus últimos dias, o interesse dos acionistas provavelmente pode ser diminuído em toda a reorganização, e a divisão é provável de ser exacerbada. É normal apenas antecipar um declínio na lealdade da gerência aos acionistas, quando a gerência vê os acionistas preparar o equivalente corporativo da guilhotina para eles. (EPSTEIN; NICKLES; WHITE, 1999, 741, tradução nossa)<sup>157</sup>.

Por outro lado, no aspecto externo, Lautenschleger Júnior (2005, p. 78) assevera que podem ser declinados de maneira generalista três principais inquietações: “os interesses de outros participantes ou interessados na companhia (*stakeholders*), proteção de acionistas

---

<sup>157</sup> “The question of corporate governance, discussed as a theoretical matter in academic literature, sometimes becomes a matter of intense and practical debate in Chapter 11 bankruptcies. A split in interests is recognized between management of public companies and shareholders of those companies. It has been suggested that management sometimes cares too much for its own interests and little for those of the shareholders. If that is true insolvent corporations, it is much more likely to be so in the Corporation on the edge of insolvency. In a Chapter 11 case, where the corporation may be on its last legs, and the shareholders' interest is likely to be diminished in any reorganization, the split is likely to be exacerbated. It is only normal to anticipate a decline in management loyalty to shareholders when management sees the shareholders preparing the corporate equivalent of the guillotine for them.”

minoritários e transparência,” sem prejuízo de se ampliar essa análise a outras questões como: “o debate sobre a participação de trabalhadores nos órgãos de gestão e à questão da função social da empresa”, bem como, “a da participação de credores ou membros da comunidade nos órgãos de gestão”.

No que tange aos reflexos internos que norteiam as discussões sobre o tema, não se pode esquecer que as estruturas empresariais variam conforme o país onde se organizam, notadamente por conta do ordenamento jurídico e do sistema de mercado de capitais que adotam. A acomodação dessas diversas estruturas empresariais conduz a possibilidades distintas em termos de governança corporativa, seja pelo denominado sistema dual de governança ou sistema germânico (em que há divisão entre poder de controlar a administração e administrar, separação entre conselho de administração e diretoria), seja pelo sistema unitarista de governança (em que não se manifesta essa divisão entre poder de controle e administração). (LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, 2005, p. 45-63).

As orientações do sistema dual de governança prevalecem inclusive em países onde a separação entre poder de controle e administração não está bem definida na legislação, mas mesmo assim podem gerar reflexos no âmbito das dificuldades econômicas da empresa, como afirmam Epstein; Nickles; White:

A análise central da governança corporativa está na habilidade do acionista de afirmar o controle direto sobre o devedor que permanece na posse e administração de seus bens. *Os direitos de escolha dos proprietários e o controle da gerência estão claros antes da falência; entretanto, quando a petição da falência é proposta, a habilidade dos proprietários de controlar a gerência torna-se mais difícil.* O devedor que permanece na posse e administração de seus bens não suporta uma relação fiduciária com os proprietários, mas preferivelmente, suas obrigações fiduciárias são válidas para “os bens.” Assim, o devedor que permanece na posse e administração de seus bens tem a responsabilidade de agir no melhor interesse dos bens como um todo. Isto envolve proteger e tratar razoavelmente os vários grupos com as reivindicações de encontro à propriedade. (EPSTEIN; NICKLES; WHITE, 1999, 742-743, tradução nossa, grifo nosso)<sup>158</sup>.

As considerações oferecidas por Lautenschleger Júnior (2005) enfatizam as preocupações em torno da governança corporativa centradas em: “debates sobre a função social da empresa, da convergência e harmonização de regimes de governança e sobre a

---

<sup>158</sup> “Central to the corporate governance analysis is the shareholder's ability to assert direct control over the debtor in possession. The owners' right to choose and control management is clear prior to bankruptcy; however, when the bankruptcy petition is filed, the owner's ability to control management becomes more difficult. The debtor in possession no longer stands in a fiduciary relationship with the owners, but rather, his fiduciary obligations run to “the estate.” Thus, the debtor in possession has the responsibility to act in the best interest of the estate as a whole. This entails protecting and treating fairly the various groups with claims against the estate.”

pretensão normativa das regras de governança”; feitas com o intuito de suscitar o debate de suas problemáticas no Direito Brasileiro.

Nesse contexto, interessa-se pelas elucidações que se manifestam quanto ao terceiro aspecto, ou seja, à “pretensão normativa das regras de governança” ou dos “códigos de governança”, que têm sido editadas por instituições responsáveis pelo atuar das sociedades por ações (corporações) no mercado de capitais brasileiro (CVM, BOVESPA, etc). Esse apego ao caráter imperativo das normas jurídicas é um dado que há muito acompanha o raciocínio dos juristas e do qual a dogmática contemporânea ainda não foi capaz de superar, pois essa “pretensão normativa” referida por Lautenschleger Júnior revela-se alternativamente como:

ou as regras de governança corporativa estão revestidas de caráter cogente e inscritas na lei, ainda que sua legitimidade seja dada por auto-regulação ou existam flexibilizações baseadas na abertura ou não do capital, no tamanho da empresa ou em seu número de empregados; ou têm um caráter disponível e seu descumprimento permaneceria impune. (LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, 2005, p. 171).

Com o intuito de transpor as barreiras de política legislativa e alcançar-se essa “pretensão normativa” às regras de governança corporativa, destaca-se nos relatos de Lautenschleger Júnior (2005) que em certos países se tem buscado, com base nas orientações dos princípios da ampla informação no mercado e da transparência (*accountability*), a afirmação da regra “cumprir ou explicar” (*comply or explain*), definida por esse autor como:

Por esta regra, as empresas que não cumprem com determinações de governança corporativa deverão identificar nas suas publicações tal descumprimento e as razões para tanto. Parece que o princípio da decisão de mercado impera aqui, pois não há punição estatal: a punição é a falta de capital para o empresário que descumpra de forma ostensiva. (LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, 2005, p. 176).

No que concerne às discussões descritas até aqui, a atribuição dessa “pretensão normativa” às regras de governança corporativa deve ser também compreendida nos aspectos interno e externo da organização societária. Desse modo, no âmbito interno dificilmente aos códigos de governança poderão alcançar tal “imperatividade”, senão via texto normativo legislado pelo Estado; quanto ao âmbito externo pode-se vislumbrar essa forma de vinculação do comportamento das companhias, pois a regulação do mercado atinge as próprias práticas empresariais e, desde que não afetem as condições de acesso aos direitos fundamentais (individuais, sociais ou econômicos) assegurados constitucionalmente, integram o conjunto de orientações éticas que se inserem nas vicissitudes da racionalidade econômica.

Para Salomão Filho (2006, p. 76) a discussão em torno da governança corporativa deve desenvolver-se de modo desvinculado do que chama “modismo”, pois isso pode conduzir a padronização dos argumentos e a superficialidade das abordagens, produzindo verdadeiras repetições estéreis sobre o tema. Por isso, Salomão Filho (2006, p. 77) defende que a compreensão da matéria sobre estruturação societária (ou governança corporativa) deve ser buscada na diferenciação entre a forma e a função das organizações societárias. Tanto a uma, quanto a outra, defende Salomão Filho (2006) que deve haver uma compreensão bastante ampla de significado, para que possam se fundir em suas abrangências e adaptações. O aspecto da função acaba por prevalecer nessa distinção inafastável, pois a visão institucionalista indica a manifestação de uma pluralidade de interesses na sociedade, com a qual se identificam os acionistas, retratando a idéia de uma “organização de feixe de interesses”. (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 77).

Segundo Salomão Filho (2006, p. 77-78), os sistemas que reconhecem diversos interesses envolvidos possuem como característica exterior o controle por “grupos externos”, isto é, investidores do mercado financeiro, os trabalhadores e os demais credores, bem como a necessidade de profissionalização da sociedade que está na independência da administração. Sob esses argumentos afirma enfático Salomão Filho que:

Só a independência funcional dos administradores é capaz de separar pessoa jurídica de seus controladores. O controle externo, seja pelos acionistas (mercado), seja por terceiros, é por outro lado fundamental para a respeitar o caráter fiduciário da função administrativa. (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 78).

As próprias razões que orientam a uma nova compreensão da empresa, concebida com base em orientações inovadas por padrões éticos na elaboração de gestão empresarial que facilite a adoção de práticas mais adequadas à administração da empresa, passam pelas orientações da governança corporativa, conforme defende Simão Filho:

Neste ponto demonstra-se propício o desenvolvimento complementar das idéias de governança corporativa onde se prega a submissão da empresa e de seus órgãos sociais a um sistema de regras impositivas de conduta que abrange, de forma positiva, determinadas práticas de fundo ético e moral, criadas para esta finalidade ou pré-existentes, que se refletem na sua administração, nos relacionamentos entre sócios, administradores e os grupos de interesse social com os quais há interação, tais como, funcionários, prepostos, acionistas, fornecedores, clientes, além do Estado e do mercado em geral, práticas estas que culminam por contribuir com o bom cumprimento do objetivo social e da busca do fim social dentro de certos parâmetros tidos por razoáveis. (SIMÃO FILHO, 2006, p. 43).

Como síntese dos debates em torno do tema, Jorge Lobo (2007, p. 200) organizou um decálogo de “Princípios de Governança Corporativa”, a saber: eticidade; moralidade; ativismo societário; proteção ao acionista minoritário; tratamento equitativo; transparência e divulgação de informações; independência dos administradores; responsabilidade dos administradores; razoabilidade ou proporcionalidade e função social da empresa. A visão da governança corporativa proporciona, assim, um ambiente propício ao debate sobre as aplicações da empresa, tal como concebida no plano do Direito e da Economia, cujas finalidades não podem afastar-se das propostas de proibição, vinculadas tanto à segurança jurídica como à racionalidade econômica, na realização operacional que proporciona ao desenvolvimento da atividade econômica em sociedade.

Uma vez apresentadas algumas das considerações doutrinárias que norteiam os debates em torno da governança corporativa, mister referenciar seus argumentos à análise dos aspectos da pertinência de suas diretrizes à elaboração do plano de recuperação. Sob esse aspecto, afirmam Epstein; Nickles; White que:

O capítulo 11 pode ser considerado como o laboratório em que as idéias da governança corporativa são testadas. Fora da falência tais assuntos são na maior parte da ocupação dos teóricos acadêmicos. Na falência os interesses das várias partes vêm na direção do conflito direto e chamam-se às vezes para um julgamento judicial explícito sobre a governança corporativa. As decisões da falência e o código de falência fornecem uma orientação inadequada. Exceto até ao ponto em que o código dá poderes explícitos ao curador, e fornece regras administrativas tais como aquelas nas seções 362 e 364, que não se dirigem diretamente às regras conflitantes da governança. A presença de poderosas, mas conflituosas políticas, evidenciadas no caso jurídico, impediram o desenvolvimento de regras claras para o controle corporativo. (EPSTEIN; NICKLES; WHITE, 1999, 744-745, tradução nossa)<sup>159</sup>.

Na análise da crise da empresa, em termos de conteúdo econômico, é necessário que o plano de recuperação indique de modo preciso e objetivo a dinâmica patrimonial da empresa (fluxo de caixa) e aponte a projeção de receitas, de custos, de investimentos e liberação de ativos. A esse respeito manifestam Nicol e Sanna:

Em primeiro lugar deve-se determinar a viabilidade financeira da empresa pela análise macroeconômica do ramo de atividade em que ela atua, sua participação no mercado e posicionamento diante da concorrência.

---

<sup>159</sup> “Chapter 11 might be regarded as the laboratory in which the ideas of corporate governance are tested. Outside of bankruptcy such issues are mostly the province of academic theorists. In bankruptcy the interests of the various parties come into direct conflict and sometimes call for an explicit judicial judgment about corporate governance. Bankruptcy decisions and the Bankruptcy Code provide inadequate guidance. Except to the extent that the Code gives explicit powers to the trustee, and provides administrative rules such as those in sections 362 and 364, it fails to address directly the conflicting rules of governance. The presence of strong but conflicting policies, evidenced in the case law, has impeded the development of clear rules for corporate control.”

A seguir, deve-se efetuar um levantamento detalhado das operações da empresa, de maneira a permitir a realização de um diagnóstico da situação atual e definir as diretrizes básicas que serão utilizadas para a preparação do plano de recuperação. Durante a preparação do plano devem ser explicitadas todas as premissas nas quais se baseiam os cálculos de receitas e despesas. (NICOL e SANNA, 2005, p. 170).

Discute-se na doutrina se o Plano deve ou não obedecer aos parâmetros fornecidos pela governança corporativa, no sentido de promover medidas de administração ao estado de crise da empresa, que conduzam ao estabelecimento das condições ético-econômicas e propicie adesão dos credores interessados (privilegiados ou não), tais como trabalhadores, fornecedores, clientes, investidores e fisco, enfim, da comunidade credora. Em relação à atuação dos juízes, responsáveis pela prestação jurisdicional, que estão no meio dessa celeuma sobre os desígnios que a governança corporativa pode oferecer à acomodação de interesses creditícios insertos no Plano de recuperação, argumentam Epstein; Nickles; White para a auto-regulação, afirmando que:

Em geral cremos que os tribunais de falência deveriam permanecer; fora da governança corporativa. Restrito a decidir que deve haver um curador ou um examinador, ou que o caso deve ser convertido, acreditamos que o tribunal deve geralmente permitir que os acionistas permaneçam no controle, exerçam sua influência sobre a gerência e façam decisões, mesmo que absurdas. Tanto os credores e os empregados são capazes de olhar para fora de si mesmos na negociação ou no litígio, e o tribunal deve permiti-los fazer assim. (EPSTEIN; NICKLES; WHITE, 1999, 745, tradução nossa)<sup>160</sup>.

Sobre o que afirmam Epstein; Nickles; White (1999), entende-se que caminhos podem ser indicados no sentido inverso, face aos anseios que descortinam por um melhor aparelhamento do Judiciário na apreciação de questões concursais e na formação da chamada “magistratura econômica”, em que o juiz não assuma o papel dos credores, mas facilite o acesso destes às possibilidades oferecidas pela racionalidade econômica (regra “cumprir ou explicar”) na satisfação de seus direitos. A teoria da empresa oferece interessante componente de análise dessa acomodação de interesses, segundo afirma Williamson:

o propósito-chave das organizações, focalizado pela ECT, é o da adaptação, com duas formas distinguíveis: adaptação autônoma em resposta a mudanças nos preços relativos e adaptação cooperativa alcançada pela ação administrativa. As transações necessitam das duas formas de adaptação, e as formas de governança diferem em

---

<sup>160</sup> “In general we believe that the bankruptcy courts should stay; out of corporate governance. Short of a finding that there should be a trustee or an examiner, or that the case should be converted, we believe that the court should generally allow the shareholders to stay in control, to exert their influence over management and to make decisions, even stupid ones. Both the creditors and the employees are capable of looking out for themselves in negotiation or litigation, and the court should let them do so.”

termos da capacidade de oferecer adaptações autônomas e cooperativas. (WILLIAMSON, 2005, p. 35).

Para Queiroz (2006) o papel dos juízes é de suma importância para o regular desenvolvimento do processo recuperatório, asseverando que:

Alguns aspectos essenciais devem ser observados atentamente: (i) as crises empresariais são causadas geralmente por problemas de má gestão, por isso a significativa maioria dos casos de recuperação nos países desenvolvidos implica inevitavelmente na imediata substituição do comando – sobretudo quando detectada qualquer tipo de fraude -, medida de extrema relevância para o avanço contínuo do processo de reabilitação, evitando assim retardamentos e retrocessos, que introduzem grandes perdas, insegurança e incerteza; (ii) a viabilidade do negócio; e (iii) transparência.

Além dos aspectos mencionados deve-se atentar (iv) à celeridade do processo e cumprimento dos prazos, lembrando sempre que o processo degenerativo não fica estagnado, pelo contrário acelera-se exponencialmente e de forma avassaladora; (v) à qualidade do plano de recuperação judicial – em alguns casos têm-se observado a apresentação de planos visivelmente pífios, com baixo conteúdo e detalhe, deixando dúvidas quanto a sua fundamentação; e (vi) aos detalhes e consistência do plano de recuperação, que deve abranger primeiramente ajustes na governança, gerenciais, organizacionais, estratégicos, operacionais, estruturais, comerciais e tecnológicos, não olvidando que este ‘trabalho de casa’ constitui uma das pré-condições da reabilitação da empresa, sem o qual dificilmente será lograda a igualmente fundamental reestruturação de balanço e atração de novos recursos sob a forma de crédito ou capital para fomentar a atividade principal da empresa. (QUEIROZ, 2006).

Em termos de afirmação da governança corporativa por meio de auto-regulação das relações no mercado, afirma Lautenschleger Júnior que:

Tendo em vista as experiências negativas de outros países com o modelo de auto-regulação, entretanto, cujos mercados de capitais se aproximam mais da estrutura brasileira, restaria o alerta para a eventual funcionalidade de uma política de divulgação obrigatória de informações sobre o cumprimento de regras de governança corporativa, uma aceitação definitiva da regra do “cumprir ou explicar”, como alternativa regulatória. (LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, 2005, p. 179-180).

A respeito dessa mesma questão, pondera Salomão Filho que:

O grande problema enfrentado por nosso sistema em matéria de estrutura societária é o problema da função e não de forma.

[...]

O que é realmente preciso é uma redefinição funcional corajosa, com claro estabelecimento dos objetivos a serem perseguidos através das estruturas societárias. Para isso então será necessário que a lei claramente interfira de modo a minar a concentração de poder societário tão tradicional em nosso sistema. Essa definição funcional é extremamente simples. Regras societárias e de mercado de capitais devem direcionar-se a permitir a autodeterminação social com controles exercidos pelos vários centros de interesse envolvidos. (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 88).

Verifica-se, assim, que as opiniões divergentes na doutrina apontam para a necessidade de maior aprimoramento das orientações de governança corporativa, cujos argumentos normativos podem conduzir a pertinência de conteúdo econômico ao Plano de recuperação, pois se trata de evocação não cotidiana da atividade empresarial e que se submete em grande parte à avaliação da viabilidade financeira da empresa a ser recuperada. Resta saber se essas orientações poderão ser dispostas à Sociedade Limitada, que também se encontra organizada sob prisma do sistema dual (conselho fiscal – facultativo – e administração), o que abre a possibilidade de separação entre poder de controle e gestão tal como ocorre com as Sociedades por Ações. Como esse tema gravita mais nos debates teóricos é preciso expô-lo às agruras da prática dos tribunais, para que se possa verificar como se comportam seus preceitos em termos dos resultados que proporciona.

Tal providência, certamente, exige coragem para arriscar as estruturas jurídicas e econômicas de replanificação da empresa na busca de soluções para a empresa em crise. A governança corporativa desponta, assim, como alternativa aos aspectos norteadores do comportamento do empresário em dificuldades financeiras momentâneas e aos demais envolvidos nesse processo, para que possa manter, tanto no âmbito interno, quanto externo, os propósitos do empreendimento no mercado.

O plano de recuperação, tal como descrito acima, exige uma base legal de orientação dos seus propósitos, para que se possa assegurar sua sustentabilidade no programa de reorganização da empresa em crise. Essa base legal não pode ser concebida apenas sob o prisma do Direito, mas invoca diretrizes também na economia e na administração de empresas, vale dizer, nos âmbitos da teoria da empresa e da teoria dos comportamentos organizacionais.

No que concerne a essa base legal, a Lei Concursal de 2005 descreve os níveis de exigências mínimos para composição técnica do plano, a saber: a) discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 da Lei; b) demonstração de sua viabilidade econômica; e c) laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. (art. 53, LRF).

Nesse contexto, Pimenta (2006, p. 186) sugere que a Lei Concursal deve sanar dois pontos específicos: “permitir aos credores a devida quantificação do patrimônio do empresário devedor e do grau de exequibilidade e efetividade das medidas recuperatórias propostas no plano.”

Em igual sentido, Queiroz (2006) afirma que:

Resumidamente, em nível macro, a seqüência do plano é forçosamente a seguinte, também conhecida como *by the book*: 1º passo - nova gestão, confecção do plano incluindo estudo de viabilidade, exercício de *valuation* (cálculo do valor da empresa) e ajustes envolvendo o negócio e a operação; 2º passo - apoio dos fornecedores com retomada de prazos de pagamento e possíveis conversões de dívida; 3º passo - apoio dos credores, com créditos emergenciais e possíveis conversões; 4º passo - apoio dos funcionários; 5º passo - busca de recursos junto a novos *players*. Muito dificilmente, os passos 2, 3 e 4 ocorrerão sem o cumprimento do 1º, da mesma forma que o 5º dificilmente será concretizado sem a ocorrência dos quatro anteriores. (QUEIROZ, 2006).

Percebe-se, desde então, quão complexa é a práxis elaborativa de um plano de recuperação, que se orienta inclusive na condição de suficiência do plano às exigências de reorganização da empresa, pois o mesmo mais se parece a um “iceberg”, em que o volume maior sempre está submerso, restando a inclusão dos juristas, certamente, apenas a atuação mediata nesta parte. Nas palavras de Nicol e Sanna:

o plano deve permitir que a empresa tenha condições de melhorar sua rentabilidade e a capacidade de geração de caixa, para possibilitar a continuidade das operações e volte a operar normalmente, após o cumprimento das providências previstas. Ou seja, o plano não é apenas um conjunto de ações de curto prazo para dar uma sobrevida à empresa, mas sim, um *planejamento de reestruturação sustentado*. (NICOL e SANNA, 2005, p. 167, grifo nosso).

O Plano de recuperação (acordo pré-concursal) deve refletir os dados significativos da realidade social e econômica da empresa e não apenas ficar adstrito ao texto da Lei Concursal, para que possa ensejar em verdadeira recuperação da empresa, uma vez que a norma jurídica é o enunciado imperativo tendente a modificar a conduta das partes, notadamente do devedor em dificuldades econômico-financeiras.

Logo, aos contornos técnicos dessa base legal do plano de reorganização de empresa, deve-se dar maior ênfase às orientações que provém das áreas de contabilidade e administração empresarial, bem como, da economia, notadamente os conteúdos que fluem a partir de uma noção neo-institucionalista, conforme alhures mencionado.

#### 4 – A RELATIVIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA SOCIETÁRIA NO NOVO DIREITO CONCURSAL BRASILEIRO

*Como regra geral, os juízos requerem ao menos que dois fatores estejam presentes antes de o véu corporativo ser perfurado. Adicionalmente, muitos juízos requerem que um elemento de injustiça ou de falsidade fundamental esteja presente antes deles perfurarem o véu corporativo. De acordo com muitos acadêmicos e juízes, o mais comum é agrupar a capitalização geralmente inadequada com a falha em seguir as formalidades corporativas. (ADKINS, 2006, p. 7-8).\**

Nos últimos dois séculos, de um modo geral, assistiu-se ao crescente aumento de questões econômicas a planificar a sociedade dividida entre os pólos capital e trabalho, forças antagônicas que se estabeleceram e acabaram por impregnar os modos de organização política, a produção de riqueza e a ordenação jurídica, num mundo sem fronteiras.

As transformações ocorridas na sociedade no século passado, espalharam-se por diversas áreas do conhecimento e acabaram por alcançar o Direito, evidenciando seu estado de crise, tal como aqui já mencionado. Os reflexos dessa crise para o Direito significaram a busca por novos paradigmas no enfrentamento da ortodoxa dicotomia Público-Privado. Esses parâmetros são caracterizados sobremaneira pela afirmação do recente uso de cláusulas gerais como técnica legislativa, que desponta no Direito Brasileiro, marcada pelos traços da boa-fé objetiva; da função social e econômica de direitos em relação à propriedade e ao contrato; dos bons costumes, tendo como marco necessário a valorização da pessoa humana (repersonificação do Direito Privado).

A Revolução Industrial propiciou o surgimento da empresa e provocou uma série de inquietações na doutrina, porquanto representou uma reviravolta na organização dos sistemas econômicos e jurídicos. No Direito, atingiu os eixos centrais do sistema privado do início do século passado (a propriedade e o contrato), registrando mais tarde a participação do Estado na economia, transfigurado na condição de empresário, que em virtude de seu propósito social provocou como consequência a publicização de institutos jurídicos outrora considerados privados por excelência; bem como, impôs inúmeras restrições ao atuar livre dos agentes

---

\* “As a general rule, courts usually require at least two factors be present before the corporate veil will be pierced. Additionally, many courts require that an element of injustice or fundamental unfairness be present before they will pierce the corporate veil. According to many scholars and courts, the most common grouping is usually inadequate capitalization along with failure to follow corporate formalities.” (ADKINS, C. Christopher. **Unraveling the Veil: The Concepts of Limited Liability and Disregard of the Corporate Entity**. In Berkeley Electronic Press (bepress). 2006. Disponível em: <http://law.bepress.com/expresso/eps/936>. Acesso em 12-set.-2007.

econômicos no âmbito das relações jurídicas. A iniciativa privada passou a coexistir no contexto do Direito com exigências da ordem sócio-econômica, em que já não imperam atributos individualistas e liberais.

Nessa nova ordem cambiante, em que não mais imperam as diretrizes de uniformidade e simetria das informações, inserem-se questões diversas sobre os limites à relativização da personalidade jurídica, que no âmbito do Direito da Empresa em Crise, enseja a tomada de decisões quanto aos aspectos da responsabilização objetiva dos sócios, controladores ou administradores de certos tipos societários, orientadas sob os imperativos da função social e da preservação da empresa.

#### **4.1 – A pessoa jurídica no cenário da dificuldade econômica da empresa**

Diante do que foi exposto nos capítulos anteriores, pode-se perceber que a palavra crise assume abordagens distintas na teoria do direito e na teoria econômica, quer se trate de crise da pessoa jurídica ou crise da empresa.

A idéia de crise que repousa sobre os institutos da pessoa jurídica e da empresa suscita inovação de seus paradigmas, além de ensejar enfoques e significados diferenciados que não coincidem, mas que coexistem entre si, pois pertencem a diferentes seguimentos de organização da vida ética, a primeira ao Direito e a segunda à Economia. O significado do termo crise que se verificou ao longo dos capítulos anteriores revela que se trata de uma expressão polissêmica e admite um certo uso positivo, no caso da pessoa jurídica, e uso negativo, no caso da empresa.

É preciso conciliar ambos os significados para a produção de uma mútua afirmação destes institutos e fortalecimento de seus horizontes no meio social onde se inserem de modo inafastável, para que se possa revelar as condições que conduzam a superar esse estado de coisas, manifestadas como acidentais em suas existências. A AED fornece importantes instrumentos a satisfação dessa perspectiva, sobretudo a teoria dos custos de transação, na medida em que propõe um trabalho transdisciplinar, que aproxima a justiça da eficiência na condução dos empreendimentos no sistema de organização sócio-político imperante no mundo globalizado e proporciona a consolidação de mecanismos hábeis à implementação de mudanças no rumo em que são conduzidos os empreendimentos.

Na relevância do cenário contemporâneo, em que se entrelaçam Direito e Economia, a compreensão do termo “crise” deve fornecer elementos que proporcionem um adequado enfrentamento de questões como o absolutismo e a autonomia da personalidade jurídica, por um lado, ou o liberalismo das organizações empresariais, por outro; ao evidenciarem-se aspectos de funcionalização no Direito e também na Economia, seja pela relativização da pessoa jurídica, seja pela relativização da orientação concentracionista (monopólios, cartéis, trusts, dumping) e consumerista que envolve a empresa. Por tudo isso, imperioso reconhecer que aquela está envolvida por essa, ou seja, que o sentido de personalidade jurídica está inserto no de empresa. Logo, qualquer que seja a abordagem oferecida pelos teóricos, certo é que a empresa não surge desprovida da pessoa jurídica, e esta prescinde da empresa para o exercício organizado de atividade econômica no mercado.

A esse respeito, cabe questionar: a preservação da empresa realiza-se de modo dissociado da reorganização da pessoa jurídica? A própria dimensão dos meios de recuperação da empresa insertos na nova legislação concursal apontam o sentido negativo da resposta, pois, diante da crise da empresa, a pessoa jurídica é chamada a oferecer uma participação ativa e positiva que produza renovação de sua estrutura através de meios adequados a gerar o fortalecimento do empreendimento, segundo dispõe o art. 50, incisos II, III, IV, V, VI, X, XIV e XVI, da Lei n. 11.101, de 2005<sup>161</sup>, situações a que Pimenta (2006) define como “alterações na estrutura administrativa da sociedade” e “alterações na estrutura jurídica da sociedade empresária.” Assim, a recuperação da empresa em crise também se estende à pessoa jurídica devedora (notadamente empresário de tipo societário), porquanto envolve igualmente mudanças na justificação da estrutura jurídica que orienta sua racionalidade econômica.

Nesse contexto, tormentosa é a situação que envolve a destinação abusiva da personalidade atribuída pelo Direito a certos tipos societários e que está ligada a aspectos de relativização desse instituto jurídico, identificado: na sociedade unipessoal (de fato ou de

---

<sup>161</sup> **Art. 50.** Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;

V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

VI – aumento de capital social;

X – constituição de sociedade de credores;

XIV – administração compartilhada;

XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

direito), nos grupos de sociedade (de fato ou de direito) e nas redes associativas de MPE's; face às questões ligadas ao desenvolvimento eficiente da atividade econômica.

A constatação desse estado de crise de afirmação da pessoa jurídica, manifesta-se também no contexto da dificuldade econômica da empresa (estado de crise da empresa) e reclama mecanismos de reestruturação no Direito contemporâneo, ao sentir o impacto de dois distintos princípios: **a)** da função social da empresa; **b)** da preservação da empresa. Nesse caso, a pessoa jurídica encontra-se fragilizada e sujeita a influência de elementos externos ou estranhos a sua técnica de justificação na ordem jurídica, pois se insere no contexto dinâmico das relações complexas de propriedade que se desenvolvem no mercado e lhe exigem renovadas formas contratuais de adaptação aos constantes movimentos de pressão social e econômica, que marcam os reiterados apelos por necessidade de crescimento da atividade econômica.

Desse modo, antes de adentrar-se no campo da relativização da personalidade jurídica societária, sobretudo, na busca por compreender e oferecer um indicativo de concreção normativa nessa tormentosa questão da crise desses dois institutos jurídicos, mister dedicar algumas considerações acerca de cada um desses princípios.

#### ***4.1.1 – A função social da empresa no contexto da iniciativa privada.***

Os debates em relação à função social no Direito surgiram como medida de alargamento de seus conceitos unitaristas, baseados no individualismo e absolutismo de suas fórmulas, consolidadas pela afirmação do Estado Liberal nos séculos XVIII e XIX. A referência aos valores sociais, em termos de análise funcional, não é nova no quadro do Direito, surgiu nos textos constitucionais do início do século passado, notadamente no México em 1917 e na Alemanha pela Constituição de Weimar de 1919, e acabou por incorporar-se aos textos normativos em diversos países.

As questões sociais avançaram para as áreas de atuação do Direito como forma de questionamento das estruturas liberais de justificação da organização social, e acabaram estendendo o sentido de propriedade (exercida em relação a terra) a outros bens cujas características possuíam traços de destinação diversos das que estavam ao alcance da autonomia do proprietário conferir. Esses bens receberam a designação de bens de produção

ou bens de consumo, cuja vocação não é servir a satisfação daquele que lhes detém o *dominus*, mas antes estão voltados para o ambiente coletivo representado pelo mercado.

Dessa aproximação socializante do mercado a ordem jurídica aproxima-se da economia na realização de um certo papel social, que não comporta mais uma explicação apenas estática e isolada na esfera privada das relações humanas, mas suscita na visão de Karl Ranner (1904) “uma abstração do processo econômico e, por isso, a função econômica corresponderia à função social no campo do direito.” (*apud* TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 35).

A construção dessa perspectiva social no Direito remete aos empenhos da escola solidarista, que buscou a afirmação de uma nova fonte de justificação para o Direito até então centrada na concepção egoística regida pelo contrato e pela propriedade, conforme palavras de Luciano Timm:

A função social dos institutos de Direito Privado e particularmente do contrato para os fins deste artigo trata-se, originariamente, de criação dos solidaristas ou dos defensores do direito social (do qual Durkeim, Duguit, Hauriou, Salleillese Gurvitch são fundadores), os quais romperam com o paradigma individualista do modelo jurídico liberal das codificações oitocentistas por acreditar que análise jurídica não deveria partir do direito subjetivo de uma pessoa, mas sim da função que aquele direito desempenha no tecido social. (TIMM, 2006, p. 86).

Dessa concepção social do Direito, que remonta às idéias defendidas por Leon Duguit, sintetiza Amaral Neto que:

Emprestar ao Direito uma função social significa, portanto, considerar que os interesses da sociedade se sobrepõem aos interesses do indivíduo, sem que isso implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana, justificando-se a ação do Estado pela necessidade de se acabar com as injustiças sociais. Função social significa não-individual, sendo critério de valoração de situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades de ordem econômica. (AMARAL NETO, 2003, p. 367).

No Direito, a questão funcional ou funcionalidade é algo que ainda suscita inúmeras inquietações e está ligada ora à finalidade, ora à utilidade do Direito ou de seus institutos, conforme lição de Karl Ranner, acompanhada pelas palavras de Amaral Neto:

A funcionalização dos institutos significa, então, que o direito em particular e a sociedade em geral começam a interessar-se pela eficácia das normas e dos institutos vigentes, não só no tocante ao controle ou disciplina social, mas também no que diz respeito à organização e à direção da sociedade, abandonando a costumeira função repressiva tradicionalmente atribuída ao Direito, em favor de novas funções de natureza distributiva, promocional, inovadora, principalmente, na relação do Direito com a Economia. Surge, assim, o conceito de função no Direito, ou melhor, nos

institutos jurídicos, inicialmente, em matéria de propriedade e, depois, de contrato, traduzindo a preocupação com a eficácia social do instituto e, *no caso da autonomia privada, com o reconhecimento e o exercício desse poder na livre circulação de bens e na prestação de serviços, e na auto-regulamentação das relações disso decorrentes*, condicionam-se à utilidade social que tal circulação possa representar, com vistas ao bem comum e à igualdade material para todos, idéia que “se desenvolve paralelamente à evolução do Estado moderno como ente ou legislador racional”. (AMARAL NETO, 2003, p. 366-367, grifo nosso).

Os estudos que se desenvolvem em torno da função social não a caracterizam como uma modificação ou limitação da estrutura de um direito, assim já apontavam os ensinamentos de Fábio Konder Comparato:

Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo *social* mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um *poder-dever* do proprietário, sancionável pela ordem jurídica. (COMPARATO, 1986, p. 75).

Em igual sentido as palavras de Pietro Perlingieri:

A função social predeterminada para a propriedade privada não diz respeito exclusivamente aos seus limites. A função social, construída como o conjunto dos limites, representaria uma noção somente de tipo negativo voltada a comprimir os poderes dos proprietários, os quais sem os limites, ficaram íntegros e livres. Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa (art. 2.º Const.) o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social. Esta deve ser entendida não como uma intervenção “em ódio” à propriedade privada, mas torna-se “a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito”, um critério de ação para o legislador, e um critério de individuação da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e de atividade do titular. (PERLINGIERI, 2002, p. 226).

Não são poucas as tentativas de se identificar um significado ou mesmo um conceito para o termo função social. Essa tarefa está presente nos propósitos dos juristas desde que se iniciaram os estudos sobre o tema, apesar de ter havido mudanças nas maneiras em fornecer um conceito possível, culminando com as alternativas de indicar-lhe um conteúdo e não propriamente um sentido determinado, focalizando suas análises no que concerne à propriedade privada, ao contrato ou mesmo à empresa.

Algumas posições firmaram-se na doutrina nacional, como a de Fábio K. Comparato (1986), que, num primeiro momento, referiu-se à função social como o poder-dever do proprietário, e ao retomar o debate do assunto dez anos mais tarde, considerou que:

A função social pode também ser tomada, num sentido mais abstrato, como *atividade dirigida a um fim e comportando, de parte do sujeito agente, um poder ou competência*. Atividade, em direito, designa sempre uma série de atos unificados em razão do mesmo objetivo global. O regime jurídico da atividade é, por conseguinte, diverso do dos simples atos isolados.

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.* (COMPARATO, 1996, p 41, grifo nosso).

Outros autores acabaram por reconhecer que a noção de função social insere-se no contexto dos chamados conceitos jurídicos indeterminados ou mesmo das cláusulas gerais, pelo que se observa nos estudos mais recentes. Dentre esses, destaca-se a posição de Carla Osório (2006, p.271), para quem “o conceito de função social não é de simples delimitação; trata-se de termo de textura aberta, ou seja, carente de precisão.” Para conferir-lhe, então, um significado mais expressivo, sustenta Osório que:

exatamente por apresentar múltiplas significações possíveis, deixando ao intérprete a tarefa de atribuir-lhe um conteúdo preciso, a função social é um daqueles termos constitucionais que correm o risco de permanecer sem qualquer eficácia concreta, funcionando apenas como máscara para a manutenção da grave desigualdade social existente no Brasil. Em outras palavras, a realização do seu potencial de produzir efeitos depende da boa vontade do intérprete.

Desta feita, a previsão constitucional da função social traz em si elementos insuficientes para que se determinem, a priori, suas implicações concretas. A verificação dessas implicações depende da realidade fática com a qual a norma irá interagir e do arcabouço legislativo infraconstitucional. Em outras palavras, apenas com a interpretação realizada em um dado momento histórico fica completo seu sentido. Não obstante, a partir da norma abstrata podem-se definir nortes, parâmetros, que sirvam como ferramentas para auxiliar o intérprete na sua aplicação aos problemas concretos. (OSÓRIO, 2006, p.272).

Na tentativa de oferecer uma resposta menos problematizada no plano da teoria do direito, Tomasevicius Filho (2003) parte da premissa que concebe o entrelaçamento das noções de direitos subjetivos e deveres jurídicos, concebidos a partir das estruturas do Direito Público, para construir um conceito de função social na esfera privada do Direito como forma de reorganização dessas categorias jurídicas (direitos e deveres) que “servem de instrumento

para que se produzam determinados efeitos jurídicos, exigíveis através da atuação estatal”, ressaltando ainda que a função social:

Significa o exercício de um direito subjetivo, de tal modo que se atenda ao interesse público, não apenas no sentido de não impor restrições ao exercício desse direito, mas também no sentido de acarretar uma vantagem positiva e concreta para a sociedade. Dessa forma, entende-se a idéia de que a propriedade obriga ou que há um poder-dever de o indivíduo atender ao interesse público no exercício de seu direito subjetivo.

[...]

Porém, ao falar-se em função social, ocorre uma superposição dessa estrutura de direito-dever em ambas as direções: o titular do direito também é obrigado a cumprir com determinados deveres de ação e abstenção em face de terceiros. Nesse aspecto, guarda-se uma relação com a estrutura da boa-fé, cujos direitos e deveres para o indivíduo que exerce a sua autonomia de celebrar contratos. Surge, pois, para o indivíduo, um feixe de deveres que devem ser observados no exercício do direito de contratar. (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 39).

No aspecto dos contratos, a função social projeta para o interior das estruturas jurídicas imperativos da ordem social que reclamam por uma “nova racionalidade jurídica” nas palavras de Luciano Timm, para que se possa:

Promover uma diminuição dos conflitos sociais através da distribuição de riscos de atividades empresariais capitalistas e das vantagens econômicas por elas geradas no seio da sociedade e da proteção da parte fraca nas relações sociais. Ou seja, dito em outras palavras, a adoção do modelo de Estado social no âmbito do direito privado: um direito social.

Para tal desiderato, o ideário solidarista exige uma nova racionalidade jurídica, caracterizada por uma maior abstração das normas jurídicas (“normas programáticas” na maioria das vezes), justamente, para dar espaço ao juiz para resolver os conflitos sociais, cada vez mais complexos, diante de uma sociedade cada vez mais especializada e funcionalizada. Mas não se trata de qualquer racionalidade, mas de uma racionalidade dirigida à redistribuição dos benefícios do capitalismo para com os menos favorecidos, protegendo, através da lei, os fracos – em síntese, uma racionalidade essencialmente material e não formal. (TIMM, 2006, p. 91).

Essas idéias socializantes que se voltam para o regime jurídico tradicionalmente tido como individualista compreende que os bens patrimoniais não mais podem ser aceitos como compartimentados em subdivisões estanques e inacessíveis à participação social, ainda que como forma de intervenção do Estado nos domínios particulares daqueles que integram a comunidade política. Diante disso, importante notar as palavras de Osório:

A atribuição de uma “socialidade” ao direito faz com que ele retome seu fim de construir uma sociedade justa, e para viabilizar esse fim o direito se vale de mecanismos, como a utilização da propriedade e da empresa como instrumentos de construção social. Se todo o ordenamento jurídico se torna ideológico, seus valores não poderiam deixar de informar também o Direito Privado. Dessa maneira, o

Direito Privado transforma-se para atender à finalidade conferida a todo o sistema jurídico: de promover o interesse social. (OSMO, 2006, p.274).<sup>162</sup>

Além desses autores pátrios que se dedicaram ao estudo do assunto, ressalta-se a opinião de Rodrigo A. Magalhães que defende:

A função social surge da necessidade do Estado moderno de limitar o individualismo, frente a exigência social de garantir o interesse da coletividade que não é satisfeita dentro do Estado liberal atual. A liberdade não pode contrastar com a utilidade social em temas como segurança, dignidade humana, devendo prevalecer os interesses coletivos como a educação, a saúde, os transportes, a tutela ambiental, entre outras. (MAGALHÃES, 2007, p. 339).

A par das variadas manifestações que se pode extrair na doutrina, mister verificar as disposições normativas do Direito Brasileiro a respeito do tema. A função social manifestou seus primeiros ensaios na Constituição de 1934<sup>163</sup>, sem que houvesse uma menção expressa a essa terminologia. Na Constituição de 1937 houve um retrocesso às orientações de 1891<sup>164</sup>, restabelecendo o exercício da propriedade em sua plenitude individualista marcada pela sua consolidação como direito subjetivo absoluto no século XIX. A Constituição de 1946 (art. 147) ofereceu certo avanço, mas pouco significativo face aos debates em torno do tema que já imperava no direito comparado.<sup>165</sup> A expressão função social somente se afirma na realidade

---

<sup>162</sup> Em uma temática mais atualizada destaca Francisco Eduardo Loureiro que: “A funcionalização dos institutos de Direito Privado revela a íntima relação existente entre abordagem técnico-jurídica, preocupada com o estudo da estrutura, e a abordagem sociológica, preocupada com o estudo da teoria funcional, ambas relativas a um mesmo fenômeno. Não basta ao jurista saber como o direito é feito, mas também para que serve, sua causa final. Seria a função, então o papel que um princípio, norma ou instituto desempenha no interior de um sistema ou estrutura. Chega-se a afirmar, assim, que o termo função social seria pleonástico, porque todo o direito tem o papel de promover a segurança e o bem-estar social.” (In **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 109 *apud* OSMO, 2006, p.274).

<sup>163</sup> **Art 113.** A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 17. É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

<sup>164</sup> **Art 122.** A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 14. O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício;

<sup>165</sup> **Art 141.** A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 16. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

jurídica a partir da Constituição de 1967 (apenas no capítulo da Ordem Econômica não reiterando o mesmo no dos Direitos e Garantias Individuais)<sup>166</sup>, sem alterações significativas na Emenda de 1969<sup>167</sup>.

Na Constituição atual, conforme destaca Magalhães (2007, p. 340) “a função social é exaustivamente disciplinada nos arts. 5.º, XXIII; 170, III; 173, §1.º, I; 182, §2.º; 184, *caput*; 185, parágrafo único”.<sup>168</sup> Nas disposições normativas infraconstitucionais destacam-se

**Art 147.** O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

<sup>166</sup> **Art 150.** A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 22. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

**Art 157.** A *ordem econômica* tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - *função social da propriedade*;

IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;

V - desenvolvimento econômico;

VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

<sup>167</sup> **Art. 153.** A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 22. É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título de dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

**Art. 160.** A *ordem econômica* e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - *função social da propriedade*;

IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;

V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e

VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo.

<sup>168</sup> **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXIII - a *propriedade atenderá a sua função social*;

**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*;

**Art. 173.** Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

referências ao termo função social em relação à empresa na Lei de Sociedade Anônima (arts. 116, Parágrafo Único e 154, da Lei n. 6.404/1976) e na reformulada legislação que trata do Direito Concursal (art. 47, da Lei n. 11.101/2005); bem como em relação ao direito de obrigações, notadamente aos aspectos norteadores dos contratos, conforme dispõe o Código Civil de 2002 (art. 421).

Nessa reformulada ordem estatal de direito, a propriedade privada, cuja disciplina consolidou-se no Direito em torno da concepção individualista e absoluta, foi questionada pelos novos parâmetros da socialidade cada vez mais evidentes numa sociedade, marcada pelos apelos do consumo, da pluralidade, da informação, da tecnologia e da diversidade entre os integrantes do corpo social que, no Brasil, ainda não se conscientizaram da necessidade de reivindicar equânimes condições de acesso a bens e direitos, inclusive, direitos fundamentais assegurados na Constituição.

Por outro lado, verifica-se o contrato, igual pilar de sustentação do sistema liberal oitocentista, em relação ao qual se estabelecem idênticos paradigmas de construção interpretativa, cuja discussão firmou-se ao longo dos anos em torno da própria referência da boa-fé como medida de orientação às práticas adequadas dentre os anseios por uma ética-social de cooperação afirmativa, ou seja, dotada de conteúdo que orienta a uma conduta positiva do agente contratante. Logo, enquanto responsável pela formação de vínculos jurídicos a partir da autonomia da vontade, o contrato insere-se num contexto de realidade normativa aberta e que demanda por concreção do texto normativo a ser fornecida pelos princípios constitucionais e extraconstitucionais, ou seja, princípios que se extraem da própria realidade em que as partes manifestaram seus interesses autonomamente e de modo inequívoco (art. 112 e 113, CC)<sup>169</sup> na esfera privada, que o Direito lhes confere o exercício de certo poder jurídico.

I - sua *função social* e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

**Art. 182.** A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

**Art. 184.** Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua *função social*, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

**Art. 185.** São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

**Parágrafo único.** A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua *função social*.

<sup>169</sup> **Art. 112.** Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

**Art. 113.** Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Na empresa, conforme já se teve oportunidade de apreciar alhures, encontram-se esses dois institutos jurídicos (a propriedade e o contrato) sob a mesma perspectiva da socialidade, embora a amplitude de suas implicações os projeta para além das abordagens que comumente estão submetidos. Enquanto organização da atividade econômica, a empresa deve ser compreendida no feixe de interesses composto pela propriedade (estática – bens de capital e imóveis – ou dinâmica – bens de produção e bens de consumo) e pelos contratos (transações), que se entrelaçam a partir de sua razão estruturante (lucro).<sup>170</sup> Diante disso, mister ressaltar que “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.” (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 40).

As exigências econômicas da empresa forçaram o indivíduo a abandonar as atividades em manufaturas isoladas (agrícola e artesã) e caminhar na direção das associações, cuja estrutura de formação e funcionamento teve como instrumento de destaque a “sociedade anônima” (GOMES, Orlando 1970, p. 13) e favoreceu ao surgimento dos grupos de empresas, compondo a chamada “macroempresa”, na terminologia de Fábio K. Comparato (1970), que alcançou proporções transnacionais.<sup>171</sup>

Na concepção de empresa, a identificação do empresário repousa, segundo Requião (1978/80, p. 266) em dois elementos “*organização e risco*” (Vivante) ou modernamente “*iniciativa e risco*” (Ferri), que acarretaram profundas modificações entre a titularidade e o exercício do direito de propriedade, e resultou na cisão entre “a propriedade da empresa e iniciativa econômica, entre a propriedade das ações e o controle da sociedade.” (GIORGIANNI, 1998, p. 43).

Sob a influência do fenômeno empresarial, a propriedade, como um direito real absoluto, deixa de ser exercida em toda sua amplitude pelo titular (na empresa a figura do proprietário não coincide com a do empresário) e revela-se a ruptura entre “a propriedade e a gestão” (GOMES, Orlando 1970, p. 13); “a propriedade e o poder de controle”. (COMPARATO, 1986, p. 77). Os aspectos identificados na figura do empresário passam a ser distribuídos entre os demais integrantes da empresa (sócios-diretores ou administradores e comissão de empregados), que assumem a gestão dos negócios, deixando ao empresário

---

<sup>170</sup> Para maiores detalhes ver: GOMES, Orlando. **A função social da propriedade**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos em homenagem ao professor doutor Ferrer-Correira. Coimbra, número especial, 1989, p. 432-437.

<sup>171</sup> Para maiores detalhes acerca da função social de empresas transnacionais ver: BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna. **Da função social para a responsabilidade da empresa**. In Viana, Rui Geraldo Camargo e NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). Temas atuais de direito civil na constituição federal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 229-276.

apenas a propriedade fluida do capital ou as ações que o representam, o que acarreta a divisão entre a *iniciativa* e o *risco* no exercício da atividade empresarial e, conseqüentemente, a seu anonimato no empreendimento.

Nas considerações a esse respeito, Jarbas Andrade Machioni afirma que:

De certa forma, à luz do moderno Direito Empresarial, podemos dizer que a legitimidade do poder diretivo (consubstanciado, conforme o caso, pelo controle ou administração direta) do empresário sobre a empresa, decorre muito mais da forma de exercício ou da condução da atividade para os fins sociais, do que da forma de aquisição desse poder. (MACHIONI, 2004, p. 335).

Nesse aspecto, o contrato, instrumento por excelência do negócio jurídico no sistema oitocentista de Direito Privado, passou por significativas transformações em razão das crescentes mudanças sócio-econômicas, como por exemplo “a produção de bens e serviços em série, a contratação coletiva nas relações de trabalho, o surgimento dos monopólios de fato no campo da produção.” (GIORGIANNI, 1998, p. 43).

Esse renovado arranjo contratual de âmbito funcional envolve a empresa em todos seus elementos e extensão, conduzindo o princípio da autonomia privada (representado na ordem econômica pela livre iniciativa) a harmonizar-se com o da função social (declarada no plano infraconstitucional), para que haja equilíbrio no complexo exercício do feixe de interesses que se formam em torno da organização da atividade econômica, pois é imprescindível à sua existência: tanto os bens, os métodos ou as técnicas empregadas pelo empresário no desempenho da atividade econômica (produção e circulação de bens ou prestação de serviços), os quais integram sua propriedade especializada; quanto os negócios jurídicos (contratos) que se estabelecem como resultado das práticas econômicas (livre concorrência).

O resultado da acomodação desses interesses pode indicar certo desvio imposto pelo Direito aos propósitos da iniciativa do empresário, conforme palavras de Carla Osmo:

Sendo assim, como agente econômico da ordem econômica, a empresa deve ser conduzida de maneira propiciar a dignidade coletiva, ou de cada um dos cidadãos, e deve promover uma equitativa distribuição de renda, de forma a reduzir a desigualdade social. Com isso, ao mais central objetivo econômico da empresa – de produzir lucros – o direito acresce outro – o de distribuir equitativamente os lucros produzidos, e o de melhorar a qualidade de vida dos sujeitos que integram a comunidade. No entanto, o direito positivo nada diz sobre a forma como se deve dar tal justiça distribuição, e em que medida pode essa obrigação contrariar o interesse particular da empresa e dos seus sócios ou acionistas. Em termos diversos, o fim da norma aponta; sobre os meios, ela silencia. (OSMO, 2006, p. 282).

No entanto, defende Osmo (2006, p. 282) que “a função social não se presta a sacrificar integralmente o direito de propriedade, retirar-lhe a substância.” Logo, ainda remanesce um “conteúdo mínimo de prerrogativas ao proprietário”<sup>172</sup>, que deve ser conservado, tanto em razão do próprio direito de propriedade, quanto da função social que lhe é inerente, pois sem aquela não há atividade econômica (condição viabilizadora da economia de mercado) e sem esta não há o fornecimento de conteúdo adequado às exigências da ordem social. Nessa direção deve orientar a premissa da função social, para que a propriedade não seja esvaziada de sentido ou conteúdo e possa tornar viáveis as práticas econômicas através da empresa. Nas palavras de Osmo:

A propriedade dos bens de produção, que, postos em dinamismo, constituem a empresa, apenas faz sentido se presente a viabilidade da produção de lucros. Se é este o objetivo da empresa, se é ele que motiva a criação e torna um investimento interessante, a imposição de uma função social que inviabilize a geração de riquezas tira a substância do direito. Em outras palavras, a viabilidade de produzir lucros é núcleo intangível do direito de propriedade dos bens de produção; sua assecuração permite que o proprietário utilize a relação jurídica *também* para o seu benefício particular, faculdade agasalhada tanto pelo princípio constitucional da propriedade privada como pelo da liberdade de iniciativa. (OSMO, 2006, 282-283).

Na mesma direção aponta o raciocínio desenvolvido por Lopes, que sintetiza:

Além dos deveres já especificados na Constituição, a finalidade precípua da função social é a de resgatar, de forma geral e ampla, a intersubjetividade da liberdade de iniciativa e do direito de propriedade, mostrando que ambos estão relacionados à emancipação do homem e, portanto, à dignidade da pessoa humana. Como ressalta PERLINGIERI (1971, pp. 21-22 e 75), a moderna funcionalização dos institutos jurídicos é um fenômeno estritamente ligado ao valor fundamental que o ordenamento confere à pessoa humana, de forma que a função social da propriedade apenas mostra o compromisso desta com a dignidade do homem. (LOPES, 2006, p. 281).

A empresa é concebida pelo empresário, seja individual, seja coletivo (sociedades), para a obtenção de lucro, representado pela maximização da riqueza através da redução dos custos de transação, compreensão inegável na visão de teorias econômicas presentes nos sistemas capitalistas recentes. Mas no âmbito do Direito é importante salientar que a digna condição da pessoa humana não pode ser negligenciada e se manifesta de modo latente no espaço de influência positiva da função social da empresa que, “traz em si uma proposta de reumanização, a fim de que os indivíduos possam ser reconhecidos como valores supremos e

---

<sup>172</sup> Conforme salienta a própria autora: “O conteúdo mínimo aqui referido, no entanto, é aquele que resguarda o direito de propriedade da sua completa supressão, o que contraria o texto constitucional. Não contém uma substância delimitada ou uniforme, mas deve ser avaliado diante do problema concreto, como forma de resguardar a propriedade privada e o princípio da livre iniciativa.” (OSMO, 2006, p. 282, Nota).

não como meros instrumentos da atividade econômica.” (LAMY FILHO, 1992 *apud* LOPES, 2006, p. 281).

A própria Lei de Sociedades por Ações (arts. 116, Parágrafo Único, 154 e 165, da Lei n. 6.074/1976)<sup>173</sup> já estabelecia em relação ao acionista controlador, ao administrador e, mais recentemente, aos membros do conselho fiscal o dever de fazer cumprir a função social da empresa. Em relação a essas referências normativas, Comparato (1996) asseverou que as diferentes acomodações empresariais, formadoras tanto da micro e pequena empresa como da macroempresa, acabaram indicando aspectos vocacionais nas empresas, cujas condições de cumprimento tenderá a ficar restrito à essa última que detem condições econômicas auferidas pela suas atuações mundializadas.

O fenômeno da globalização econômica proporcionaria a macroempresa as condições favoráveis ao desenvolvimento de atividades sociais em idênticas demandas que são exigidas do Estado. Para Fábio K. Comparato está claro que essa não é ou não deve ser a finalidade da empresa, que tem na estrutura jurídica organizacional a atividade econômica de produção ou circulação de bens, ou de prestação de serviços como meio que “está sempre subordinado ao objetivo final de apuração e distribuição de lucros.” (COMPARATO, 1996, p. 45).

Diante da evidente exigência de lucro como resultado da iniciativa do empresário, afirmou Comparato que:

É imperioso reconhecer, por conseguinte, a incongruência em se falar numa função social das empresas. No regime capitalista, o que se espera e exige delas é, apenas a eficiência lucrativa, admitindo-se que, em busca do lucro, o sistema empresarial como um todo exerça a tarefa necessária de produzir ou distribuir bens e de prestar serviços no espaço de um mercado concorrencial. Mas é uma perigosa ilusão imaginar-se que, no desempenho dessa atividade econômica, o sistema empresarial, livre de todo controle dos Poderes Públicos, suprirá naturalmente as carências sociais e evitará os abusos; em suma, promoverá a justiça social. (COMPARATO, 1996, p. 45).

---

<sup>173</sup> Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976: **Art. 116.** (*omissis*)

**Parágrafo único.** O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e *cumprir sua função social*, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

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

**Art. 165.** Os membros do conselho fiscal têm os mesmos deveres dos administradores de que tratam os arts. 153 a 156 e respondem pelos danos resultantes de omissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto.

Tal compreensão também ressoa nos estudos de Magalhães, para quem:

A função social não pode ignorar a função primeira da empresa que é o lucro. Não pode ser esta anulada, a pretexto de cumprir uma atividade assistencial, filantrópica, por exemplo. A empresa tem uma função social, mas não uma função de assistência social. Primeiro, portanto, tem de reconhecer a função específica da empresa, para, depois, pensar em limitar essa necessária função. A função social jamais poderá ocupar a função econômica da empresa. Empresa sem lucro não sobrevive, deixa de funcionar. (MAGALHÃES, 2007, p. 345).

Diante disso, deve-se procurar harmonizar o objetivo de lucro com os imperativos da função social no exercício da atividade econômica organizada, pois disso resultam as exigências da própria ordem econômica disposta na Constituição da República de 1988<sup>174</sup>. O conteúdo da função social pode, mesmo na empresa, ser extraído dos demais princípios contidos nas outras disposições constitucionais, seja na ordem dos direitos e garantias fundamentais (individuais ou coletivos) ou na ordem econômica.

Em razão disso, sem lucro a empresa deixa de ser interessante, não só ao empresário, como também aos demais agentes econômicos (investidores, financiadores e empregados). A finalidade de lucro, ainda que meramente formal, atribuída ao significado da empresa não está na atividade econômica de per si, mas no interesse do empresário como resultado de seu empenho ou esforço intelectual e econômico ao exercício profissional da atividade econômica e serve à empresa como garantia de sua expansão, identificado na noção econômica de margem (produzir uma unidade a mais) e de externalidades.<sup>175</sup>

Tais circunstâncias tornam evidente a necessidade de criação no Brasil de maiores espaços para o debate pela comunidade política acerca da “distribuição equitativa” ou mesmo da “participação equitativa” nos lucros e cooperação na gestão da empresa por aqueles que

---

<sup>174</sup> **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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - *função social da propriedade*;

IV - *livre concorrência*;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

<sup>175</sup> Para maiores detalhes ver: COASE, Ronald H. **The firm, the market, and the law**. In *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago: University Press, 1988, p. 23-27.

integram seu corpo produtivo<sup>176</sup>, como resultado dessa função socializante da atividade econômica, que é exercida de modo profissional, tanto pelo empresário como pelos trabalhadores.<sup>177</sup>

Falar na empresa sob a perspectiva da função social e delimitá-la em consideração ao interesse coletivo não é apenas pensar em sua reforma funcional e estrutural, mas pensar na mudança do ponto de vista das várias relações jurídicas que se estabelecem na própria comunidade, onde a empresa está inserida como fator de promoção da pessoa humana (princípio ético inserto no Direito contemporâneo que encontra reflexo na teoria econômica da Governança Corporativa). A realização da função social conduz à reforma da empresa, na medida em que fornece parâmetros à participação equânime (iguais possibilidades de acesso aos bens sem a violação dos direitos fundamentais) de todos os segmentos que a integram (empresários e trabalhadores) na tomada de decisões, com o propósito de perpetuar a atividade econômica, notadamente em momento que se tornam evidentes os sinais de dificuldade econômico-financeira na condução dos negócios.

Apesar disso, no que concerne à empresa, a doutrina ainda busca a afirmação concreta de significado e conteúdo da função social, pois, mesmo frente às argumentações supra, tem-se a impressão de que tudo isso acaba revelando-se mero discurso vazio de convicções, como destacam Prado e Silva:

Fortemente dependente de concretização legislativa e de instrumentos fiscalizatórios ou de políticas governamentais, a função social da empresa não tem alcançado resultados práticos significativos em garantias sociais como a proteção ao meio-ambiente, do trabalho e do consumidor, nesse último aspecto dá-se ênfase especial às relações financeiras; ou tarefas primordiais como a redução das desigualdades regionais e sociais e tratamento favorecido às pequenas empresas.

Na locução função social da empresa pôde-se perceber a significativa indeterminação jurídico-positiva do conceito. Porque a união de perspectivas, tirante a questão dogmática de que todas as normas infra-constitucionais devem seguir as orientações da ordem econômica e constitucionais em geral, decorre a constatação crítica de que há uma omissão legislativa renitente sobre um assunto de relevante interesse social, o que acaba gerando insegurança jurídica tanto à empresa quanto ao cidadão. (PRADO e SILVA, 2006, p. 32).

<sup>176</sup> Constituição da República de 1988: **Art. 7º** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

**XI** - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

<sup>177</sup> Dispõe a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) que:

**Art. 2º.** Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, *assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.*

**Art. 3º.** Considera-se empregado toda pessoa física que *prestar serviços de natureza não eventual* a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

A diretriz da função social que se insere no contexto das relações privadas, marcadas notadamente pela propriedade e pelo contrato, como fator agregador de ações representativas dos referenciais que se contrapõe como limites de envolvimento positivo, como sinais programáticos da conduta positiva esperada dos integrantes do corpo social em favor da própria convivência em sociedade, proporcionam a manifestação de atividades cambiantes de bens e serviços que propicia o bem-estar e a satisfação das necessidades por meio do trabalho, do consumo, da concorrência e, mais recentemente, do equilíbrio ambiental.

Importante contribuição ao preenchimento da já mencionada indeterminação no conceito jurídico de função social, encontra-se na obra de Modesto Carvalhosa, que argumenta:

Consideram-se principalmente três as modernas funções sócias da empresa. A primeira refere-se às *condições de trabalho e às relações com seus empregados*, em termos de melhoria crescente da sua condição humana e profissional, bem como de seu dependentes. A segunda volta-se ao *interesse dos consumidores*, diretos e indiretos, dos produtos e serviços prestados pela empresa, seja em termos de qualidade, seja no que se refere aos preços. A terceira vota-se ao *interesse dos concorrentes*, a favor dos quais deve o administrador da empresa manter práticas eqüitativas de comércio, seja na posição de vendedor, seja na de comprador. A concorrência desleal e o abuso de poder econômico constituem formas de antijuridicidade tipificada.

[...]

E ainda mais atual é a preocupação com os *interesses de preservação ecológica, urbana e ambiental* da comunidade em que a empresa atua. O compromisso com a preservação da natureza transcende, outrossim, os aspectos meramente comunitários para se colocar num plano mundial. A produção de elementos nocivos, não só ao homem, como também à fauna e à flora, constitui dano de igual importância. (CARVALHOSA, 1998, p. 238).

A resposta que desponta no horizonte dos estudos da empresa e envolvem a questão da função social indica que a solução mais adequada deve orientar à consolidação de diretrizes a respeito da responsabilidade social da empresa, como medida de efetivação desse complexo rol de deveres atribuídos ao atuar econômico das pessoas em sociedade, conforme defende Simão filho:

A prática de ações voltadas para a responsabilidade social da empresa, através da opção no investimento em projetos sociais, pode ser vista no prisma da análise econômica do direito, como *externalidade que gera custos que não são repostos da forma econômica normal*. Porém, haverá resultados efetivos futuros, não mensuráveis pelos padrões normais de contabilidade, atinentes a melhor visualização da empresa no mercado consumidor, melhor interpretação no sistema financeiro, maior possibilidade de captação de recursos nos mercados de valores mobiliários e visão diferenciada dos órgãos estatais. (SIMÃO FILHO, 2006, p. 43, grifo nosso).

Contudo, como bem afirmou Comparato (1996, p. 46), os apelos por uma função social da empresa não podem servir como medida de esvaziamento do papel do Estado no conjunto das políticas sociais, como justificativa “à estabilidade monetária e ao equilíbrio das finanças públicas.” Nesse sentido, as palavras de Lopes:

A função social não tem, portanto, a finalidade de aniquilar as liberdades e os direitos dos empresários nem de tornar a empresa um simples meio para os fins da sociedade, até porque isto implicaria a violação da dignidade dos empresários. O objetivo da função social é o de mostrar o compromisso e as responsabilidades sociais da empresa, reinserindo a solidariedade social na atividade econômica. (LOPES, 2006, p. 281).

Espera-se que os integrantes da sociedade não fiquem alheios ao que acontece no campo social, nem que aguardem do Estado as repostas para todos os problemas, uma que vez o próprio Estado dispõe incentivos de natureza fiscal para proporcionar essa participação do segmento empresarial na sociedade. Não obstante, a temática da responsabilidade social não pode ser obra da empresa como sinônimo do empenho exclusivo do empresário, mas exige a conscientização dos demais partícipes do processo produtivo em uma verdadeira ação de solidariedade voluntária que propicie a realização do bem-estar e da justiça social, tal como preconizado no texto constitucional.

Desse modo, os anseios em torno da consolidação da função social na empresa deve ser compreendida na mesma dinamicidade de suas ações econômicas, identificadas por semelhante fim de lucro, não mais econômico, mas social, na possibilidade de construção do que se convencionou chamar “capital social”, tanto nos limites internos (*interna corporis*) como nos limites externos (*externa corporis*), identificados na comunidade local, regional, nacional ou internacional, quer se trate de empresa nacionais ou transnacionais.<sup>178</sup>

Portanto, a função social da empresa envolve a reconstrução no Direito Privado, não só da propriedade, seja dos bens de produção ou dos bens de consumo, em torno do binômio empresário-proprietário, mas também do feixe de contratos que se estabelecem no âmbito da empresa, na medida em que não violem os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição. Além disso, deve possibilitar a funcionalização do instituto da pessoa jurídica como verdadeiro centro de imputação disponível à realização organizada de atividade econômica e sujeita aos percalços de risco e incerteza no cenário econômico.

---

<sup>178</sup> Para maiores detalhes ver: ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Tais Cristina de Camargo. **Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada.** Revista de Direito Privado. São Paulo, ano 3, n. 11, p. 244-250, jul.-set.2002. CAVALLI, Cássio. **Apontamentos sobre a função social da empresa e o moderno Direito Privado.** Revista de Direito Privado. São Paulo, ano 6, n. 22, p. 22-29, abr.-jun. 2005.

#### *4.1.2 – A preservação da empresa como paradigma do novo direito concursal*

A preocupação dos juristas em relação a seus objetos de estudo, de um modo geral, é buscar ou fornecer uma concepção que seja própria ao Direito, nos moldes em que a normatividade jurídica seja capaz de alcançar. Isto remete a padrões normativos por demais estreitos, verdadeiros “arquétipos” da realidade, que se manifestam através de sistemas fechados ou envoltórios denominados institutos jurídicos.

No entanto, muitas situações jurídicas não se comportam em tais fronteiras e não podem revelar seus reais significados a partir de tais parâmetros, notadamente aquelas destacadas no interior das cláusulas gerais (boa-fé objetiva, função social, etc.). Acredita-se que a empresa enquadra-se também nessa situação e, por conta dos diversos enfoques teóricos que procuram atribuir-lhe alguma explicação jurídica, acaba sendo alvo de análises doutrinárias que negligenciam certos aspectos em suas abordagens, fruto do apego que a maioria dos juristas possui à dogmática dos conceitos que encerram seus objetos de estudo.

Nesse particular, cabe mencionar as palavras de Francisco Campos (1955), citado por Salles, para quem:

O conceito de empresa representa uma contribuição muito importante à classificação dos conceitos jurídicos, mas a verdade é que o conceito de empresa ainda não amadureceu suficientemente, de maneira a poder constituir uma base segura para a edificação do sistema de Direito Positivo. Pelo conceito de empresa o que se pretende é exprimir de outra maneira as mesmas realidades, os mesmos caracteres que integram o conceito de ato comercial. A empresa teria um caráter comercial pela natureza da sua atividade ou de seus atos, de maneira que nós, ao instituímos o conceito de empresa, estaríamos transportando para ela as mesmas incertezas e as mesmas indecisões que reinam na configuração da natureza dos atos de comércio. (SALLES, 2000, p. 101).

Pelas próprias características que apresenta, a importância da empresa para a economia de uma sociedade é uma realidade inafastável nos dias atuais, tal como se tem procurado deixar em destaque. Em torno dela os empregos e a produção de riquezas surgem com resultado de sua atuação no cenário local e globalizado. Tal importância encontra-se registrada no chamado novo Direito Concursal (Direito da Empresa em Crise). Ao detectar-se que os mecanismos de liquidação de empresas provocam graves conseqüências para a sociedade e para o Estado, este campo do Direito passou a proporcionar o auxílio necessário para possibilitar que a atividade econômica da empresa fosse mantida por meio da apresentação de um plano apto a salvaguardá-la em momentos de dificuldades econômicas.

Esse novo Direito Concursal que surge no país, funda-se no princípio da preservação da empresa e revela-se como uma perspectiva oposta à postura liquidatária-solutória do regime falimentar anterior, que não mais encontra amparo no contexto das demandas contemporâneas. A proposta de conservação da empresa por meio da implementação de instrumentos de recuperação de sua vitalidade econômica estende-se muito além da satisfação de interesses presentes na relação débito-crédito, o que torna possível afirmar que a reorganização econômica da empresa auxilia na melhor observação de sua função social, porque atinge o interesse público existente na continuação da atividade funcional da empresa.

Em igual modo, o senador Ramez Tebet em seu relatório ao Senado, já mencionado alhures neste trabalho, manifestou-se quanto a este princípio dizendo que:

em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, know-how, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros. (TEBET, 2005, p. 362)

É nessa perspectiva que a atual Lei concursal de 2005 acompanha as inovações do Direito Brasileiro e espera-se possa permitir às empresas superar circunstâncias adversas. Nesse sentido, como já se destacou anteriormente, um dos aspectos relevantes que se verifica no novo Direito Concursal como reflexo do princípio da preservação da empresa é a dissociação entre empresa e empresário, que possibilita o afastamento do sócio, do controlador ou do administrador à frente da empresa sem, contudo, resultar na paralisação da atividade econômica. Essa dissociação permite que o empreendimento subsista ao insucesso do empresário e fornece elementos suficientes a orientar uma administração mais adequada à empresa ainda viável, pois, acredita-se que as atitudes do sócio controlador ou do administrador contribuam para a situação de insolvabilidade ou mesmo fracasso econômico-financeiro da empresa, pelo que devem ser despojados de suas atribuições legais ou estatutárias.

Verifica-se, assim, que a empresa enseja um significado mais amplo que a pessoa jurídica e deve superar essa inclusive em momentos de dificuldade econômico-financeira, pois à empresa estão vinculados interesses que extrapolam os limites legais ou estatutários que a conceberam. A própria noção de “situação de crise econômico-financeira do devedor” não fica restrita apenas às circunstâncias de impontualidade ou insolvência, antes, porém, alcançam uma dimensão muito mais alargada, ao permitir a denúncia de tal estado pelo

empresário devedor sem que disso resulte a liquidação de seu negócio, como ocorria no regime falimentar anterior. A nova sistemática exige que se investigue as causas da situação adversa do empresário na condução de seu empreendimento, uma vez que ele não está sozinho e os interesses que se entrelaçam ao seu nesse instante estendem-se para além dos limites da relação débito-crédito.

Ao tratar da evolução do princípio da preservação da empresa, Newton de Lucca (1999) ressalta que este é decorrente de alterações históricas havidas no princípio da dissolução da sociedade<sup>179</sup> aplicável até recentemente em idênticos casos. E, referindo-se à doutrina de Rodríguez Rodríguez (1971), Newton de Lucca afirma que:

Essa evolução teria passado por três etapas distintas: a **primeira**, quando se admitia a cláusula de continuação com os herdeiros; a **segunda**, com a exclusão dos incapazes como base para a continuação da empresa; e a **terceira**, marcada pelo reconhecimento legal do princípio da conservação da empresa, em função do valor objetivo da mesma. (LUCCA, 1999, p. 38).

Note-se que os aspectos evolutivos desse princípio correspondem às necessidades legais que ao longo dos tempos antigos e modernos representaram importâncias diferenciadas nas sociedades, que segundo Rodríguez Rodríguez (1971) pode ser explicado do seguinte modo:

A manutenção da empresa, como finalidade legal, alcança-se por dois distintos caminhos. Por um lado, mediante o aparecimento de formas sociais mais estáveis, alheias às contingências pessoais de seus sócios, como ocorre com as capitalistas, cuja estrutura atende principalmente a esta necessidade; por outro lado, a admissão paulatina de norma que tendem a restringir a influência das vicissitudes pessoais dos sócios sobre a empresa social de que façam parte. (*apud* LUCCA, 1999, p. 39, tradução nossa).<sup>180</sup>

Apesar das significativas mudanças de orientação introduzidas pelo novo Direito Concursal, o princípio da preservação da empresa não se aplica a todo e qualquer

<sup>179</sup> Um relevante trabalho sobre o assunto está em Rúbio, para quem: “La necesidad, por un lado, de facilitar la relajación de los lazos contractuales, particularmente íntimos en este contrato, cuando el estado de las relaciones entre los socios hace insoportable o difícil la necesaria convivencia y, frente a éste, de carácter individual, el interés general de procurar el mantenimiento de una organización industrial de una empresa productiva y útil para la vida que, lejos de neutralizarse recíprocamente al ser recogidas por el derecho, influyen simultáneamente en él, prestando al estado de la disolución frente a la reglamentación ordinaria de la resolución de los contratos, una fisionomía típica.” (In **El Principio de la conservación de la empresa y la disolución de sociedades mercantiles en derecho español**, Madrid, 1935, p. 6 *apud* LUCCA, 1999).

<sup>180</sup> “El mantenimiento de la empresa, como finalidad legal, se alcanza por dos distintos caminos. Por un lado, mediante la aparición de formas sociales más estables, ajenas a las contingencias personales de sus socios, como ocurre con las capitalistas, cuya estructura atiende principalmente a esta necesidad; otro, la admisión paulatina de normas que tienden a restringir la influencia de las vicissitudes personales de los socios sobre la empresa social de la que formen parte.”

empreendimento em crise, porquanto é preciso que a empresa esteja passando por dificuldades momentâneas, episódicas e não corriqueiras, hodiernas. Além do que é preciso que a empresa nessa situação, como antes mencionado, ainda se mostre viável sob o ponto de vista econômico a ensejar todo o esforço da comunidade política no firme propósito de promover seu reerguimento no mercado. Nessa tarefa não é difícil perceber que há um envolvimento amplo por parte de todos os interessados, direta ou indiretamente na relação obrigacional débito-crédito, que revela diferentes naturezas e formas de constituição.

Nessa perspectiva, mister destacar as palavras de J. A. Penalva Santos e P. Penalva Santos:

O direito moderno não pode desprezar a questão fundamental de se saber em que casos as empresas devem ser conservadas e em que hipóteses devem ser eliminadas. Esta questão, que o novo Direito Concursal não pode resolver mediante o estabelecimento de um critério rígido de seleção, requer ao mesmo a elaboração de um padrão de empresa recuperável, que contenha as condições mínimas compatíveis com o interesse social que se pretenda conservar. (In VALVERDE, 2001, p. 30).

Em igual sentido, Manuel Olivencia Ruiz (1982), já ressaltava que ao procurar-se efetivar mecanismos de superação das dificuldades com o fim de conservar a empresa como unidade produtiva deve-se considerar que:

se trata de salvar o salvável, de sanear o saneável, e de não manter a qualquer custo organismos inertes, que deixaram de ser produtivos. Não se trata de manter “lugares” quando a aguda situação crítica demonstra que não mais pode haver “trabalho” naquela empresa; nem de investir a perder de vista recursos da comunidade na certeza de seu esbanjamento, senão que deve cessar, e aí reside o interesse público. (*apud* ABRÃO, 1985, p. 43).

Argumentos esses que J. A. Penalva Santos e P. Penalva Santos, baseados na posição de Thomas H. Jackson (1986) e Jean Paillusseau (1984), acrescentam:

Em estudos realizados em diversos países, uma das conclusões mais freqüentes é a da conveniência de evitar o menor mal possível nas falências tradicionais, com a continuidade apenas das empresas em houvesse interesse público ou social relevante. Dessa forma, o objetivo principal do Direito Concursal seria o de oferecer um marco legal que permitisse, com os menores custos sociais possíveis, a reestruturação ou o desaparecimento de empresas ineficientes e o deslocamento dos fatores de produção para campos de maior rentabilidade. Para cada uma dessas hipóteses, as normas concursais devem estabelecer procedimentos diversos. (In VALVERDE, 2001, p. 31).

O plano de recuperação deve ser concebido de modo a demonstrar a redução dos custos sociais inerentes à conservação da empresa e a desaconselhar sua eliminação no mercado, conforme palavras de J. A. Penalva Santos e P. Penalva Santos:

É fundamental, na adoção de um plano de reorganização, que os custos sociais, com a conservação, sejam inferiores aos custos com a liquidação. A aplicação generalizada do princípio da conservação da empresa, ao invés de diminuir, pode, na realidade, significar um aumento dos custos sociais.

De fato, nada pode ser mais danoso ao interesse público do que a manutenção de empresas ineficientes, as quais inevitavelmente seriam mantidas com subsídios públicos. Nem mesmo o interesse exclusivo dos trabalhadores pode prevalecer em detrimento dos contribuintes que pagam as subvenções, e do conjunto da sociedade que sofre as conseqüências da baixa produtividade e da ineficiência dessas empresas. (In VALVERDE, 2001, p. 31).

Caso contrário, os mesmos autores advertem que deve ser mantida a velha sistemática de liquidação do patrimônio do devedor falido em razão de sua insustentabilidade econômica na persecução de sua atividade empresarial em detrimento da necessidade de manutenção dos direitos creditícios, preservando-se o crédito negociado ou não-negociado com os interessados na solução de seus direitos. Assim, nas palavras de J. A. Penalva Santos e P. Penalva Santos “o velho processo de liquidação não está completamente superado, pois o legislador moderno não pode desprezar os custos para o sistema econômico que poderiam decorrer da aplicação generalizada da reorganização da empresa.” (In VALVERDE, 2001, p. 31)

Na perspectiva econômica alicerçada por Pimenta (2006, p. 37-59), a empresa congrega a organização de diversos fatores (terra, capital, trabalho e tecnologia), que são reunidos para a produção e circulação de bens ou prestação de serviços, em torno dos quais filiam-se interesses de empregados e prestadores de mão-de-obra; provedores de capital e fornecedores de matérias-primas e tecnologia, os quais devem encontrar na empresa incentivos econômicos para manter sua participação no negócio. Desse modo, Pimenta argumenta que:

O limite da recuperação judicial ou extrajudicial de uma empresa está no ponto em que para cada um dos grupos de interesses a ela vinculados (incluído aí os próprios titulares) a busca por sua manutenção seja economicamente mais onerosa que o seu fechamento e liquidação pelo processo falimentar.

Não se pode ou deve esperar que os citados grupos de interesses envolvidos no processo recuperatório abdicuem dos proveitos privados advindos da liquidação da empresa em crise, se estes forem mais eficientes aos seus objetivos, para atender a um interesse público na manutenção pura e simples do empreendimento empresarial.

A restauração da empresa que passa por uma crise econômico-financeira somente será eficiente – e, portanto, viável – se todos estes grupos de interesses organizados vislumbrarem na manutenção da unidade produtiva o modo mais eficiente de maximizarem seus interesses. O credor somente orientará sua conduta no sentido da

recuperação da unidade empresarial se perceber que esta é, se comparada ao fechamento do empreendimento e recebimento de seus direitos em um concurso com os demais credores do falido, a escolha mais eficiente. (PIMENTA, 2006, p. 76).

Assim, o princípio da preservação da empresa orienta no sentido de que a solução dos conflitos creditícios, sempre que possível, deve ocorrer sem o comprometimento da atividade econômica, uma vez que a empresa “representa um valor objetivo de organização que deve ser preservado.” (LOBO, 2005, p. 123). Além disso, deve ser levado em conta o elevado grau de interesses dos setores envolvidos em seu pleno funcionamento, caso contrário, amargariam significativo prejuízo.

#### **4.2 – Aspectos relevantes da relativização da personalidade jurídica societária na recuperação da empresa**

Pelas peculiaridades que o instituto da pessoa jurídica apresenta, conforme destacado na primeira parte deste trabalho, forçoso se torna reconhecer que na atualidade dificilmente é possível sustentar-se um significado único diante das categorias que apresenta.

Sequer dentro da clássica dicotomia presente no Direito em público e privado, hoje muito combatida face aos movimentos aglutinação desses conteúdos, notadamente em áreas como o direito do consumidor, direito ambiental, direito concorrencial e também no próprio direito empresarial e porque não dizer no Direito Concursal, pode-se afirmar que há identidade de significado na compreensão do Estado como pessoa jurídica na ordem pública do Direito e as inúmeras pessoas jurídicas insertas na ordem privada do Direito, dentre as quais se incluem os diversos tipos de sociedades.

Em termos de essência, não é difícil constatar que não se tratam de uma mesma pessoa, mas sim de uma mesma categoria de pessoa jurídica, como bem destaca Comparato, a partir da posição de W. Friedman (1960), ao reconhecer que:

Essa multiplicidade de agregados, institutos e situações diversas, que constituem o substrato das pessoas jurídicas, não apresenta nenhum denominador comum, social ou econômico, sendo que cada teoria, formulada no assunto, parece ter sido concebida a partir de um determinado tipo de pessoa jurídica, sem nenhuma previsão das suas possíveis aplicações em outros setores. (COMPARATO, 1983, p. 278).

Logo, do mesmo modo que a doutrina admite variações na abordagem do problema da relativização da pessoa jurídica pela necessidade de considerar-se o tipo a que se refere a análise pretendida; também deve-se estar atento ao aspecto de variabilidade do conteúdo jurídico a orientar esse enfrentamento, porquanto essa relativização pode, igualmente, modificar-se dependendo da área do Direito (direito empresarial, direito do trabalho, direito tributário) a que se refere o estudo, como bem dimensionam Justen Filho (1987) e Salomão Filho (2006).

Para melhor compreender o que se pretende com essa temática em torno da pessoa jurídica, o presente tópico procura apresentar questões que são relevantes para a ancoragem do que se convencionou denominar “relativização da personalidade jurídica societária” e integra o propósito deste trabalho, o que se fará em dois planos distintos.

Num primeiro plano, necessário deixar claro a transformação do caráter absoluto e autônomo da personalidade jurídica para o caráter relativo e imputativo no contexto funcionalizado do direito, a partir dos limites objetivos propostos pelo instituto da desconsideração. Essas transformações operadas no seio da organização da pessoa jurídica têm como marco a separação em titularidade e poder de controle; entre empresa (organização econômica) e empresário (organização jurídica), em razão da mudança também de orientação havida nas relações privadas e que produziu alteração do caráter subjetivo da autonomia da vontade (poder da vontade) para o caráter objetivo da autonomia privada (poder jurídico e interesse jurídico) no Direito.

Num segundo plano, mister problematizar os traços característicos de aproximação entre o instituto da desconsideração e a teoria do abuso do direito como uma categoria das cláusulas de ilicitude objetiva, sob a perspectiva da disposição de direitos no Estado Democrático, marcado pela concreção da condição de acesso a direitos pelos sujeitos jurídicos, que os devem reivindicar, não só do Estado, mas da comunidade política como um todo.

#### ***4.2.1 – A relativização da pessoa jurídica: Os limites propostos a partir do instituto da desconsideração***

A desconsideração aflora no direito distintas manifestações de vício no exercício de um direito constituído, marcadas pelo prisma do dever jurídico que as encerra e acarreta

conseqüências diversas. Assim, tem-se uma certa aproximação entre o instituto da desconsideração e o marco dos vícios do negócio jurídico, a saber: **a)** vícios do negócio jurídico e abuso do direito: responsabilidade direta do sócio, acionista controlador ou administrador, ou teoria “ultra vires”; e **b)** vícios de forma (fraude à lei ou aos estatutos) e abuso da forma: desconsideração da personalidade jurídica.

A esse respeito fala Albertino Daniel de Melo em “sanção civil” às práticas de abuso da sociedade por parte de seus membros e descreve vários tipos de sanção:

a nulidade de atos feitos em desvio dos fins, ou do objeto, a nulidade do negócio constitutivo da sociedade ou da subscrição de ações ou quotas, ou da transferência patrimonial a título de contribuição; a inoponibilidade de atos ou de pretensões a terceiros, em razão de uma aparência criada pela sociedade, por seu agentes ou sócios; a responsabilidade dos agentes e sócios e da própria sociedade; a ação pauliana. Outras sanções forma introduzidas nos ordenamentos mais ou menos recentemente e referem-se a aspectos do Direito societário – a conversão do mútuo aparente em ato de integralização do capital; *a suspensão da personalidade em caso concreto*; a qualificação da sociedade por um tipo diverso daquele constituído pelos sócios; a intervenção estatal para fins de regularização, ou mesmo de extinção. (MELO, 1997, p. 99, grifo nosso).

Tal circunstância foi objeto de análise por parte de Justen Filho (1987, p. 67), ao ressaltar que “nos dois casos o direito exclui a produção dos efeitos visualizados pelas partes e a incidência do regime jurídico normalmente aplicável.” Têm-se aqui distinções apenas no plano da abordagem teórica que se manifestam em ambas situações jurídicas, por um lado os vícios do negócio jurídico voltam-se para o negócio em si mesmo, ou seja, para as estruturas lógico-formais exigidas pela pragmática normativa, o que se revela sob o plano da análise estática; por outro a desconsideração alcança o desvio de função da pessoa jurídica, ou seja, o desvio funcional da pessoa jurídica na prática do negócio jurídico, evidenciado sob o aspecto dos fins para os quais aquela foi concebida, o que se revela numa análise dinâmica e insere em meio a fatores exógenos. Sob esse aspecto, afirma Justen Filho que:

A desconsideração configura-se como um defeito de funcionalidade na atuação de uma pessoa jurídica. Passa a atuar conflitantemente com a função a ela atribuída pelo direito. Esse “defeito” é que se encontra na raiz da desconsideração. O defeito de que se pode falar reside não na estrutura do ato jurídico específico, mas na atividade funcional desempenhada pelo sujeito que praticou tal ato. Há um conflito entre a função abstratamente delineada pelo ordenamento e a atividade funcional concretamente desempenhada pela sociedade personificada. (JUSTEN FILHO, 1987, p. 68).

Pelo que já se apresentou neste trabalho sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, necessário neste momento fazer-se uma síntese distintiva daquilo que

tem sido descrito a respeito, sobretudo no que concerne aos apelos da chamada doutrina tradicional ou teoria unitarista em relação a doutrina moderna ou teoria pluritarista, para que se possa demonstrar os caminhos percorridos até aqui no desenvolvimento da matéria e onde se pretende chegar com esse trabalho.

De um lado, destaca-se a doutrina tradicional (concepção unitarista) acerca da desconsideração, desenvolvida inicialmente por Rolf Serick,<sup>181</sup> que trabalha sob a perspectiva do binômio regra/exceção e coloca em linhas comparativas os traços distintivos de afirmação da personalidade jurídica como regra a ser preservada, e do instituto da desconsideração como exceção a ser combatida, reservada apenas para situações jurídicas que se configurem como episódica ou excepcionalíssima (LIMA, 1999), pois caso contrário poderia conduzir a extinção da personalidade jurídica e todos os avanços que representa para o Direito. Esta doutrina manifesta a composição do sentido subjetivista da desconsideração e apóia-se no velho absolutismo da forma da personalidade como ser autônomo, no princípio da separação patrimonial entre o ente moral e os seus membros, e no princípio da limitação da responsabilidade dos membros ao valor da participação social.

A crença no absolutismo do conceito de pessoa jurídica, segundo Justen Filho (1987, p. 30), marca o ponto de sustentação do choque entre “conceitos inadequados e defasados, herdado de uma ambientação ultrapassada”, que certamente não encontra mais lugar propício à aceitação dentro do quadro que surgiu com as teorias contemporâneas acerca do Direito.

Essa crença, pode ser identificada por quatro maneiras de manifestação, a saber: **a)** a pessoa jurídica é expressão a que corresponde algo *existente* (ainda que abstratamente), um *objeto cognoscível*; **b)** a identificação entre a pessoa jurídica e a pessoa física, o que poderia ser indicado pela expressão “antropomorfismo da pessoa jurídica” (teoria da analogia); **c)** a fé acerca da imutabilidade da pessoa jurídica – que se manifesta tanto no entendimento da imutabilidade no tempo como na imutabilidade no espaço; e **d)** o entendimento de que a pessoa jurídica é conceito único dentro de um mesmo ordenamento jurídico. (JUSTEN FILHO, 1987, p. 30 a 38).

Essa postura doutrinária conhecida como unitarista pela ciência do direito já havia sido objeto de análise por Justen Filho que, ao citar Orestano, destaca:

---

<sup>181</sup> SERICK, Rolf. **Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles**. Tradução de José Puig Brutau e Prólogo de Antonio Polo Diez. Barcelona, Ariel, 1958. (Título original em alemão: Rechtsform und Realität juristischer Personen – Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person, publicada em 1953) *apud* KOURY, 1997.

Se do campo do Direito Privado passamos ao direito público é então evidente que o tradicional conceito de sujeito de direito (pessoa jurídica) vale apenas em relação a um certo número de situações, sem que se possa reconhecer nelas o que se costuma chamar “subjetividade plena” no ordenamento geral, aparecem “entes” juridicamente relevantes e podem em alguns casos inclusive ter um patrimônio próprio. (JUSTEN FILHO, 1987, p. 38).

Por outro lado, tem-se a doutrina moderna (concepção pluritarista ou antiunitarista) sobre a desconsideração que surgiu com o trabalho de W. Müller-Freienfels<sup>182</sup> e oferece uma proposta crítica à posição tradicional unitarista de Rolf Serick e seus seguidores. Esta posição doutrinária consagra o sentido objetivista da desconsideração, concebido a partir das mudanças que se operaram no Direito contemporâneo com o surgimento do poder jurídico e produziu a relativização da noção unitária de pessoa jurídica que passa a ser concebida como centro de imputação, em que se admitem graus e limites à separação patrimonial e à responsabilidade dos membros.

Os movimentos de funcionalização do Direito, evidenciados em todas as manifestações do Direito contemporâneo e presente na legislação, na doutrina e até mesmo na jurisprudência, resultam da modificação implementada ao longo dos últimos anos, notadamente pelo marco da substituição da autonomia da vontade pela autonomia privada e os caracteres socializantes inseridos nos diversos institutos jurídicos a partir da segunda metade do século passado. Assim, o Direito passa a se estabelecer não mais por orientação da vontade individualizada, mas antes deve atender a uma função que lhe é atribuída pelos anseios sociais necessários ao cumprimento dos fins do Estado na orientação das condutas humanas em sociedade e da própria organização da ordem jurídica, política e econômica.

A teoria de Müller-Freienfels considera dois pontos básicos de partida, descritos por Oliveira da seguinte forma:

De um lado, no que concerne aos problemas específicos em matéria de pessoa jurídica. Vê nesta mera “designação ordenadora” – *Ordnungsbezeichnung* – para características concordantes de fenômenos sociais. As pessoas jurídicas não teriam valor próprio. Nem existiriam por si mesmas. De outro lado, e quanto à metodologia jurídica, entende Müller-Freienfels, que, em tal tema, é ainda menos recomendável que em outros um trabalho em bases meramente dogmáticas, devendo-se ao contrário enfrentar as questões com o auxílio simultâneo da teoria jurídica, da Sociologia jurídica e da Política jurídica. (OLIVEIRA, 1979, p. 357).

Dessa maneira, verifica-se que Müller-Freienfels posicionou sua teoria de modo contrário ao marco da equiparação entre a pessoa jurídica e a pessoa natural, que se manifesta

---

<sup>182</sup> MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram. **Zur Lehre vom sogenannten ‘Durchgriff’ bei juristischen personen im privatrecht.** In *Archiv für die civilistische praxis*. Tübingen, Mohr (Siebeck), n. 156. 1957, p. 522 e ss. *apud* OLIVEIRA, 1979; SALOMÃO FILHO, 2006.

evidente na tese de Serick, ao formatar a teoria da desconsideração na função de exceção à regra, o que reduz bastante o campo de ação dessa pretensiosa doutrina. A esse respeito destaca Oliveira:

Ora, Müller-Freienfels procura defender um modo de estudo dos problemas jurídicos “problematizado”, e que encontra sua direção a partir de “idéias de ordem” e de “pesquisa de interesses”. A colocação em paralelo da pessoa natural e da pessoa jurídica seria postura meramente conceitualística que não atenderia às necessidades da problematização e da colocação clara e prática dos problemas. A mesma crítica seria endereçável à elaboração de um “conceito unitário” *pessoa jurídica* em relação ao qual deveriam ser admitidas regras de validade geral. (OLIVEIRA, 1979, p. 358).

Ao negar essa tendência tradicional de aproximação da pessoa jurídica à pessoa natural, Müller-Freienfels inverte a posição mais ortodoxa no Direito para um olhar além e projeta sua teoria para fora dos limites do subjetivismo e do individualismo, pois afasta a aceitação de um conceito único e válido sob uma única maneira para todas as categorias de “pessoa jurídica”. Na lição de Oliveira (1979, p. 360), Müller-Freienfels “procurou demonstrar, a pessoa jurídica não é idêntica à pessoa natural como, mais ainda, as pessoas jurídicas não são seres redutíveis a uma mesma espécie de unidade ideal”. A esse respeito acrescenta Oliveira que:

Mas, nem mesmo entre as pessoas jurídicas como tal reconhecidas pela doutrina dominante, as qualidades e características seriam uniformes, como demonstram os exemplos do problema da limitação de responsabilidade (como as quebras do princípio da limitação no caso das Cooperativas e das sociedades em comandita por ações), bem como os exemplos de falta de uniformidade quanto ao problema do nome, da formação da vontade, da dependência ou independência em relação às alterações no quadro de membros, ou da unidade patrimonial. Essa multivocidade da noção de pessoa jurídica levaria a considerar aberta a questão colocada por Nekám, a de saber quando e a partir de que ponto de vista uma organização é considerada pessoa. O *subtractum* da unidade organizatória supra-individual da pessoa jurídica pode ser extremamente diverso, de pessoa jurídica para pessoa jurídica, como mostram as enormes diferenças entre um clube de xadrez, uma cooperativa, uma sociedade anônima ou uma fundação. (OLIVEIRA, 1979, p. 361).

Constata-se, assim, que a posição defendida por Müller-Freienfels “respeitar ou não a separação patrimonial depende da análise da situação concreta e da verificação do objetivo do legislador ao impor uma determinada disciplina.” (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 217).

Cabe mencionar, por fim, que para Müller-Freienfels “a solução adequada de toda a problemática depende de uma análise da finalidade objetiva da norma específica, vista no quadro da ordem jurídica, econômica e social, e de seus princípios básicos.” (OLIVEIRA, 1979, p. 367), o que resulta, em última análise, numa questão de metodologia de aplicação de normas (*Regelungstechnik*).

Em conclusão, ressalta Salomão Filho que:

A teoria de Müller-Freienfels postula não apenas um maior pluralismo externo na aplicação diferenciada das normas, mas também um pluralismo interno, com uma avaliação diferenciada dos diversos tipos de sociedade. Defende assim um tratamento diferenciado das pessoas jurídicas segundo as diversas funções econômicas que desempenham. (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 217).

A posição teórica que Müller-Freienfels oferece é atraente às pretensões deste trabalho, pois oferece uma saída à argumentação na construção do discurso jurídico que se estabelece em torno da concreção normativa, a partir das disposições constitucionais e tem como referencial próximo a Análise Econômica do Direito, que lhe impõe um rumo determinado na direção das inquietações que se estabelecem em torno da empresa.

#### ***4.2.2 - A relativização da pessoa jurídica: Os limites propostos a partir da teoria do abuso do direito***

Quanto à origem, nota-se que há uma aproximação entre a teoria do abuso do direito e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que ambas são obras resultantes de elaboração jurisprudencial e, portanto, instrumentos casuísticos de solução de conflitos concebidos em torno da noção de ato ilícito, daí a grande dificuldade em sua caracterização pragmática, pois se referem a condutas reprováveis pelas circunstâncias que apresentam e não pelo ato (ilícito) propriamente dito.

Apesar de terem surgido em sistemas jurídicos distintos, foram marcadas pelo referencial da *equidade* como necessidade de justiça, a fim de remediar as situações em que alguém, agindo adstrito aos limites objetivos de um direito constituído, excede em suas finalidades sociais e econômicas, à boa-fé e aos bons costumes ou desvia os propósitos funcionais da pessoa jurídica.

As transformações recentes ocorridas na organização do Direito alcançaram também a abordagem doutrinária do abuso do direito, conforme argumenta Miragem:

No Direito civil contemporâneo, pois, ilicitude e culpa não mais se identificam. A noção de delito civil, tal qual herdamos do direito civil clássico cede espaço para uma dupla possibilidade de ilicitude, que abandona a antiga concentração na noção de culpa e passa a concentrar-se na violação do dever legal. Daí a perfeita adequação da ilicitude objetiva, sem culpa, como uma segunda cláusula geral de ilicitude no Código Civil de 2002. *Essa alteração substancial é parte de um movimento de*

*funcionalização do Direito Privado brasileiro, cujos objetivos e finalidades dos institutos jurídicos tais como previstos na legislação passam a ter precedência em relação às vontades ou culpas, o que se percebe com certa facilidade ao constatar-se o atual relevo da função social de diversos institutos como a propriedade, o contrato ou a empresa.*(MIRAGEM, 2005, p. 22, grifo nosso).

Apesar de não se referir diretamente a essa ordem contemporânea, nas afirmações de Sílvio Rodrigues, citando Alvino Lima (1936), consta que:

Distinguem-se, pois, as esferas do ato ilícito e do abusivo, ambos geradores de responsabilidade; naquele transgridem-se os limites objetivos traçados pela própria lei, negando-se ou excedendo-se ao direito; no ato abusivo, há obediência apenas aos limites objetivos do preceito legal, mas fere-se ostensivamente a destinação do direito e o espírito da instituição. (RODRIGUES, 1995, p. 45).

A partir da análise do abuso do direito na recente opção legislada no Código Civil de 2002, afirma Bruno Miragem que:

O abuso do direito não se examina no Direito Brasileiro como categoria autônoma, mas como espécie da ilicitude objetiva, caracterizada pelo exercício do direito subjetivo com excesso aos limites impostos pela finalidade econômica e social, pela boa-fé, e pelos bons costumes. Trata-se, contudo, da combinação de limites genéricos e específicos no art. 187 do Código Civil de 2002, dizendo respeito alguns a *deveres de conduta* exigíveis em qualquer relação jurídica (boa-fé e bons costumes) e os demais com sua identificação de acordo com cada direito subjetivo ao qual se referem (finalidade econômica e social). (MIRAGEM, 2005, p. 36).

Ao contrário do que afirma Miragem (2005), Sílvio Rodrigues já ressaltava que o abuso do direito assume sim características autônomas em relação a teoria da responsabilidade civil, ao dizer que:

A teoria do abuso de direito extravasa do campo da responsabilidade civil e a idéia que a inspira guarda autonomia para aplicar-se a todos os campos do direito, gerando conseqüências outras que não apenas a obrigação de reparar, pecuniariamente, o prejuízo experimentado pela vítima. (Rodrigues, 1995, p. 54)

Em igual sentido Pedro Baptista Martins sustentava que:

A teoria do abuso do direito pode ser construída e considerada como categoria autônoma. Ela tem, inquestionavelmente, certas afinidades com a teoria da culpa, com a qual, todavia, não se confunde, pois que entre os caracteres de diferenciação destacam-se o seu acentuado cunho objetivista e, principalmente, a circunstância de serem noções incoadunáveis a de culpa e a de exercício de um direito. (MARTINS, 2002, p. 168).

Os casos que autorizariam a desconsideração são caracterizados por abuso da forma e não propriamente abuso do direito, pois a personalidade jurídica não é considerada direito, mas antes técnica jurídica. Logo, apesar de a desconsideração configurar-se como um desvio funcional da pessoa jurídica (abuso da forma) não é caso de reparação civil, pois não se evidencia o desvirtuamento por excesso no exercício de direito por conduta omissiva ou comissiva que produza dano a alguém, mas desvio por excesso na destinação da forma de organização jurídica que “estrutura”, “sustenta”, “justifica” e “legitima” o exercício do direito de realização do interesse social.

Na configuração e compreensão desse ressurgimento do abuso do direito na ordem jurídica vigente no país após o Código Civil de 2002, não mais há de se exigir o *dano* como um dos requisitos a configurar o abuso, ao contrário do que ocorria na sistemática tradicional anterior, como evidencia Miragem ao afirmar que:

*o dano será pressuposto da imputação de responsabilidade – art. 927 e seguintes do Código Civil – não da configuração do abuso, cuja norma é meramente conceitual da ilicitude sem culpa.* Desta poderão advir outras conseqüências jurídicas que não a indenização, como a cominação de nulidade, a *ineficácia*, ou outras sanções que se aplicam de modo concomitante à sanção civil, como aquelas de caráter penal ou administrativo. (MIRAGEM, 2005, p. 28, grifo nosso).

O Abuso de forma no Direito provocado por desvio de função é passível de ser imputado ao sujeito, seja a própria pessoa jurídica, seja o sócio ou administrador cuja responsabilidade tem por conseqüência o adimplemento de dever legal que lhe é atribuído em razão dos parâmetros objetivos decorrentes de situação jurídica determinada, seja quando ocorre no âmbito interno da empresa, seja no contexto externo de mercado e envolva questões na ordem do direito societário ou mesmo do direito creditório.

O abuso assim concebido insere-se no âmbito da conseqüência identificada na aplicação do instituto da desconsideração, tal como já descrito no início deste trabalho, e observado por Justen Filho, para quem:

Quando se aplica a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não se inquina de inválido o ato jurídico específico enfocado (ou os atos jurídicos genericamente enfocados) nem se nega a personificação societária. Admitem-se como válidos os atos jurídicos, mas se sujeito a um regime jurídico distinto, no que tange especialmente à sua imputação. Ao invés de serem atribuídos a uma pessoa diversa (física ou jurídica), que é sócia. Ou, inversamente, ao invés de atribuir o(s) ato(s) à pessoa do sócio, o direito atribui-o(s) à pessoa da sociedade. (JUSTEN FILHO, 1987, p. 87-88).

Segundo análise de Miragem (2005, p. 26) o Código Civil de 2002 inseriu uma dupla modalidade de cláusulas de ilicitude, que acabaram por “alargar o conceito de ilicitude e o

*modus* de violação do dever legal”, ao revelar por um lado a tradicional concepção de ilícito civil definida no texto do art. 186, que abrange de modo expresso a hipótese de dano moral; e por outro lado a renovada inserção do abuso do direito no art. 187, que prescinde de culpa ou nexos causal a ocorrência de dano, defini limites precisos ao exercício do direito sob a perspectiva objetivo-teleológica marcados pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A respeito dessa segunda cláusula geral de ilicitude adverte Miragem que:

Trata-se aqui, da violação a limites que a um só tempo são expressos por *conceitos plurissignificativos*, que buscam assegurar tanto as finalidades para as quais foram concebidos os direitos subjetivos e institutos jurídicos em geral, quanto os elementos ético-judicizados dos quais se utiliza o legislador para pontuar o esquema legal de previsão desses mesmos direitos. (MIRAGEM, 2005, p. 26, grifo nosso).<sup>183</sup>

O dano pode manifestar-se ou não como resultado da conduta que ultrapassa essas fronteiras legais, e pretende-se deixar claro que seu surgimento enseja a reparação civil prevista no art. 927 do Código Civil de 2002, ainda que consequência diferida do abuso de forma da pessoa jurídica.

Desse modo, verifica-se que a opção do legislador no Código Civil de 2002 apresentase concernente aos atuais anseios pragmáticos por um Direito que se afirma aberto às vicissitudes de replanificação da praxis privatística e consagra elementos que revelam características absorventes, e que oferecem condições de moldar esse direito proposto às situações do cotidiano que, incessantemente, estão se refazendo a cada momento em que se manifestam na vida social das pessoas.

O próprio legado do Código delineado por Miguel Reale nos três firmes propósitos de *sociabilidade, operabilidade e eticidade*, que ressoa no novo Direito Concursal, conforme alhures referido, revelam esta faceta legislada no texto desses diplomas legais, que compreendem na perspectiva ora analisada as questões de limites ao exercício de direitos norteados pela finalidade social e econômica, pela boa-fé objetiva e pelos bons costumes.

A pessoa jurídica é concebida no plano deste trabalho como centro de imputação, expressão que aparece em variações como “centro autônomo de interesses” (COMPARATO, 1983); “centro autônomo de decisões” (SALOMÃO FILHO, 2006), assume características

---

<sup>183</sup> A respeito da expressão *conceitos plurissignificativos*, Karl Engisch prefere *conceito multissignificativo* ao afirmar que: “Os conceitos indeterminados contrapõem-se aos conceitos determinados, os conceitos normativos contrapõem-se aos descritivos e os espaços ou âmbitos de livre discricção contrapõem-se às vinculações aos critérios objectivos do justo. Se o *conceito multissignificativo* de “cláusula geral”, que não raramente vemos confundido com um dos conceitos acima mencionados, há de ter uma significação própria, então faremos bem em olhá-lo como conceito que se contrapõe a uma elaboração “casuística” das hipóteses legais.” (ENGISH, 1988, p. 228).

próximas àquelas que são legadas a empresa, enquanto entidade também jurídica. Porém, enquanto a pessoa jurídica é marco de organização jurídica destinada a certo fim; a empresa é marco de organização da atividade econômica que proporciona ao empresário a consecução de lucro e mobilidade da riqueza econômica funcionalizada no contexto social pela redução dos custos de transação (fornecedores, consumidores e trabalhadores). Sob esse prisma, tanto a pessoa jurídica (empresário), quanto a empresa (atividade) revelam-se como centros de interesses, ou seja, centros de poder, que admitem o tratamento institucional representados em torno de feixes de contratos.

Nessa ordem argumentativa em torno do abuso, a idéia primordial é no sentido de que, em princípio, contratante algum ingressa em um conteúdo contratual sem a necessária atenção à boa-fé e a seu fim social e econômico. A má-fé inicial ou acidental em um contrato pertence aos vícios do negócio jurídico, insere-se na categoria de fraude, e como tal deve ser afastada. Em cada caso, o juiz deverá definir as situações em que os partícipes desses nexos de contratos desviaram-se da boa-fé ou do fim social e econômico.

O princípio da boa-fé objetiva consiste em uma verdadeira regra de comportamento, de fundo ético e de exigibilidade jurídica, que nas palavras de Martins-Costa (2000, p. 427-428) tem como principais funções: **a)** cânone hermenêutico-integrativo do contrato; **b)** norma de criação de deveres jurídicos; e **c)** norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos, consoante evidenciam os arts. 113, 128 e 422, do Código Civil de 2002<sup>184</sup>. Portanto, é fator basilar na interpretação e argumentação jurídica, conforme destaca a lição de Miragem, para quem:

A boa-fé apresenta em matéria de limite ao exercício de direitos um papel fundamental, uma vez que ao ser fonte de deveres anexos como lealdade, colaboração e respeito às expectativas legítimas do outro sujeito da relação jurídica, por evidência lógica limita a liberdade individual do destinatário desses deveres. Este terá, portanto, de exercer os direitos de que é titular, circunscrito aos limites que eles lhe impõem. Em boa parte das situações, contudo, não há necessidade de recorrer-se ao abuso para solucionar questões colocadas nesse plano, ou seja, relacionados a tais deveres anexos. Basta, para regular tais situações, o recurso à boa-fé. Em outros casos, contudo, em que esse comportamento descuidado ou ofensivo ao outro sujeito faz-se acompanhar do desborde da finalidade social ou econômica do direito, podem surgir situações em que se deva falar em abuso, não mais apenas em violação da boa-fé. (MIRAGEM, 2005, p. 33).

<sup>184</sup> Código Civil de 2002: **Art. 113.** Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

**Art. 128.** Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

**Art. 422.** Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Levando-se em conta que os referenciais tradicionais do Direito estabeleceram-se de modo casuístico em torno de tipificações ou descrições legais de conduta, a opção de legislar por meio de princípios e cláusulas gerais – da dignidade da pessoa humana, do livre desenvolvimento da personalidade, da função social da propriedade e do contrato, e da boa-fé (MARTINS-COSTA, 2004, p. 240) – traduz uma tipificação aberta que permite uma abordagem argumentativa e remete o intérprete a um modelo de conduta que carece de concreção no tempo e no espaço<sup>185</sup>, fora dos padrões fechados e rígidos, desenvolvidos pelo modo clássico de legislar por meio de *fattispecie* e pela doutrina tradicional centrada no binômio regra/exceção, para configurar os casos de aplicação do instituto da desconsideração problematizada na praxis.

Por outro lado, no interior da teoria objetiva do abuso do direito insere-se a significativa teoria do risco, como elemento inerente à compreensão da própria objetivação do abuso que marca a prática de determinado direito, pois o risco nessa concepção apresenta-se como critério de imputação das conseqüências jurídicas à conduta realizada pelo sujeito.

Desse modo, para Chamon Junior (2006, p. 176) ainda que se possa admitir a ampliação do campo de ação da responsabilidade objetiva, há uma tensão entre esta e a responsabilidade subjetiva, ao defender que não se pode impor uma separação, ainda que teórica, entre ambas, pois entende que isto conduziria a um problema, tanto de legitimação, quanto de argumentação, a ser enfrentado pelo discurso jurídico. Adverte, ainda, Chamon Junior, citando Niklas Luhmann (1996), que:

Na Modernidade, a certeza de uma segurança já não se faz sustentável, e toda e qualquer decisão que tomamos aparece, a nós mesmos, como sempre arriscada; aos outros tal decisão pode apresentar-se como perigosa, mas o fato de se fazer arriscada reside exatamente no fato de que nossas decisões sempre acarretam conseqüências negativas que poderiam tanto ser vislumbradas como também jamais poderíamos, desde antes, prevê-las e delas nos precaver. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 176).

A partir dessas afirmações, leciona Chamon Junior que:

A responsabilidade pode ser verificada e imputada a um referencial na argumentação tanto em razão de um a) dever infringido (subjetivamente imputável), de um b) direito violado (também subjetivamente imputável) ou de uma c) situação que, a partir de uma interpretação do Direito na busca da igual realização de liberdades, é interpretada como devendo ser objetivamente imputada, ainda que não

---

<sup>185</sup> Para MARTINS-COSTA (2004, p. 242) “O que constitui, em cada situação de vida, um *comportamento segundo a boa-fé objetiva* não deve ser descrito a priori e de modo abstrato senão em termos muito gerais porque a boa-fé é norma carecedora de *concreção*. Ao postular a concreção, a boa-fé objetiva pede ao intérprete que ajunte, aos métodos clássicos de interpretação, desenvolvidos e expostos no séc. XIX, por Savigny, uma *nova hermenêutica*, cujo modelo é o da hermenêutica constitucional.”

problematizada de maneira determinante a ocorrência de um infração de deveres (a violação de direitos, neste caso, pode ser tomada em conta de maneira central na argumentação, mas não de forma necessária). (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 177).

A esse respeito, argumenta ainda Chamon Junior que:

Nas situações de responsabilização objetiva, que vêm se desenvolvendo no discurso jurídico moderno, simplesmente não se assume a inevitabilidade como capaz de cobrar um papel determinante na própria imputação da responsabilidade: seja porque nem sequer é problematizada, seja porque na melhor interpretação do Direito entende-se que esta discussão – inclusive em razão de argumentos que reportam a familiaridade do caso – não seria determinante para a imputação. A responsabilização, portanto, se daria não pelo risco criado, mas em razão de uma situação jurídica que é interpretada como devendo ser suportada por um determinado centro referencial de imputação – por um ente dotado de “personalidade”. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 178).

Conforme se pode perceber na posição defendida por Chamon Junior (2006, p. 178) a inevitabilidade é concebida como elemento inerente da concepção subjetivista, em que é necessária a aferição do dolo e da culpa, consideradas em termos das “circunstâncias” e da “motivação” “normais” que devem ser levados em conta. Ao lado da desta, o autor invoca também a exigibilidade, cuja noção é elaborada a partir da argumentação e frente às próprias normas vigentes, ou seja, “ter-se razões normativas legítimas para se exigir um comportamento noutro sentido.” (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 180).

Nesse aspecto, na apuração da responsabilidade resultante de imputação de ato, não se deve negligenciar a análise necessária acerca da inevitabilidade e da exigibilidade, ainda que diante de orientações objetivistas que afloram da ordem jurídica vigente, em que o dolo e a culpa não se inserem como elementos centrais na análise do caso concreto, mas antes integram o conjunto de dados relevantes na composição da decisão mais acertada.

É de se admitir, portanto, que é relevante considerar o elemento subjetivo na interpretação em cada contrato/transação, sem desprezar ou negligenciar (ao lado da) a conduta objetiva das partes. A parte contratante pode estar já, de início, sem a intenção de cumprir o contrato ou mesmo com o propósito de desviar sua finalidade, antes mesmo de sua elaboração. Pode ainda ocorrer que a parte, posteriormente, veja-se em situação de impossibilidade de cumprimento, revelando aspectos de dificuldade econômica.

Tal análise na questão do instituto da desconsideração da personalidade jurídica produz a reconstrução da pessoa jurídica em relação às transações sociais e econômicas a que está submetida, pois não se contenta com uma abordagem objetiva apriorística na qual se prescinde de elementos como a inevitabilidade e a exigibilidade, que oferecem significativos

dados, não só ao discurso jurídico necessário à operação que ignore a forma desse instituto, seja ela qual for, mas também proporcione a construção de argumentação atraente à manutenção do diálogo entre os interessados em afastar os efeitos indesejados que resultam do defeito que macula a função da pessoa jurídica e os fins sociais e econômicos que a atividade por ela desenvolvida se vêem impregnados.

Desse modo, a desconsideração da personalidade jurídica irá proporcionar a preservação da empresa, ainda que em momentos de dificuldades econômico-financeira, porquanto os sócios, os controladores ou os administradores sempre estarão sujeitos a serem submetidos à análise argumentativa que confronte suas atividades enquanto membros de sociedade empresária.

#### **4.3 – A desconsideração da personalidade jurídica empresária na recuperação da empresa**

Neste trabalho, interessa afirmar a posição doutrinária que é contrária ao que defende a concepção unitarista, vale dizer, a linha de raciocínio traçada pelas proposições da teoria antiunitarista, que se baseia nos imperativos da pluralidade e da objetividade; reconhece a personalidade jurídica e o próprio significado de pessoa jurídica como *centro de imputação*, e remete à necessidade de considerar-se esta no âmbito de sua atividade, ou seja, requer uma análise dinâmica de seu sentido e alcance, principalmente, por conta de seus reflexos no cenário econômico.

Nesse contexto a pessoa jurídica assume caráter desprovido de valor absoluto, autônomo ou mesmo em comparação aos atributos da pessoa natural, em que a separação patrimonial e a limitação de responsabilidade, isoladamente, não representam os únicos elementos relevantes à que este instituto continue a ser atraente à realização de atividade econômica, mas sejam concebidos tão somente como elementos de organização jurídica da personalidade, sobretudo, de tipo societária, permanecendo sujeita aos efeitos das demais circunstâncias que se manifestam, tanto no âmbito interno (hierarquização), quanto externo (sistema do preço) da empresa.

Assim, mister analisar a desconsideração sob o prisma da objetividade na caracterização do abuso, ou seja, desprovida dos elementos culpa ou dolo, que requer aplicação problematizada às conseqüências da atividade econômica ou jurídica praticada e

não apenas da transação econômica ou negócio jurídico isolado. Na aferição da dimensão legislada do abuso, nessa ótica objetivista do termo, leva-se em conta o sentido e alcance da boa-fé, valor ético e princípio vinculante de conduta e estrutura dos institutos jurídicos, nos quais se incluem a pessoa jurídica e a empresa, sem esquecer que tal assertiva também encontra amparo na economia sob o ponto de vista da Teoria dos Jogos e da Governança Corporativa.

Para essa tarefa o presente trabalho oferece as linhas seguintes, em que se dedicará à abordagem da desconsideração objetiva da personalidade jurídica, para fins de imputação de responsabilidade aos sócios, acionistas controladores ou administradores por conduta que caracterize abuso da forma societária, resultado de desvio de finalidade ou confusão patrimonial e a problematização de questões que envolvem a aplicação da desconsideração objetiva no novo Direito Concursal, enquanto instrumento hábil à preservação da empresa.

#### ***4.3.1 – A desconsideração objetiva para fins de responsabilidade***

Na verificação da oportunidade de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, o juiz deve estar adstrito aos elementos de limitação ao exercício de qualquer direito reconhecido, na forma prescrita no art. 187 (a finalidade social e econômica, a boa-fé e os bons costumes), igualmente como elementos de relativização inclusive de institutos jurídicos, nos quais se insere a pessoa jurídica societária, cujo exercício já não mais pode ocorrer de modo absoluto.

No caso do instituto da desconsideração da personalidade jurídica tem-se também concebida a figura do *abuso* que, embora inserto na noção de abuso do direito, pois dessa não se destoa nem se afasta, refere-se a *abuso da forma, abuso da expressão* da pessoa jurídica, que se reveste das mesmas conseqüências limitadoras ao direito de exercício da gestão social. Por essa razão, não se vislumbrará a conseqüência da reparação civil, porquanto o abuso na desconsideração refere-se a um problema de eficácia e não de validade da forma jurídica, por isso fala-se em afastamento (para os italianos superamento, para os alemães penetração) dos efeitos da pessoa jurídica em razão da atividade praticada em nome desta pelo sócio ou administrador, ou seja, ignora-se a forma da pessoa jurídica de que se valeu o “sujeito” ao realizar a conduta que excede manifestamente os limites impostos pelo seu *fim social ou econômico, pela boa-fé ou pelos bons costumes*.

Verifica-se que não deixa de ser um *abuso* e como tal deve ser compreendido nos mesmos moldes quanto ao seu alcance, porém quanto às conseqüências enseja tão somente a ineficácia do ato, ainda que válido, por se tratar de abuso da forma e não de abuso do direito. No entanto, se da conduta praticada pelo sujeito responsável ou responsabilizável resultar em dano a terceiros, há que incidir os efeitos da reparação civil nos moldes previstos no art. 927, do Código Civil de 2002. Tal distinção revela-se importante, pois a noção revigorada de abuso no Direito Brasileiro vigente estende-se a outras áreas, como bem defende Miragem:

parece clara a importância do art. 187 do Código Civil de 2002, incorporando uma concepção do abuso do direito renovada, vinculada à realização de objetivos jurídicos externos ao Código, como é o caso da influência e aplicação das normas constitucionais às relações jurídicas de Direito Privado. Ou seja, na avaliação da *desconformidade entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional*. (MIRAGEM, 2005, p. 25).

Na firme disposição textual da pragmática vigente destaca-se o art. 50 do Código Civil de 2002:

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

Numa perspectiva semelhante ao sentido de abuso que aparece no texto do referido art. 50 do Código Civil de 2002, destaca Miragem que:

o abuso do direito pode ensejar exemplos legislativos de soluções outras que não o dever de indenizar, como é o caso do art. 50 do Código Civil de 2002, que consagra no Direito Brasileiro a desconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses de confusão patrimonial e desvio de finalidade. Nesses casos a sanção típica não afeta a licitude ou validade de negócios jurídicos celebrados entre a pessoa jurídica e terceiros, mas apenas os efeitos dos mesmos (ineficácia), quando sejam celebrados em prejuízo de outros que tenham no patrimônio dessa mesma pessoa jurídica a garantia de eventuais interesses ou direitos. A sanção ao abuso, nesse caso, é estabelecida em decisivo benefício da segurança daqueles que tendo celebrado relações jurídicas com a pessoa jurídica de que se abusa, têm no seu patrimônio a garantia do cumprimento de eventuais obrigações. (MIRAGEM, 2005, p. 37).

A esse respeito, Luciano Amaro (1993, p. 176) defendia que “quando o direito já fornece o remédio legal, não é preciso ‘superar’ ou ‘penetrar’ nenhuma forma jurídica. Basta aplicar a solução legal, que já se apresenta axiologicamente correta.” O mesmo autor destacava, ainda, que os debates sobre esse tema devem restringir-se à casos “em que não haja

uma solução legislada específica para os eventuais desvios de função da pessoa jurídica.” (AMARO, 1993, p. 176).

Desse modo, quando o caso ensejar responsabilidade direta ou pessoal do sócio, acionista controlador ou administrador por ato praticado no exercício das atribuições legais ou estatutárias, não há que se falar em desconconsideração da personalidade jurídica, pois com base nas hipóteses previstas na ordem jurídica há de ser-lhes imputada a consequência jurídica que resulta de suas participações societárias, seja no âmbito do direito civil, por conta das hipóteses de vícios ou aparência do negócio jurídico, seja no direito empresarial societário de acordo com as especificidades que a legislação pertinente consagra.

Por outro lado, se o ocorrido não enseja descumprimento de preceitos legais ou estatutários naquilo que lhes competia agir, mas, ao contrário, houve desvio de finalidade da forma societária que sócio e sócio-administrador integram, em razão de conduta que excede os propósitos econômicos ou sociais, a boa-fé ou os bons costumes nas práticas empresariais no mercado ou tenha havido confusão patrimonial entre aqueles e a sociedade empresária, mister sejam submetidos à apreciação do Judiciário e a todos os efeitos que desse abuso resulte, preservando-se a forma da pessoa jurídica societária, bem como a continuidade da atividade econômica.

Contudo, apenas os aspectos resultantes da personificação em Direito – autonomia da pessoa jurídica maçada pela separação patrimonial e responsabilidade dos membros – não bastam para fornecer uma explicação coerente a respeito do instituto da desconconsideração, pois a abordagem de outros aspectos faz-se necessária, para que se tenha uma impressão relativa ao que se pretende neste trabalho desenvolver. Nessa tarefa, destaca-se no direito societário questões ligadas a aproximações teóricas que tem por base as concepções institucionalista e contratualista da sociedade empresarial.

Para uma análise mais detida dessas posições teóricas, tomar-se-á por ponto de partida a posição de Marçal Justen Filho (1987) em relação à primeira corrente e a de Calixto Salomão Filho (2006) no que se refere à segunda. Embora representem pontos diametralmente opostos na compreensão da justificação e legitimação da pessoa jurídica societária, a análise desses autores representa significativa contribuição a este trabalho, pois apesar da opção doutrinária que defendem, desenvolvem raciocínio teórico sob o plano da desconconsideração objetivista.

De acordo com a visão institucionalista, a posição unitarista acima referida, levada às suas últimas consequências resultaria, por um lado em “admitir a desconconsideração apenas para atribuir responsabilidade a sujeito diverso do devedor” e por outro lado “admitir a

desconsideração, como evento excepcional que é, apenas em último caso, ou seja, em caso de insolvência (e não impontualidade) do devedor,” como assevera Salomão Filho (2006, p. 213). Tal circunstância compromete a eficiência econômica da empresa, projeta insegurança sobre os negócios jurídicos já concluídos e pode levar o devedor a ser submetido a procedimento concursal. Nesse particular, evidencia-se a posição defendida por J. Lamartine Correa de Oliveira (1979) para quem é necessário haver a compreensão de uma “responsabilidade subsidiária” do sócio, na qual se chega ao patrimônio desse, somente depois de exaurido todos os recursos disponíveis da pessoa jurídica societária.

Assim, uma aproximação entre a desconsideração da personalidade jurídica e os procedimentos concursais (a recuperação e a falência) colocaria em linha de conflito os interesses dos credores da sociedade e os credores particulares do sócio ou administrador, que não teriam de se sujeitar ao mecanismo concursal empresarial. A esse respeito assevera Salomão Filho que:

Raciocinando do ponto de vista da análise econômica do direito, poder-se-ia argumentar que aqueles credores que negociaram com a sociedade e tinham como garantia o seu capital exigiram para isso o pagamento de uma taxa de risco (risco de insolvência na sociedade), e que conseqüentemente não é correto que sejam privilegiados com relação aos credores particulares que não tiveram tal benefício. Pode-se ainda argumentar que isso não se aplica aos credores não negociais, sobretudo aos credores por débitos trabalhistas, e ao fisco, com relação aos quais não foi negociada qualquer taxa de risco (até por que isso seria materialmente impossível). (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 214).

No que concerne à falência da sociedade, o problema crucial manifesta-se no âmbito de suas conseqüências legais, que não se revela de modo idêntico para o sócio ou administrador de responsabilidade limitada, pois atinge apenas a sociedade empresária devedora, não se impondo a estes nem sequer a extensão dos efeitos da falência, diferentemente do que ocorre com o sócio de responsabilidade ilimitada (art. 81, LRF).<sup>186</sup> Há aqui uma nítida separação entre as questões de insucesso do empreendimento e de fracasso ou ruína pessoal do sócio ou do administrador na condução dos negócios. No contexto, ora em relevo, afirma Salomão Filho (2006, p. 215) que “em caso de desconsideração, o sócio de responsabilidade limitada é equiparado ao sócio de responsabilidade ilimitada” e acrescenta:

<sup>186</sup> **Art. 81.** A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem.

§ 1.º O disposto no caput deste artigo aplica-se ao sócio que tenha se retirado voluntariamente ou que tenha sido excluído da sociedade, há menos de 2 (dois) anos, quanto às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido solvidas até a data da decretação da falência.

§ 2.º As sociedades falidas serão representadas na falência por seus administradores ou liquidantes, os quais terão os mesmos direitos e, sob as mesmas penas, ficarão sujeitos às obrigações que cabem ao falido.

O real motivo que deve guiar a não vinculação da teoria da desconsideração à falência da sociedade é teleológico. Desconsideração e falência são conceitos antinômicos. *A desconsideração é um método para permitir exatamente a continuação da atividade social.* (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 216 - grifo nosso)

Considerando as diversas proposições teóricas sobre o tema de desconsideração da personalidade jurídica, Salomão Filho (2006, p. 226-233) defende que no sistema brasileiro houve aparente recepção de modo misto das teorias unitarista e pluralista. Tal circunstância é observada nas posições teóricas de Fábio K. Comparato (1983) e de J. Lamartine Correa de Oliveira (1979) que, embora tenham em mente a idéia da pessoa jurídica como centro de imputação, manifestam-se em sentidos opostos quanto às conseqüências dessa constatação, seja por que Comparato (1983, p. 350) não adota a mesma postura em relação às sociedades unipessoais, já que considera relevante para a configuração do abuso a inexistência de “pressupostos legais da personalidade jurídica”, ao contrário das sociedades pluripessoais; seja por que Oliveira (1979, p. 610-613) mesmo admitindo as críticas de Müller-Freienfels não aceita que a questão da desconsideração refira-se a imputação, já que defende ser diferente a imputação de ato e a imputação de responsabilidade, preferindo esta no que tange a casos de dívida de terceiro (sociedade), em que ao sócio imputa-se responsabilidade subsidiária.

Idêntico é o comportamento da jurisprudência que acompanha os rumores doutrinários e vale-se da desconsideração como medida de solução para os casos de responsabilidade, que Salomão Filho (2006, p. 230) analisa por duas maneiras: a primeira que fundamenta a desconsideração nos termos dos dispositivos legais<sup>187</sup>, a segunda nas hipóteses em que não se verifica um fundamento legal a “ancorar” a desconsideração, oportunidade em que “procura-se demonstrar a existência de abuso ou fraude à lei no comportamento do sócio majoritário.” (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 232).

Para explicar as razões que influenciaram esse estado de coisas, propõe Salomão Filho (2006, p. 233) que “é necessário separar o problema da desconsideração de seu método.” A partir dessa constatação, destaca Salomão Filho (2006, p. 233) que a análise *não-essencialista* proporciona dizer que “o *problema* da desconsideração é algo muito mais amplo que o *método* e surge sempre que se trata de imputar certa norma, dever ou obrigação a pessoa diversa de seu destinatário normal.” Para Salomão Filho (2006, p. 235) o método “é dotado de pressupostos específicos de aplicação. Com relação a ele, não é possível misturar questões de responsabilidade e de imputação.”

---

<sup>187</sup> RAMALHETTE Clóvis. **Sistema de legalidade, na “desconsideração da personalidade jurídica”**. Revista dos Tribunais Fasc. Civ., São Paulo:Revista dos Tribunais, ano 73, v. 586, p.09-14, ago.-1984.

No que se refere ao tema das responsabilidades é que a desconsideração ganha campo propício para ser mais bem desenvolvida, o que se observa na abordagem de Salomão Filho (2006, p. 235-238) ao conceber a possibilidade de definição de um método, que caracterize a desconsideração sem, contudo, causar confusão entre esta e a teoria dualista da obrigação (imputação de responsabilidade a pessoa diferente do devedor), porquanto enseja responsabilização, não do ponto de vista da reparação de danos (ressarcimento à sociedade), mas no aspecto da chamada *responsabilidade societária*, que “não pode ser confundida com responsabilidade civil nem com a responsabilidade civil aplicada ao direito societário.” (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 237). Tal método apresenta dupla característica, seja “buscar seu fundamento na atividade societária e não em um determinado ato”; seja o aspecto casuístico que confere “flexibilidade, que permite modelar a separação patrimonial.” (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 237).

Desse modo, a desconsideração da personalidade jurídica não fica adstrita apenas a episódios isolados ou excepcionalizados, como bem demonstra Salomão Filho:

A desconsideração é um eficaz atíndoto contra as situações falimentares, já que permite a proteção do patrimônio social. Ou seja, ver na pessoa jurídica um centro de imputação de direitos e deveres, como fazem com correção os seguidores de Müller-Freienfels, permite utilizar a desconsideração como meio até mesmo de evitar um pedido de falência, preservando a empresa. É possível desconsiderar a pessoa jurídica para um determinado fim, preservando-a quanto aos restantes (o que seria inviável para os adeptos da teoria unitarista, ao menos em sua forma pura). De outro lado, a desconsideração não influi sobre a validade do ato ou atos praticados, o que permite preservar direitos e interesses de terceiros de boa-fé. (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 238).

Nessa perspectiva, a desconsideração revelar-se-ia em importante meio para proporcionar a satisfação de direito creditório, que aliada à possibilidade de substituição ao procedimento falimentar não se sujeita a ser revelada ou conseguida apenas em processo autônomo e, assim, tornando o processo de execução mais efetivo. A esse raciocínio Salomão Filho acrescenta ainda que:

No próprio processo de execução, não nomeando o devedor bens à penhora ou nomeando bens em quantidade insuficiente, ao invés de pedir a declaração de falência da sociedade (art. 94, inc. II, da Lei 10.101, de 9.2.2005), o credor pode e deve, em presença dos pressupostos que autorizam a aplicação do método da desconsideração, definidos acima, pedir diretamente a penhora em bens do sócio (ou da sociedade, em caso de desconsideração inversa). A desconsideração nesse caso, além de atender melhor aos próprios interesses do credor, que seguramente não pretenderá sujeitar-se ao concurso falimentar com os demais credores, tem conseqüências benéficas para a comunidade, na medida em que evita a falência. (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 238).

A solução doutrinária a que chega esse autor é algo que não se pode concordar, pois não oferece à comunidade política a possibilidade de argumentação de modo a assegurar aos envolvidos condições mínimas de iguais direitos de acesso à satisfação de seus interesses, privilegiando uns em detrimento dos demais, que independente do procedimento concursal concorrem ou devem convergir em regime de cooperação isonômica pela participação no alcance do patrimônio do devedor.

A regra manifestada acima por Salomão Filho (2006) pode ser aceita apenas no caso dos créditos não negociáveis (trabalhadores, consumidores, fiscais e previdenciários), porquanto já há nessas relações uma taxa de risco embutida compulsoriamente (princípio da hipossuficiência, princípio da vulnerabilidade e princípio da supremacia do interesse público), ao contrário dos eventuais credores que detêm garantias fidejussórias ou reais (créditos negociáveis). Por outro lado, esse raciocínio deixa a descoberto e em total desprezo os demais interessados quirografários, que além de não possuírem garantias de ordem legal ou negocial, ainda estão sujeitos a uma taxa de risco mais elevada, pois detêm baixo poder de barganha, o que eleva os custos de transação na defesa de seus interesses.

Uma abordagem diferenciada é oferecida na perspectiva contratualista por Justen Filho (1987), que posiciona sua análise do tratamento de questões ligadas aos *objetivos* ou *finalidades* que chama de *interesses* (disponíveis e indisponíveis) e adverte:

Deve-se distinguir os interesses em jogo, tomando em vista aqueles visualizados pelo ordenamento jurídico quando institui a personificação societária e aqueles que estão em risco de perecimento. Haverá o abuso na utilização da pessoa jurídica se o reconhecimento à eficácia da distinção subjetiva conduzir ao sacrifício de interesse mais preferível do que aquele que fundou a consagração da personificação societária. (JUSTEN FILHO, 1987, p.124).

Em torno da noção de privilégio que a pessoa jurídica refere-se como instrumento de concessão do Estado por meio de sua atividade promocional, esse autor contrapõe a idéia de sacrifício ao referir-se à situação de abuso da pessoa jurídica na compreensão do sentido e alcance da dita teoria da desconsideração<sup>188</sup>, oportunidade em que afirma que essa abarca “um abuso abusivo na utilização da pessoa jurídica. E isso porque há abusos não abusivos, suportáveis e impostos pelo direito.” (JUSTEN FILHO, 1987, p. 121).

---

<sup>188</sup> Para Justen Filho (1987, p. 121-122) “O abuso que conduz à desconsideração é o abuso não permitido – ou melhor, não assumido pelo direito e pela comunidade. É a situação de *excessiva* ofensa aos princípios jurídicos. Essa ressalva é fundamental não apenas para delimitar a acepção que utilizamos para o vocábulo ‘abuso’, como também para desvendar a trilha a ser seguida para a indicação dos pressupostos para a desconsideração. A desconsideração será aplicável quando houver abuso na utilização da sociedade, vale dizer, quando a ofensa a faculdade e a regras jurídicas tiver ultrapassado o limite do previsto e do assumido pelo direito e pela comunidade.”

Embora assim não considere, os argumentos propostos por esse autor bem podem remeter aos postulados na Análise Econômica do Direito, pois pode ensejar concepção que considera “sacrifício de interesses” como orientação do princípio da eficiência em economia.

Desse modo, um interesse ou um objetivo tenderá a ser dispensável ou não dependendo do grau de sacrificabilidade que o Direito lhe imprimir, o que pode ser verificado pelo rol de princípios consagrados no sistema jurídico vigente, uma vez que representam os referenciais do Direito adotado por uma dada comunidade política. Nessa problemática faz-se necessário ter em mente uma interpretação construtiva, que seja atraente à formação de um cenário jurídico propício a fornecer decisões mais adequadas ao momento de se implementar a desconsideração.

No entanto, dada à acomodação da orientação jurídica válida e apita a vincular as condutas em sociedade, nem todo sacrifício poderá ser considerado como suficiente para produzir a desconsideração da personalidade jurídica, pois casos há em que esse sacrifício remete à realização da finalidade de um instituto ou direito, que é desejado pela comunidade, como bem descreve Justen Filho:

o credor que negocia com a sociedade tem ciência (e consciência) dos limites de suas futuras pretensões. Ao decidir pela negociação, assume, juntamente com toda a comunidade, a possibilidade de um malefício, consistente na impossibilidade de promover a cobrança diretamente contra o sócio. A limitação da responsabilidade do sócio e a utilização da sociedade personificada como instrumento para evitar eventuais reflexos sobre o patrimônio pessoal é autorizada e consagrada pelo direito. Logo, não há como cogitar de abuso: *inexiste anormalidade na utilização da sociedade*; o sócio não desvia a sociedade de sua destinação; o credor não é surpreendido pela utilização da sociedade em tais moldes. Em suma, existe *sacrifício* de uma faculdade jurídica, sem que se possa cogitar de abuso na utilização da sociedade. (JUSTEN FILHO, 1987, p. 122).

Com relação à idéia de sacrifício concebida acima, Justen Filho argumenta que:

Para definir quando o sacrifício será admitido e quando não o será, porém, far-se-á necessário tomar em conta a realidade e as circunstâncias em que se inseriu a utilização da pessoa jurídica. Sem conhecer a realidade, torna-se inviável definir se o caso é ou não de desconsideração. (JUSTEN FILHO, 1987, p. 134).

O significado de abuso inserto no âmbito do alcance da noção de sacrifício remete à mencionada “anormalidade na utilização da sociedade”, que é evidenciada pelo autor ao referir-se aos interesses disponíveis, o que não se verifica no caso dos indisponíveis, pois reconhece que para esses o Direito já reserva a condição de insacrificáveis e mesmo em relação aos disponíveis admite grau de preferência de alguns em detrimento de outros. Essa referida variação de preferência no direito a certos tipos de interesses disponíveis demonstra a

necessidade de estar evidente a “utilização anormal e surpreendente da pessoa jurídica”. Desse modo, a expressão anormalidade compreende a “utilização da pessoa jurídica em desconformidade com os modelos de licitude e de ilicitude previstos no ordenamento jurídico, com um cunho de incompatibilidade com os padrões usualmente praticados.” (JUSTEN FILHO, 1987, p. 130).

Ambas concepções (institucionalista e contratualista) oferecem argumentos válidos para uma análise mais detida da questão da responsabilidade que resulta das construções jurídicas societárias, variando seus conteúdos no que concerne a interesse da sociedade [empresa] na primeira e interesses dos sócios na segunda. Apesar da afirmação textual do art. 981, CC, em referência ao modelo contratual de organização das sociedades, entende-se que esta se estrutura e consolida na realidade fática por meio de mecanismos de orientação institucionais, pela própria dimensão diretiva dos órgãos que lhe compõe a unidade.

Como se percebe, o tema da responsabilidade dos membros da pessoa jurídica adquire no direito extensa proporção que varia de acordo com o tipo de sociedade, cujas relações internas estabelecem diferentes atribuições de responsabilidade, quer se trate de sócio ou de administrador. Logo, há que se falar em responsabilidade comum (civil) dos administradores não-sócios da sociedade, em razão de prática de ato ilícito no exercício de suas atribuições sociais (arts. 1.015 e 1.016, CC; art. 158 e 159, Lei n. 6.404/1976 c/c arts. 186 e 187, CC).

Nessa visão os administradores não-sócios ficam sujeitos a responsabilização civil subjetiva (aquiliana ou clássica) se agirem com culpa ou dolo no desempenho de suas funções ou nos limites de suas atribuições ou poderes; ou serão submetidos a responsabilidade civil objetiva se obrarem sem culpa ou dolo, mas extrapolando os limites regulares ao desempenho de suas funções; de suas atribuições ou poderes e em violação da lei ou do estatuto (art. 47 e 927, CC c/c arts. 1.015 e 1.016, CC e art. 158 e 159, Lei n. 6.404/1976).

Para os sócios-administradores pode-se dizer que há uma cumulação entre essas duas espécies de responsabilidades, pois além da societária ainda estão sujeitos às medidas de responsabilidade civil no que tange a reparação do ilícito.

Por outro lado, há a responsabilidade societária dos sócios, acionistas controladores ou sócios-administradores de sociedade. Para esses a responsabilidade afirma-se como societária, pois diz respeito exclusivamente a deveres sociais e assume vários critérios de distinção, seja seu alcance em limitado ou ilimitado, seja seu compartilhamento em solidário ou subsidiário, que envolva total ou parcialmente os membros que integram a sociedade.

Verifica-se, assim, que não existe a *irresponsabilidade* dos membros em termos de pessoa jurídica societária, a não ser como mero esforço de linguagem, pois a responsabilidade

revela-se como verdadeiro *referencial da imputação* que se estabelece por meio de técnica jurídica e pode apresentar graus de compatibilidade (solidária ou subsidiária)<sup>189</sup> ou de alcance (limitada ou ilimitada) em relação aos membros, cujas variações estabelecem-se de acordo com cada tipo de sociedade.

Nesse caso, dentre as sociedades em que há previsão de responsabilidade ilimitada para os sócios, manifesta-se gradação apenas por solidariedade. Assim, respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (principais e internas) e empresariais nas relações com terceiros (secundárias e externas): **a)** na sociedade em nome coletivo, todos os sócios (art. 1.039, CC); **b)** na sociedade em comandita simples, os sócios comanditados (art. 1.045, CC); **c)** na sociedade em comum, todos os sócios (art. 990, CC), exceto aquele que contratou pela sociedade pode valer-se do benefício de ordem e responde subsidiariamente (art. 1.024, CC); **d)** na sociedade em conta de participação, apenas o sócio ostensivo (art. 991, CC). Na sociedade simples prevalece o que for pactuado entre os membros no ato constitutivo (art. 997, CC).

Nos demais tipos societários em que há previsão de responsabilidade limitada dos sócios, verificam-se graus de solidariedade ou subsidiariedade para sua imputação. Desse modo, os sócios ou acionistas respondem solidária e limitadamente pelas obrigações sociais principais (internas): na sociedade limitada, todos os sócios, em relação à integralização do total de capital social subscrito no ato constitutivo (art. 1.052, CC). Respondem individual e limitadamente pelas obrigações sociais principais (internas): **a)** na sociedade anônima, os acionistas respondem apenas pela integralização do capital relativo ao valor nominal das ações no momento da subscrição ou da aquisição (art. 1.088, CC c/c art. 1.º, Lei n. 6.404/1976); **b)** na sociedade em comandita por ações, ocorre o mesmo que na sociedade anônima em relação à composição do capital pelos acionistas (art. 1.090, CC).

Por outro lado, nesses mesmos tipos societários respondem subsidiária e limitadamente pelas obrigações secundárias empresariais nas relações com terceiros (externas, no mercado): **a)** na sociedade simples e na sociedade limitada, todos os sócios (art. 1.023, 1.024 e 1.052, CC), exceto no caso de cláusula de solidariedade pactuada no termo de constituição, no caso da sociedade simples; **b)** na sociedade anônima, todos os sócios ou

<sup>189</sup> “Originário do latim *subsidiarius* (que é de reserva, que é de reforço), na linguagem vulgar designa o que *vem de segundo lugar*, isto é, é *secundário, auxiliar ou supletivo*. Nesta razão, o que se mostra *subsidiário*, como secundário, revela, ou pressupõe, o *principal*, a que vem conforme as circunstâncias, *auxiliar, apoiar, ou reforçar*. Neste aspecto, pois, as locuções: Responsabilidade subsidiária entende-se a que vem reforçar a responsabilidade principal, desde que não seja esta suficiente para atender os imperativos da obrigação assumida. É o que ocorre em relação a responsabilidade solidária dos sócios, que se fixa numa responsabilidade subsidiária. E por isso é que, quando a sociedade não tem haveres para cumprir suas obrigações, subsidiariamente vêm os sócios cumpri-las com o produto de seus bens particulares.” (SILVA, 2005, p. 1332).

administradores (art.158, caput, Lei n. 6.404/1976 c/c art. 596, CPC); c) na sociedade em comandita por ações, todos os sócios ou acionistas, exceto o diretor (art. 1.091, CC c/c art. 282, Lei n. 6.404/1976). Nesse tipo societário o sócio ou acionista diretor responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações empresariais e em havendo pluralidade de diretores prevalece a regra da solidariedade entre eles, mas não em relação a terceiros (art. 1.091, §1.º, CC).

Os debates em torno da desconsideração da personalidade jurídica, que se estabelecem na doutrina e que orientam os propósitos deste trabalho, referem-se às análises das implicações da responsabilidade societária limitada, notadamente presente na Sociedade Limitada e na Sociedade Anônima, que por suas características configuram o maior número de casos dentre as pessoas jurídicas societárias constituídas nesse País. Nesse contexto, este estudo preocupa-se diretamente em tratar da destinação abusiva a que são submetidos esses dois tipos societários e que está ligada a aspectos de relativização desses institutos jurídicos, identificados quando se organizam sob a forma de: sociedade unipessoal (de fato ou de direito), grupos de sociedade (de fato ou de direito) e redes associativas de MPE's; face às questões ligadas ao desenvolvimento eficiente da atividade econômica. Quanto às sociedades de responsabilidade ilimitada, ainda que entes não personificados, verifica-se não apresentarem maiores dificuldades ao superamento de suas estruturas jurídicas organizacionais.

Com a limitação da responsabilidade dos sócios, promove-se a socialização do risco de insucesso entre os agentes econômicos. Esta vertente do direito societário é uma condição necessária ao desenvolvimento de atividades empresariais, pois serve de incentivo aos empreendedores. Os credores negociais, na medida em que podem, inserem uma taxa de risco ao transacionar seus preços, protegendo-se de lesões oriundas da limitação de responsabilidade dos sócios. Já para os credores não negociais, a situação não se repete, pois não têm meios de formar preços e agregam-lhes quaisquer taxas de risco – como no caso do fisco, INSS, trabalhadores e consumidores –, que ficam condicionadas as orientações legais. Para eles, a limitação da responsabilidade dos sócios representa comumente prejuízo, pois não dispõem dos mesmos meios de transação para se prevenirem da crise da empresa e contam apenas com as garantias legais que lhes são conferidas no sistema jurídico. (COELHO, 2001, p. 396-397).

No entanto, essa compreensão está alicerçada em teorias econômicas que surgiram e se firmaram considerando no mercado a noção de concorrência perfeita ou pura, criação dos economistas liberais do século XIX, representa o ideal de concorrência no mercado, quando

os liberais concebiam o mercado como simétrico e os contratos completos, ou seja, havia uma projeção teórica para o funcionamento *macro* do mercado no qual todas as situações de comportamento podiam ser previstas, nos moldes da posição teórica clássica da “mão invisível” de Adam Smith. Nesta teoria econômica, a concorrência caracterizava-se pelos princípios de: **a)** atômica da oferta e da procura; **b)** homogeneidade de produtos; **c)** transparência do mercado; **d)** livre entrada na indústria; e **e)** mobilidade, fluidez dos fatores do mercado, tal como destaca o prof. Raymond Barre”. (MAZZUCATO, 2005, p. 123).

A realidade revelou-se ao avesso também das proposições teóricas dos economistas neoclássicos<sup>190</sup>, apontando para situações de concorrência imperfeita, que retrata uma realidade menos teórica<sup>191</sup>, pois nela inserem-se todos elementos que marcam a realidade econômica concreta na qual se travam as disputas concorrenciais, onde se destacam os monopólios, os cartéis, os trusts, os dumping, etc. Enfim, por concorrência imperfeita “compreende-se todos os atos que contrariem os princípios formadores da Concorrência Perfeita e que se firmaram no cotidiano das sociedades capitalistas, notadamente pelos atos de concentração de empresas iniciados no final do séc. XVIII e durante todo o séc. XIX.” (LOPES, 2002, p. 32).

Nesse cenário econômico mais realista verificam-se mercados assimétricos e contratos incompletos, ou seja, não se pode prever tudo ou inserir tudo que o comportamento humano é capaz de realizar no singelo texto dos negócios jurídicos (transações para os economistas), pelo que se revela mais importante na análise microeconômica as informações disponíveis (custo de agência) nos limites das organizações.

Nesse aspecto, a necessidade de conhecer e encarar o futuro como algo incerto. Daí concluir-se, que toda transação envolve **risco** (ocorre quando a probabilidade de que ocorra um sucesso é conhecida) e **incerteza** (refere-se a sucessos imprevisíveis, cuja probabilidade de que ocorram não é conhecida). É sob esse cenário de risco e incerteza que se operam as relações econômicas visando aos mercados livres e abertos, onde o Direito e a Economia atuam e fornecem elementos referenciais de justiça, como padrão ético-jurídico para a disciplina da titularidade dos direitos de propriedade e dos contratos que condicionem a

---

<sup>190</sup> “La metodología de la corriente ortodoxa neoclásica utiliza el modelo teórico del mercado de libre competencia como un supuesto ideal óptimo frente al que se compara la realidad económica. Eso conduce inevitablemente a los economistas a proponer soluciones consistentes siempre en la modificación de la realidad para acercarla a la abstracción del libre mercado.” Cf.: MARTÍNEZ COLL, Juan Carlos (2001) “**Instituciones económicas**” en la economía de mercado, virtudes e inconvenientes. Disponível em: <<http://www.eumed.net/cursecon/1/inst.htm>> Acesso em: 18-dez.-2006.

<sup>191</sup> A concorrência imperfeita é o que se pode chamar de concorrência real, uma vez que o modelo de concorrência perfeita refere-se tão somente ao um ideal teórico dos economistas, que compreendem como imperfeição na concorrência os casos de monopólio, cartel, etc.

circulação dos bens; e eficiência como base de orientação aos ditames da racionalidade econômica.<sup>192</sup>

A responsabilidade limitada deve ser considerada de uma maneira diferente sob o aspecto da concorrência imperfeita, que permite sua inserção mais realista no cotidiano das relações pessoais. Ao passo que para Salomão Filho (2006, p. 243) “a responsabilidade limitada é, portanto, uma distribuição de riscos, forçada, mas necessária, feita pelo legislador”; para Justen Filho (1987) essa limitação é uma forma de abuso praticado pelo legislador, mas aceita pela ordem jurídica vigente e pela comunidade.

Ao considerar como regra a limitação de responsabilidade, Rachel Sztajn fala em “abusos indesejáveis” para a aplicação da desconsideração e acrescenta:

A personalidade jurídica, empregada de maneira não coerente com os fins que justificam suas funções e propósitos básicos, deve ser restringida, daí a aplicação de técnica de levantamento do véu, que é área do sistema jurídico que combina a política que visa impedir se prejudiquem credores, quando há dificuldades financeiras, com outras políticas ligais, voltadas ao estímulo das atividades produtivas.

Os princípios morais que deve pautar a conduta de devedores em face de seus credores, a boa-fé, fazem perceber que a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica nada mais é do que forma complementar daquelas regras contidas ainda no *Statute of Frauds* do direito anglo-norte-americano. [do reinado de Charles II, de 1677] (SZTAJN, 1999, p. 94)

A concreção normativa como método lógico de construção do Direito revela-se como meio necessário a uma melhor compreensão da responsabilidade limitada que, assim, não fica adstrita apenas aos limites do direito societário, mas antes exige a conjugação de diversos campos normativos em aproximação aos princípios da função social e da preservação da empresa (art. 47, LRF), em relação aos conteúdos normativos constitucionais da ordem econômica no fornecimento de diretrizes ao jurista para a elaboração do campo programático de atuação, a partir da argumentação problematizada da realidade.

Aliado a esse método entende-se que nas questões que dizem respeito à crise da empresa, a Análise Econômica do Direito fornece significativos elementos a uma adequada orientação hermenêutica que tenha por base a racionalidade econômica, reveladora dos horizontes microeconômicos que o empresário, os credores e o Judiciário devem ter em mente

---

<sup>192</sup> Racionalidade econômica desde a concepção da teoria econômica neoclássica do Ótimo de Pareto (melhor alocação dos bens) passando pelo momento da teoria econômica institucionalista em Herbert Simon (a racionalidade limitada). Para maiores detalhes ver: ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Raquel. **Análise econômica do direito e das organizações**. In ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Raquel. *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2005. p. 74-83.

para perseguir a decisão que seja mais coerente à efetiva preservação da empresa com ou sem a falência do devedor.

A desconsideração objetiva da personalidade jurídica, enquanto técnica de aplicação normativa, tende a fazer incidir a imputação de responsabilidade aos membros de sociedade para além das fronteiras estabelecidas no direito comum, pois alcança os envolvidos pela conduta abusiva que viola os imperativos de função social e de preservação da empresa (arts. 45, 47 e 50, CC c/c art. 187, CC). Na desconsideração, a aplicação da norma deve estar sujeita a argumentação problematizada no caso concreto e não restrita a fatores de excepcionalidade que limitem sua utilização pelos interessados.

Em matéria de recuperação de empresa, essa problematização deve dar-se no campo metodológico por meio da concreção normativa e no campo hermenêutico pela Análise Econômica do Direito. Portanto, sob essa orientação institucionalista, desconsideração visa produzir a compatibilização entre os valores sociais do trabalho e a eficiência da livre iniciativa, e a harmonização entre a busca do pleno emprego e a eficiência da livre concorrência (arts. 1.º, 5.º, 7.º e 170, CR/88), construindo, a partir da realidade consubstanciada pela dificuldade econômico-financeira da empresa, as condições necessárias ao estabelecimento do plano de recuperação que possa sustentar-se sob os princípios da ordem econômica constitucional.

Desse modo, tem-se uma noção mais clara da desconsideração objetiva, que oferece uma abordagem mais ampla do próprio significado de pessoa jurídica societária, de um lado não mais aceita como uma ficção, uma abstração ou um véu a encobrir ou disfarçar as artimanhas daqueles que integram o grupo social que a forma e; de outro lado, seja sob o ponto de vista institucionalista ou contratualista, sua estruturação jurídica não requer corporificação, mas tão somente acerto no manejo da técnica jurídica, sob os auspícios dos fins sociais e econômicos, da boa-fé e dos bons costumes, que se revelam imprescindíveis às exigências de preservação da empresa em crise.

#### ***4.3.2 – A desconsideração objetiva na recuperação judicial da empresa***

Diante do que já se disse até aqui, a análise da desconsideração não poderia ter enfoque diverso do que foi dispensado à pessoa jurídica. Ambas são evidências de técnica jurídica, elaboradas em torno da noção de imputação e a desconsideração revela-se tão

somente como método de aplicação de normas que deve aludir a prática de atividade abusiva de interposto sujeito, verificável no caso concreto, com fim de proporcionar maior eficiência econômica às organizações, bem como de possibilitar a preservação da empresa.

A desconsideração da personalidade jurídica problematizada, sob a ponto de vista objetivo, realiza os imperativos de relativização da pessoa jurídica, na medida em que permite uma análise dessa no plano externo, ou seja, no mercado, sob os moldes da organização da atividade econômica, e no plano interno, desprovida de entraves subjetivos impostos pela ordem jurídica ortodoxa. Nesse aspecto, o caráter ético-objetivo presente no Direito contemporâneo (da boa-fé objetiva e dos bons costumes), também manifestado no âmbito da Economia (Governança Corporativa), insere-se no interior da compreensão do abuso da forma, seja no plano do desvio de finalidade (social e econômica), seja no da confusão patrimonial, como bem jurídico-econômico a ser perseguido pela comunidade.

Logo, na aplicação da cláusula geral de desconsideração deve-se tomar em conta, não só a categoria de pessoa jurídica, mas também a natureza do direito revitalizado, porquanto do mesmo modo que são relevantes as vicissitudes internas à empresa no âmbito societário ou trabalhista, os são aquelas ditas externas, oriundas do mercado, no âmbito dos investidores, dos tributos, das finanças e do crédito público, dos consumidores e dos fornecedores. Isso sem falar dos reflexos indiretos (ambiental e responsabilidade social) provenientes das comunidades, tanto de onde a empresa está instalada como para onde destina seus produtos ou serviços, e para as quais suas ações estão voltadas.

Sob o prisma da preservação da empresa, tem-se referenciado à compreensão da pessoa jurídica pelas orientações da teoria da concreção normativa que, ao considerar as peculiaridades da realidade fática, revela-se metodologia de coerência ao operador do direito na avaliação do plano de recuperação (norma-decisão). Em igual modo, a desconsideração é destacada na afirmação de Justen Filho:

Poderíamos reputar *a regra da desconsideração como uma norma em branco*, que remete a outras regras. Para que seja possível aplicar a teoria da desconsideração, é imperioso recorrer a uma análise prévia, destinada a avaliar a disponibilidade ou não do interesse posto em risco pela consideração da personalidade jurídica societária. Na medida em que seja reconhecida a indisponibilidade do interesse, tanto bastará para conduzir à desconsideração. (JUSTEN FILHO, 1987, p. 128, grifo nosso).

Ao tratar de insolvências geradas por condutas fraudulentas de sócios, controladores ou administradores, Pimenta (2006, p. 86) defende que os negócios maculados por desvios de

conduta desses, em atenção aos imperativos de eficiência econômica e de justiça, não devem ser submetidos a procedimentos recuperatórios, e acrescenta que:

Cabe ao legislador estipular e principalmente cumprir ao judiciário sancionar rigorosamente as condutas fraudulentas através de institutos como a desconsideração da personalidade jurídica, a responsabilização civil de administradores e controladores de sociedades, a responsabilização pessoal dos sócios face à irregularidade das sociedades e assim por diante. Um rigoroso sistema punitivo da fraude e da má-fé no meio empresarial é quem mais pode contribuir para afastar pessoas desonestas. (Pimenta, 2006, p. 87).

No contexto do novo Direito Concursal, sustenta-se que a desconsideração da personalidade jurídica deve proporcionar meios à recuperação judicial da empresa, para que não se ignore o subterfúgio que impossibilitou o efetivo cumprimento de obrigações assumidas no mercado. É certo que as práticas contrárias ao Direito devem ser coibidas, até mesmo como medida de segurança jurídica na proteção daqueles que participam do processo de produção. No entanto, a empresa nada tem haver com os desvios de conduta do empresário ou de seus representantes na gestão da atividade econômica, exceto se seu conteúdo for ilícito. Até mesmo pelo feixe de interesses que se entrelaçam no dinamismo da propriedade dos bens de produção e consumo através dos contratos é imperioso asseverar que a empresa (viável) não deve ser desativada para fins de proteção da própria comunidade credora.

A desconsideração da personalidade jurídica não visa o questionamento da pessoa jurídica, mas sim ao aperfeiçoamento de sua disciplina, de forma a compatibilizar a sua importância para o sistema econômico existente e a coibir os abusos que através dela são praticados pelos sócios, controladores ou administradores em proveito próprio ou do grupo e em detrimento dos interesses de terceiros.

Nesse aspecto, é relevante a abordagem jurídica problematizada acerca da destinação abusiva que se faz da personalidade atribuída pelo Direito a certos tipos societários, verificada diante de organizações societárias sob a forma de: sociedade unipessoal (de fato ou de direito), grupos de sociedade (de fato ou de direito) e redes associativas de MPE's; em razão de questões ligadas ao desenvolvimento eficiente da atividade econômica.

No atual Direito Concursal há um procedimento prévio de conhecimento, em que se manifestam diversas circunstâncias reveladoras do estado de crise da empresa, seja com base em presunções de vulnerabilidade econômica, financeira, patrimonial ou por indícios legais, seja pela ausência ou escassez de capital da sociedade empresária para o cumprimento de suas obrigações. Nesses casos, entende-se que não parece razoável exigir que o empresário devedor se desfaça de bens (imóveis, móveis e de capitais) do ativo imobilizado ou circulante

da empresa para cumprir os compromissos, prejudicando o grupo de interessados em sua manutenção e que vêem na empresa ainda viável a oportunidade de satisfação de seus direitos.

Diante dessa constatação, a desconsideração da personalidade jurídica de tipo societário e empresarial poderá ser aplicada em matéria concursal, na medida em que este procedimento for conveniente aos credores e revelar-se alternativa ao resgate da atividade econômica viável em comparação aos dissabores que a todos os envolvidos alcança a decretação da falência do empresário devedor em estado de dificuldade momentânea e episódica.

Nesse aspecto, destaca-se o papel do Administrador Judicial no desempenho da tarefa de apuração das causas declinadas pelo empresário na petição inicial, em que deve procurar realizar um diagnóstico jurídico-administrativo na documentação obrigatória e identificar possíveis atividades abusivas, marcadas por desvio de finalidade ou confusão patrimonial, resultado de práticas dos sócios, dos controladores ou dos administradores da sociedade devedora. Essa iniciativa, que se impõe ao Administrador Judicial, atende à necessidade de que o procedimento recuperatório deve proporcionar o maior número de informações possíveis e transparência no atuar dos interessados, pressupostos cuja ausência pode levar ao aumento no custo de agência no momento de deliberação coletiva sobre o plano de recuperação oferecido pelo devedor, bem como decorre de suas próprias competências, seja na recuperação judicial, seja na falência, conforme previsto no art. 22 da LRF.

Ao agir com essa precaução, o Administrador Judicial desmistifica os pilares de sustentação da pessoa jurídica – autonomia patrimonial e responsabilidade limitada – e fornece aos operadores do sistema recuperatório a possibilidade de ir além na busca por novos meios que facilitem a obtenção de seus direitos, proporcionando ampliação da capacidade de pagamento dos negócios viáveis, sem restringir a responsabilização dos sócios, dos controladores ou dos administradores apenas aos casos em que há imputação normativa decorrente de lei específica.

Para tanto, mister não confundir a desconsideração da personalidade jurídica com a responsabilidade direta ou societária dos sócios, dos controladores ou dos administradores por atos praticados em nome e por conta da pessoa jurídica, decorrente de atribuições legais ou estatutárias (art. 82, da LRF)<sup>193</sup>. Daí a importância de participação do Administrador Judicial

---

<sup>193</sup> **Art. 82.** A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

na investigação dos fatores de abuso da forma societária caracterizado pelo desvio de finalidade social e econômica ou confusão patrimonial, em benefício da recuperação da empresa e não apenas com o fim de satisfação de direitos creditícios.

Sob essa perspectiva, defende-se que o Administrador Judicial deve procurar investigar práticas abusivas resultado de desvios de finalidade praticados em nome da pessoa jurídica ou de confusão patrimonial entre esta e seus membros, que tenham resultado em prejuízo da condição econômico-financeira da empresa e não apenas cumprir e fazer cumprir os preceitos contidos no plano de recuperação ou na LRF, porquanto sua atuação é crucial para a salvaguarda do estado econômico-financeiro da empresa.

Quanto aos credores, há que se considerá-los sob um duplice aspecto: os denominados credores negociais e os credores não-negociais, pois em ambos os casos, como já mencionado acima, é relevante considerar-se a taxa de risco presente nas transações, que influenciará suas participações e adesões ao enfrentamento da apuração do abuso da forma por desvio de finalidade da sociedade devedora ou confusão patrimonial, face às circunstâncias de onerosidade e morosidade que influenciará o procedimento recuperatório. Uma vez dotados de informações que apontem nesse caminho, os credores devem ponderar na Assembléia de Credores todos os riscos que desse questionamento decorre, caso seja necessário decidir pela recusa ao plano apresentado, optando pela falência do devedor.

A doutrina aponta que há expressa influência do princípio da boa-fé nas relações contratuais, em virtude do qual são atribuídos deveres recíprocos a credores e devedores, como bem dimensiona Martins-Costa (2000, p. 437-454), que podem ser divididos em: *deveres principais* ou *deveres primários de prestação*, *deveres secundários* e *deveres laterais, anexos ou instrumentais*. Na recuperação da empresa, destacam-se os *deveres laterais, anexos ou instrumentais* (cooperação, tutela e lealdade), que se espera dos credores, no momento de afirmação do plano de recuperação, pois o devedor não está mais sujeito a um favor legal ou uma benece dos credores, mas antes está procurando reerguer seu empreendimento e deve poder contar com esses deveres recíprocos no instante de avaliação de sua proposta, que não pode ser insignificante diante das dificuldades reveladas (aspecto de Suficiência do Plano).

Submeter os sócios, os controladores ou os administradores do devedor a responsabilização sob a perspectiva da desconsideração objetiva significa poder conferir aos

---

§ 1º Prescreverá em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a ação de responsabilização prevista no caput deste artigo.

§ 2º O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.

credores uma maneira de exigir o cumprimento desses mesmos deveres laterais, anexos ou instrumentais por parte do empresário devedor, para que não se comprometam os custos estimados de transação que se estabelece entre as partes antes, durante ou mesmo após a sessão deliberativa na Assembléia de Credores, já na fase de homologação do Plano.

No novo Direito Concursal Brasileiro, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na fase de recuperação judicial representa uma forma de verificação de responsabilidade societária indireta aos sócios, controladores ou administradores, reservando a apuração de responsabilidade societária direta e pessoal desses agentes para o caso de falência – Ação Social (art. 82, LRF) e Ação Revocatória (art. 129 e 130, LRF) –, uma vez que na recuperação a Lei Concursal não previu meio judicial para realizar-se a apuração de responsabilidade dos sócios, controladores ou administradores em nenhuma hipótese.

Casos há em que é preciso ser feita inquirição de responsabilidade na recuperação judicial da empresa, para que os sócios, os controladores ou os administradores verifiquem que não é só na falência que estão sujeitos a esse tipo de inquirição judicial. Nessa apuração tem-se a desconsideração como método de aplicação normativa útil à imputação de responsabilidade aos sócios, controladores ou administradores da sociedade devedora, pois se revela como mecanismo hábil à abordagem das atitudes de abuso por partes desses na condução da atividade econômica e que não podem servir com desestímulo à preservação da empresa.

Na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na fase de recuperação é medida de coerência o afastamento dos sócios, dos controladores ou dos administradores, não apenas da gestão da sociedade empresária devedora, pois isso propicia a apuração de abuso da forma societária a ser identificada e comprovada por comportamento de qualquer desses como resultado de desvio de finalidade da personalidade jurídica ou confusão patrimonial, nos casos em que tenha havido prática de conduta que exceda os limites sociais e econômicos, a boa-fé e os bons costumes nas relações estabelecidas entre a sociedade e os credores ou entre a sociedade e os demais sócios.

Em regra, durante o período recuperatório os sócios e os administradores da sociedade empresária devedora devem permanecer à frente dos negócios (da empresa), devendo apenas ser afastados de suas atribuições legais ou estatutárias nas circunstâncias previstas no art. 64, LRF<sup>194</sup>. Dentre as hipóteses previstas, exceto as que remetem a prática ou condenação por

---

<sup>194</sup> **Art. 64.** Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial, salvo se qualquer deles:

crime previsto na LRF, ou condenação por crimes contra o patrimônio, a econômica popular ou a ordem econômica, previstas no art. 64, incisos I e II, da LRF (Crimes contra o patrimônio - arts. 155 a 183, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 [Código Penal], Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951, Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, Lei n. 8884, de 11 de junho de 1994); todas as demais referem-se a imputação de responsabilidade de sócios, controladores ou administradores, tanto na esfera civil (art. 64, inciso III, LRF), quanto na empresarial (art. 64, incisos IV, V e VI, LRF), por práticas que ofendam os princípios da eticidade, lealdade e transparência na condução dos negócios e tenham conduzido a empresa a ruína econômica.

Embora o legislador, no texto da norma contida no art. 64, da LRF, tenha valido-se da expressão: “o *devedor ou seus administradores* serão mantidos na condução da atividade empresarial”; e no art. 65, da LRF dos termos: “afastamento do devedor”; no que concerne à sociedade empresária deve-se compreender que não é o *devedor* a ser afastado da direção da atividade econômica, mas sim os sócios (controladores ou minoritários), porque conforme a própria definição normativa contida no art. 1.º, da LRF<sup>195</sup> isso equivaleria dizer que a empresa prosseguiria sem a figura do empresário, o que não é admissível na ordem jurídica brasileira (art. 966, CC)<sup>196</sup>, ao conceber aquela como atividade econômica organizada exercida profissionalmente por esse.

A teoria jurídica da empresa sem empresário é identificada na doutrina italiana por vários autores, dentre os quais destaca-se V. Pannuccio<sup>197</sup>, cujos ensinamentos a esse respeito resultam à questão “de se reconhecer que haja atividade empresarial, cujo exercício não

I – houver sido condenado em sentença penal transitada em julgado por crime cometido em recuperação judicial ou falência anteriores ou por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica previstos na legislação vigente;

II – houver indícios veementes de ter cometido crime previsto nesta Lei;

III – houver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores;

IV – houver praticado qualquer das seguintes condutas:

a) efetuar gastos pessoais manifestamente excessivos em relação a sua situação patrimonial;

b) efetuar despesas injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital ou gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas;

c) descapitalizar injustificadamente a empresa ou realizar operações prejudiciais ao seu funcionamento regular;

d) simular ou omitir créditos ao apresentar a relação de que trata o inciso III do caput do art. 51 desta Lei, sem relevante razão de direito ou amparo de decisão judicial;

V – negar-se a prestar informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelos demais membros do Comitê;

VI – tiver seu afastamento previsto no plano de recuperação judicial.

**Parágrafo único.** Verificada qualquer das hipóteses do caput deste artigo, o juiz destituirá o administrador, que será substituído na forma prevista nos atos constitutivos do devedor ou do plano de recuperação judicial.

<sup>195</sup> **Art. 1.º** Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, *doravante referidos simplesmente como devedor.* (grifo nosso).

<sup>196</sup> **Art. 966.** Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

<sup>197</sup> PANNUCCIO, Vincenzo. **Teoria giuridica dell'impresa.** Milão. 1974. p. 65-66 *apud* BUGARELLI, 2000.

comporte a sujeição do agente, ao estatuto do empresário; ou então atividade cujos resultados não sejam imputáveis a nenhum sujeito, exaurindo-se no âmbito do patrimônio autônomo.” (BULGARELLI, 2000, p. 102). Em sentido contrário revela-se a posição de Tullio Ascarelli nessa matéria, conforme palavras de Bulgarelli, o autor italiano:

[...] abre, todavia, uma exceção, no caso de certos entes públicos, cuja atividade, pelo tratamento legal italiano, pode ser considerado empresarial, porém seu agente não se enquadra na categoria de empresário comercial para os fins de sujeição a registro, contabilidade e falência, posição essa que coincide com grande parte da doutrina italiana, como G. Ferri, Francechelli e outros. (BULGARELLI, 2000, p. 102-103).<sup>198</sup>

Portanto, deve-se compreender que na questão de afastamento do devedor, o texto da norma (*camp normatif*) indica para o caso das sociedades empresariais em referência ao tipo de sócios (*programme normatif*), dando a entender que o texto dessa norma suscita concreção de seu conteúdo numa hermenêutica estruturante necessária ao Direito Concursal.

Como se pode perceber, esse afastamento pode ocorrer em virtude de deliberação da comunidade credora na apreciação do Plano ou resultar de previsão da própria legislação concursal. Na primeira hipótese, os credores devem, ainda, perseguir cautelarmente a decretação de indisponibilidade dos bens particulares de sócios, controladores ou administradores da sociedade empresária devedora, face aos indícios de práticas abusivas e como forma de garantia à apuração de suas responsabilidades, a fim de proporcionar redução de custos na preservação da empresa.

A desconsideração da personalidade jurídica societária é instituto jurídico manejável por via de ação ordinária, cujos fins são semelhantes aos da chamada ação social, prevista no art. 82, da LRF. No entanto, a desconsideração presta-se a desestimar a pessoa jurídica, decretando a ineficácia de sua estrutura jurídica organizacional, uma vez verificada objetiva e especificamente em relação aos casos de abuso da forma societária cometidos pelos sócios,

---

<sup>198</sup> Para PANNUCCIO destacam-se como autores favoráveis ao sistema italiano da empresa sem empresário: SEGNI. Ompresione sulla nuova legge sul fallimento. In: *Dir. Fall.* v. 1, p. 87 ss. (o qual foi o primeiro, considerando os artigos 10 e 11 da lei falimentar, a por em realce a figura da empresa em lugar do empresário); PASSARELLI, Santoro. *L'impresa. Riv. Dir. Comm.*, v. 1, p. 380, 992 e 388; BOLAFFI. *La società semplice.* p. 115; SOTGIA. Per un concetto tradizionale Del diritto commerciale. *Riv. Dir. Comm.* V. 2, p. 139; FERRI. *Manuale*, p. 51; LA LUMIA, *Corso*, p. 98, 139, 160 s.; VERUCOLLI. Enti pubblici e imprese, *N. Riv. Dir. Comm.* v. 1, p. 229 ss.; ASCARELLI, *Corso*. P. 212; CASANOVA. *Le imprese*, p. 162; ZANELLI. *La nozione.* p. 109; SALANITRO. Ob Cit. p. 154. Por outro lado, são contrários a teoria: PUGLIATTI. Ffillimento dell'imprenditores o dell'impresa? In: *Dir. Fall.* v. 1, p. 5 ss (que foi o primeiro a contestar tempestivamente a opinião de Segni); BIGIAVI. *La professionalità dell'imprenditore.* p. 2 ss; FERRI. *Manuale.* p. 31, 36; FRANCESCHELLI. *L'imprenditore.* p. 09 ss; VALERI. *Manuale.* v. 1. p. 35; GRAZIANI. *L'impresa.* p. 44; GASPERONI. *La trasformazione delle società.* p. 107 ss; LA ROSA, Pavone. *Il registro.* Ob. Cit. p. 473; SATTA. Il soggetti del fallimento. *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, p. 116, 118 ss; PROVINCIALI, ARENA, MINERVINI, DE SEMO, RIVOLTA, AFFERNI. (*apud* BULGARELLI, 2000, p. 102, nota).

controladores ou administradores, para que os bens particulares e saldos de contas bancárias ou aplicações financeiras de qualquer natureza por esses indicados na propositura do pedido de recuperação (art. 51, incisos VI e VII, LRF)<sup>199</sup>, possam ser incorporados ao patrimônio empresa ou ser afastado determinado crédito constituído sob efeito de negócio que se configure por abusivo aos limites objetivos do direito de exercício do órgão societário (art. 187, CC), circunstâncias estas que tenham causado prejuízo a terceiros (massa de credores) e à própria pessoa jurídica, seja por desvio de finalidade ou por confusão patrimonial evidenciada na realização econômica do empreendimento.

Diante da exigência legal de que os sócios, controladores ou administradores devem fornecer junto com o pedido de recuperação da empresa documentos que informem a relação de seus bens particulares, Fábio Ulhoa Coelho (2005) destaca a questão de poder haver recusa daqueles ao preenchimento desse requisito:

Como a Constituição Federal garante a inviolabilidade da vida privada (art. 5.º, X) é plenamente válida a negativa de fornecimento da relação de bens. Nada pode, com efeito, forçar o sócio, controlador ou administrador à apresentação da informação, que, de resto, não consta dos arquivos da sociedade empresária. No caso dessa recusa, porém, não seria justo vedar o acesso da sociedade requerente ao benefício da recuperação, por se tratar de ato de terceiro que ela simplesmente não pode impedir, judicial ou extrajudicialmente. A mencionada relação de bens pode, assim, ser substituída por declaração de exercício de direito constitucional à privacidade pelo sócio, controlador ou administrador. (COELHO, 2005, p. 149-150).

Entende-se que o pressuposto de fornecimento da relação de bens não viola o direito a privacidade, face ao caráter publicístico da recuperação, tal como ocorre em matéria eleitoral e tributária. Além disso, deve-se ressaltar o aspecto de que esses bens listados não se destinam a garantia do procedimento recuperatório, a menos que isso seja deliberado no Plano entre as partes interessadas, mas tão somente presta-se a fornecer informações sobre a evolução patrimonial dos sócios, controladores ou administradores durante o tempo em que estiveram à frente da empresa.

Por outro lado, essa informação é medida de transparência e de cooperação por parte desses agentes econômicos, como maneira de contribuir com a recuperação da empresa que ajudaram a criar e se desenvolver no mercado, sendo os próprios beneficiários de sua preservação. No entanto, se nessa trajetória de condução das atividades econômicas, os

---

<sup>199</sup> **Art. 51.** A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

[...]

**VI** – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

**VII** – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

sócios, controladores ou administradores agiram em descompasso com os limites ético-objetivos impostos pelo Direito, expondo a personalidade jurídica societária a situações que configurem abuso de forma por desvio de finalidade ou confusão patrimonial a ensejar prejuízo de terceiros, essa relação de bens torna-se útil, não só na recuperação judicial, mas também na falência do devedor, conforme evidenciado nas linhas seguintes.

Não há um rito processual específico para a aplicação da desconsideração como medida de apuração de responsabilidade de sócios, controladores ou administradores, contando com prazos e recursos definidos, o que pode desestimular seu pleito no Judiciário, face às exigências de celeridade do procedimento recuperatório. Contudo, a desconsideração é a maneira mais adequada de aplicação normativa capaz de proporcionar a imputabilidade de conduta abusiva aos sócios, controladores ou administradores inescrupulosos, que pode ser apurada no próprio juízo da recuperação, mediante a ineficácia da organização jurídica da personalidade societária desvirtuada por qualquer um deles, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

Na propositura de ação que vise a aplicação da desconsideração da personalidade societária do empresário devedor, os interessados legitimados ativos são quaisquer dos credores, o Administrador Judicial ou o Ministério Público (art. 50, CC).

É preciso observar, que na busca pelo reconhecimento de ineficácia da organização jurídica da personalidade societária, em relação a certas condutas abusivas praticadas em nome e por conta da sociedade empresária, os interessados devem produzir todo o conjunto probatório que fundamenta o pedido na fase cognitiva da ação, instando a presença de todos os envolvidos na questão por meio de citação adequada a proporcionar oportunidade de ampla manifestação em observância ao regular contraditório e ao devido processo legal.

Essa medida faz-se necessária para que a sentença possa alcançar sua tripla consequência: declaratória da ineficácia da estrutura jurídica organizacional da sociedade empresária, face ao abuso de forma que resulte em desvio de finalidade da personalidade jurídica ou confusão patrimonial entre essa e seus sócios, controladores ou administradores; constitutiva de imputação de responsabilidade exclusiva desses pelo abuso do direito, pela determinação de afastamento da pessoa jurídica societária, que se extrai da(s) conduta(s) pratica(s) no exercício de suas atribuições na condução da atividade econômica; bem como, condenatória ao ressarcimento de eventuais danos causados aos interesses de terceiros (credores sócios).

A adequação do pólo passivo da ação, através da inclusão dos sócios, controladores ou administradores da sociedade empresária em recuperação, é exigida para que se forme o título

executivo em relação a esses, que não se vinculam ao procedimento recuperatório como partes, uma vez que é somente a sociedade empresária devedora que ingressa com o pedido de recuperação da empresa perante o Judiciário.

Para proporcionar mais efetividade ao procedimento que enseja a desconsideração da personalidade societária do empresário devedor, mister os legitimados ativos valerem-se da media assecuratória prevista no art. 82, §2.º, LRF, ou seja, pleitearem a indisponibilidade de bens particulares e/ou o bloqueio de saldos em contas bancárias ou aplicações financeiras de qualquer natureza de sócios, controladores ou administradores, seja por meio de medida cautelar própria de seqüestro de bens (art. 804; 814; 815; 816; 822, IV e 823, todos do CPC c/c art. 64, incisos IV, V e VI da LRF), seja por meio de antecipação de tutela requerida na própria ação ordinária (art. 273, caput e §7.º do CPC c/c art. 64, incisos IV, V e VI da LRF).

No que tange à previsão legal no inciso III, do art. 64, da LRF (houver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores), entende-se que essas hipóteses inseridas no texto legal não ensejam abuso de forma, mas sim vícios do negócio jurídico e como tais devem estar submetidos à consequência de invalidade (negócio jurídico nulo ou anulável), prevista pelo Código Civil para o caso dos defeitos dos negócios jurídicos (arts. 145 a 150, 158 a 165 e 167, CC).

A possibilidade de determinação da indisponibilidade ou do seqüestro de bens particulares dos sócios, dos controladores ou dos administradores da sociedade empresária devedora, embora reflita imperativo demasiado severo por parte da ordem jurídica, não se pode dizer que seja uma medida “tirana”, pois já inserta no direito processual comum brasileiro por regra contida no art. 675 do CPC de 1939, representada pelo “poder geral de cautela” conferido ao atuar do juiz, que foi mantida no CPC de 1973 (art. 798 e 799, CPC)<sup>200</sup> e, em alterações recentes do diploma processual (Lei n. 8.952, de 1994 e Lei n. 10.444, de 2002), foi introduzida no procedimento ordinário (art. 273, CPC).

Além dessa disposição geral, ainda cabe mencionar as mesmas possibilidades de reserva compulsória de bens no âmbito da administração pública (art. 37, § 4.º, CR/88 – Improbidade Administrativa)<sup>201</sup>; das instituições financeiras privadas e públicas (Lei n. 9.447

<sup>200</sup> **Art. 798.** Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. (grifo nosso)  
**Art. 799.** No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

<sup>201</sup> **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)  
[...]

de 14 de março de 1997)<sup>202</sup>; da ordem tributária (Lei Complementar n. 118/2005 que acrescentou o art. 185A à Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – CTN)<sup>203</sup>; bem como, da própria matéria concursal (art. 137 e 154, §5.º, da LRF), não só em relação ao devedor, mas também referente ao Administrador Judicial.<sup>204</sup>

A necessidade de indisponibilidade dos bens particulares dos sócios, controladores ou administradores – diante dos anseios pela (re)composição patrimonial da empresa que tenha se deteriorado por abuso da forma societária –, é medida que propicia maior eficiência de vinculação patrimonial ao Plano, como forma de garantia ao cumprimento bem sucedido de seus termos ou de redução nos custos do crédito público ao se tomar empréstimos no mercado.

O caso da falência da Encol S/A - Engenharia, Comércio e Indústria, pelas características emblemáticas que apresenta, serve de referencial nesse assunto, inclusive, porque contou, com *apresentação pelo comitê de recuperação de plano com o objetivo de reorganizar a empresa, equacionar o pagamento dos empregados demitidos, proceder a*

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

<sup>202</sup> **Art. 2º** O disposto na Lei nº 6.024, de 1974, e no Decreto-lei nº 2.321, de 1987, *no que se refere à indisponibilidade de bens, aplica-se, também, aos bens das pessoas, naturais ou jurídicas, que detenham o controle, direto ou indireto das instituições submetidas aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária.*

§ 1º Objetivando assegurar a normalidade da atividade econômica e os interesses dos credores, o Banco Central do Brasil, por decisão de sua diretoria, poderá excluir da indisponibilidade os bens das pessoas jurídicas controladoras das instituições financeiras submetidas aos regimes especiais.

§ 2º Não estão sujeitos à indisponibilidade os bens considerados inalienáveis ou impenhoráveis, nos termos da legislação em vigor.

§ 3º *A indisponibilidade não impede a alienação de controle, cisão, fusão ou incorporação da instituição submetida aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária.* (grifo nosso).

<sup>203</sup> **Art. 185-A.** Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, *o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.*

§ 1º *A indisponibilidade de que trata o caput deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite.* (grifo nosso)

§ 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o caput deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido.

<sup>204</sup> **Art. 137.** *O juiz poderá, a requerimento do autor da ação revocatória, ordenar, como medida preventiva, na forma da lei processual civil, o seqüestro dos bens retirados do patrimônio do devedor que estejam em poder de terceiros.* (grifo nosso)

**Art. 154.** Concluída a realização de todo o ativo, e distribuído o produto entre os credores, o administrador judicial apresentará suas contas ao juiz no prazo de 30 (trinta) dias.

[...]

§ 5º *A sentença que rejeitar as contas do administrador judicial fixará suas responsabilidades, poderá determinar a indisponibilidade ou o seqüestro de bens e servirá como título executivo para indenização da massa.* (grifo nosso)

*entrega dos imóveis aos adquirentes e a retomada das obras paralisadas*, conforme termos da própria sentença que decretou a falência, demonstrando que mesmo antes da mudança na legislação falimentar já ressoava no Judiciário as iniciativas doutrinárias alhures mencionadas.<sup>205</sup>

<sup>205</sup> A Encol foi uma das maiores empresas no Brasil no ramo de construção civil de imóveis incorporados, com 40.652 imóveis em construção, em 612 empreendimentos imobiliários, situados em 16 estados e 63 municípios. Possuía cerca de 42.000 adquirentes e 6.000 empregados.

Obteve deferimento de concordata preventiva em 24 de novembro de 1997, em sentença proferida pelo juiz Avenir Passo de Oliveira, da 46.<sup>a</sup> Vara de Falências e Concordatas do Tribunal de Justiça de Goiás, que afirmou ter sido motivado pela situação apresentada pela empresa, que sustenta ativos superiores aos passivos (só quirografários no valor de R\$ 150 milhões), sua tradição no mercado e o impacto social que sua falência poderia gerar, face ao elevado número de mutuários e empregados.

A Encol continuou funcionando, administrada pela própria diretoria, mas fiscalizada por um comissário nomeado pelo juiz: Banco Brasileiro Comercial, maior credor da construtora em Goiânia. O trabalho do comissário foi acompanhado por um comitê de recuperação, formado pela presidente da Associação Nacional dos Empregados da Encol, Magali Lúcia Gonçalves, pelo presidente da Associação Nacional dos Adquirentes de Imóveis da Encol, Charles Belchier, e pelo presidente do Banco do Brasil, Paulo César Ximenes. (Cf. <http://jornal.valeparaibano.com.br/1997/12/20/neco/encol.html>). Esse comissário foi sucedido pela empresa Govesa Veículos e depois nomeado Habib Tamer Elias M. Badião que assumiu em 22-06-1998.

No relatório desse comissário e no parecer do Ministério Público foi requerida a falência da Encol, por descumprimento das condições da concordata preventiva, decretada pelo juiz em 16-03-1999. Na mesma sentença, determinou a desconsideração da personalidade jurídica e a extensão dos efeitos da falência às empresas por ela controladas e aos membros do Conselho de Administração; bem como a indisponibilidade e o seqüestro dos bens das empresas controladas, do presidente e ex-presidentes, do diretor e ex-diretores, e dos advogados, além do bloqueio de suas contas correntes, proibição de se ausentar do país, e sua transferência de suas residências para Goiânia, nomeado Síndico o então Comissário da Concordata, Sr. Habib Tamer Elias M. Badião.

Um dos ex-diretores, Cyro Fidalgo, interpôs os recursos cabíveis nas instâncias superiores competentes até chegar ao STJ “argumentando, entre outras coisas, que o juiz de primeiro grau extrapolou de sua jurisdição ao interferir nos processos dele, residente em outra Comarca, e que tanto a sentença quanto o acórdão recorrido distanciaram-se das provas dos autos indicativas de que ele não era ex-diretor da empresa falida.” (GENÚ, Cristine. STJ mantém decisão em processo contra a Encol. 2004. Disponível em: [http://www.stj.gov.br/webstj/Noticias/detalhes\\_noticias.asp?seq\\_noticia=9817](http://www.stj.gov.br/webstj/Noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=9817). Acesso em: 14-09-2007).

Eis a Ementa do Acórdão:

RECURSO ESPECIAL Nº 370.068 - GO (2001/0148303-5)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : CYRO FIDALGO

RECORRIDO : ENCOL S/A ENGENHARIA COMÉRCIO E INDÚSTRIA - MASSAFALIDA

#### **EMENTA**

Processual Civil.Comercial. Falimentar. Recurso Especial. Ofensa à norma constitucional. Interesse de agir. Prequestionamento. Decisão. Fundamentação. Reexame fático-probatório. Falência. Desconsideração da personalidade jurídica. Indisponibilidade de bens. Ex-diretor de sociedade anônima. Embargos de declaração. Omissão. Contradição. Inexistência.

- *A ofensa à norma constitucional não enseja Recurso Especial.*

- *O recorrente carece de interesse de agir no tocante à pretensão que já foi atendida pelo tribunal a quo.*

- *Falta prequestionamento ao Recurso Especial no ponto que suscita questão não discutida na corte de origem.*

- *A desconformidade da decisão com as provas dos autos não revela ausência de fundamentação.*

- *É inadmissível o reexame fático-probatório em sede de Recurso Especial.*

- *Está correta a desconsideração da personalidade jurídica da Sociedade Anônima falida quando utilizada por sócios controladores, diretores e ex-diretores para fraudar credores. Nesse caso, o juiz falimentar pode determinar medida cautelar de indisponibilidade de bens daquelas pessoas, de ofício, na própria sentença declaratória de falência, presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e os do *periculum in mora*.*

Diante do que se afirmou acima, em relação ao problema da desconsideração da personalidade societária empresária na fase de recuperação da empresa, certo grau de alerta deve ser reservado para a ocorrência das demais hipóteses previstas no art. 64 da LRF, concebidas como enfáticas razões para afastamento dos sócios, controladores ou administradores na direção da sociedade empresária devedora que tenham praticado qualquer das seguintes condutas: **a)** efetuar gastos pessoais manifestamente excessivos em relação a sua situação patrimonial; **b)** efetuar despesas injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital ou gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas; **c)** descapitalizar injustificadamente a empresa ou realizar operações prejudiciais ao seu funcionamento regular; **d)** simular ou omitir créditos ao apresentar a relação de que trata o art. 51, III, da LRF, sem relevante razão de direito ou amparo de decisão judicial; bem como, negar-se a prestar as informações solicitadas pelo Administrador Judicial ou pelos demais membros do Comitê; além de previsão expressa contida no Plano de Recuperação Judicial.

Note-se que em todos os casos identificados, exceto a previsão de afastamento decorrente do próprio Plano, além da possibilidade legal de afastamento dos sócios, controladores ou administradores, pode-se ainda perquirir da provável prática de abuso da forma societária por parte desses. Em tais circunstâncias, esses agentes econômicos poderão estar sujeitos aos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária, para que se possam restabelecer o estado anterior ao abuso e proporcionar a preservação da empresa.

Conforme foi analisado no item anterior, a responsabilidade dos membros da pessoa jurídica societária varia de acordo com a categoria de sociedade e também se se trata de sócio ou acionista e administrador não sócio. Nesse propósito intervencionista da desconsideração objetiva, além de resultar em imputação de responsabilidade para os que praticam conduta abusiva, fazendo recair sobre eles o dever jurídico e não sobre a pessoa jurídica nas transações com terceiros, cabe falar, outrossim, em deveres sociais próprios da condição que assumem ao integrar a estrutura jurídica societária. Esta dita, verdadeiramente, responsabilidade societária, decorre de deveres jurídicos específicos da condição de sócio, sobre a qual recaem os maiores encargos, tanto na esfera do direito societário, quanto no Direito Concursal. Trata-se da

---

*- A contrariedade do julgado com o disposto na lei não se confunde com omissão ou a contradição que enseje embargos de declaração.*

Recurso Especial não conhecido. (grifo nosso)

Para maiores detalhes ver: Site oficial da Massa Falida da Encol: <http://www.massafalidaencol.com.br/processo.html>. O inteiro teor da sentença da falência: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=340>. Informações sobre o escândalo que transformou esse processo: <http://www.terra.com.br/istoe/politica/155235.htm>.

integralização do capital, que no momento da crise da empresa pode não ter sido feito ou realizado de modo incompleto.

Na sistemática do direito falimentar anterior havia a previsão expressa da Ação de Integralização, que visava a recomposição do capital da sociedade devedora (art. 6.º e 50, Dec.-Lei n. 7.661/1945).<sup>206</sup> Embora a doutrina (COELHO, 2005) entenda que na reformulada Lei de Recuperação e Falência melhor seria que o legislador tivesse reservado dispositivo próprio para disciplinar esta ação, defende-se que os termos do art. 82, da LRF já são suficientes para tanto, ao dispor que a responsabilidade dos sócios, dos controladores e dos administradores, *estabelecida nas respectivas leis*, será apurada no próprio juízo falimentar.

Uma das medidas ensejadoras de afastamento dos sócios, dos controladores e dos administradores da sociedade devedora é descapitalização injustificada da empresa ou realização de operações prejudiciais ao seu funcionamento regular. Nesse caso, os prejudicados são os credores e a própria pessoa jurídica, que ficam igualmente fragilizados em suas garantias, os primeiros já pela condição de limitação da responsabilidade e a segunda pela falta, demora ou insuficiência de composição do capital, ou, ainda, a retirada indevida de capital feita por algum sócio ou acionista. Uma vez evidenciada a prática abusiva da forma societária, seja pelas hipóteses mencionadas, seja por outras circunstâncias, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica é medida que os interessados devem manejar para o restabelecimento das condições e garantias que foram violadas, sem as quais, ainda que viável, a empresa pode não se recuperar.

Quanto às conseqüências esperadas pelos interessados com essa medida na fase de recuperação, vislumbra-se que a sentença deve encaminhar a realização (execução) de seu conteúdo condenatório no próprio contexto do Plano de Recuperação aprovado ou projetar seus reflexos para tempo futuro posterior ao encerramento do processo de recuperação, caso seja esse o interesse manifesto pelos autores na própria ação. Nesse último caso, se a recuperação não se resolver pelo cumprimento do Plano, devem os efeitos da sentença que

---

<sup>206</sup> **Art. 6.º.** A responsabilidade solidária dos diretores das sociedades anônimas e dos gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, estabelecida nas respectivas leis; a dos sócios comanditários (Código Comercial, art. 314), e a do sócio oculto (Código Comercial, art. 305), serão apuradas, e tornar-se-ão efetivas, mediante processo ordinário, no juízo da falência, *aplicando-se ao caso o disposto no art. 50, § 1.º.*

**Art. 50.** Os adicionais e os sócios de responsabilidade limitada são obrigados a integralizar as ações ou cotas que subscreveram para o capital, não obstante quaisquer restrições, limitações ou condições estabelecidas, nos estatutos, ou no contrato da sociedade.

§ 1.º. *A ação para integralização pode ser proposta antes de vendidos os bens da sociedade e apurado o ativo, sem necessidade de aprovar-se a insuficiência dêste para o pagamento do passivo da falência.*

§ 2.º. *A ação pode compreender todos os devedores ou ser especial para cada devedor solvente.*

determina a desconsideração da personalidade jurídica ser revertido para a falência do devedor, pois os credores ainda permanecerão sem a satisfação de seus direitos creditícios.

Importante não negligenciar que o caráter publicístico do novo Direito Concursal assente na doutrina revela nessa inovada ordem jurídica que não há mais espaço para condutas individualistas e privatistas dos credores, que devem pensar única e exclusivamente no recebimento de seus créditos ou mesmo do devedor preocupado apenas em livrar-se de suas obrigações, valendo-se da condição de insolvente, porquanto o atual Direito Concursal impõe deveres a todos os interessados em exercer direitos negociais ou não-negociais, que agora ficam restritos a promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Assim, desconsideração objetiva para fins de responsabilidade por atividade específica, considerada no âmbito deste trabalho, refere-se a desestimação da forma da sociedade empresária, que pode representar em momentos de dificuldade econômico-financeira a retomada da trajetória necessária à recuperação da empresa ainda viável, mediante o afastamento dos efeitos obrigacionais impostos, não só ao devedor, mas também a todos os demais credores, quando comprometer a capacidade de pagamento da empresa, em razão de atividade econômica má conduzida pelo sócio, controlador ou administrador.

## 5 – CONCLUSÃO:

O processo de redemocratização no Brasil iniciado pela Constituição de 1988, permitiu a possibilidade da reconstrução das velhas estruturas do Direito Pátrio em uma redefinição do papel do Estado. Consolidar esse programa democrático que oriente a uma maior participação da comunidade política é algo que ainda vai exigir muita dedicação aos debates públicos que ainda são muito tímidos, conforme se verificam em algumas áreas como o direito do consumidor, o concorrencial, o regulatório, o ambiental, no campo empresarial destaca-se o direito societário e, por fim, o próprio Direito Concursal. As novas demandas sociais e políticas exigem uma redefinição do próprio Direito e da Economia, e cobram das classes dominantes maior parcela de envolvimento e comprometimento com os fatores funcionalizantes dessa renovação por que passam os padrões políticos no Estado Democrático de Direito.

As recentes mudanças introduzidas no Direito Concursal Brasileiro mostram que um novo tempo recomeça na relação empresarial débito-crédito, não mais sob a perspectiva das evidências de quebra, mas sob o propósito de proteção aos interesses daqueles que acreditaram nas escolhas do empresário devedor, nas potencialidades do empreendimento e que, mesmo em condições adversas, mantém suas apostas na viabilidade econômica e na continuidade do negócio.

O estudo demonstra que a liberdade de agir (livre iniciativa) do empresário (pessoa jurídica ou física) reveste atividade de poder-dever e não ato de vontade individual, o que resulta na necessidade de promoção da pessoa humana dentro do sistema econômico, fazendo-o por meio de indicadores como a função social ou a preservação da empresa, em que os rumos da economia são constantemente redefinidos pela intervenção jurídico-democrática do Estado.

O debate em torno da teoria da empresa, pelo que se pôde perceber, está sujeito a abordagens com distintas nuances a ensejar uma maior aproximação entre o discurso dos juristas e dos economistas. A Análise Econômica do Direito proporciona ao estudo da empresa uma compreensão em construção desse fenômeno da economia.

A proposta da AED é bastante promissora, na medida em que fornece os elementos necessários a essa aproximação sob a perspectiva inovadora da Economia dos Custos de Transação, da Teoria dos Jogos e da Governança Corporativa, que não desconsidera o papel de coordenação do empresário na empresa, seja interna ou externamente. Ao contrário,

procura informar seu comportamento de modo a extrair maior eficiência das organizações pela combinação Direito e Economia, sob o paradigma da empresarialidade.

Deve-se estar atento a esse ajuste de pensamentos, para que se possa oferecer respostas capazes de produzir redução dos custos nas relações havidas dentro e fora do mercado aberto, tornando-as mais ágeis e menos burocráticas (eficiência), sem perder de vista a confiabilidade (justiça) e a segurança jurídica dos padrões legislados (concreção normativa). Esse ponto de equilíbrio ainda está longe de ser alcançado, pois as ações oportunistas nem sempre estão livres da ambição humana.

O Direito Concursal ou Direito da Empresa em Crise pretende ser uma área jurídica capaz de oferecer medidas que contribuam para o fomento da atividade econômica. Mas é bom frisar que só as novas regras jurídicas não bastam. É preciso que os agentes econômicos (credores) estejam mais bem preparados para os novos desafios que se despontam nesse horizonte de mudanças, pois disso depende uma variação também de posturas no mercado. Por outro lado, o Estado também precisa adaptar-se às novas práticas de especialidade que o momento exige do Judiciário, pois as inovações trazidas pela Lei n. 11.101 de 2005 colocam em colapso suas estruturas estáticas mais abrangentes, ao atrair para sua atuação dinâmicas da administração de empresas e da economia, marcadas por ações em conjunto de profissionais multifacetados capazes de conduzir os meios necessários ao reerguimento da empresa em crise a partir do texto legislado, o que não pode ser alcançado com a mera aplicação silogística de norma jurídica (subsunção normativa).

No contexto do Direito Concursal todas as preocupações giram em torno dos direitos de crédito, submetidos ou não a elementos de contratação direta (poder de barganha) ou indireta (poder legal), estruturados em torno de duas velhas ordens privadas – a propriedade e o contrato. A empresa propiciou profundas modificações na estrutura e funcionalidade, tanto do contrato, quanto da propriedade, evidenciando necessidade de readaptações do sistema jurídico.

No cenário econômico, o estado de dificuldade da empresa provoca abalo no âmbito do crédito público (macroeconomia) e no da produção de bens e prestação de serviços (microeconomia), afetando a área de desenvolvimento econômico do Estado, de investimento do mercado mobiliário e financeiro, do consumo e do emprego, o que não é bom para a cadeia produtiva e para a própria organização do Estado.

O atual Direito Concursal Brasileiro ou Direito da Empresa em Crise manifesta-se em um cenário jurídico relativizado e funcionalizado, em que o texto da norma jurídica não representa a decisão do Estado a ser simplesmente aplicada, como o ícone acertado de solução

de conflitos, mas revela-se apenas como um dos pontos de partida que devem ser considerados pelo jurista em sua tarefa de interpretar e aplicar o Direito, e fornecer decisões adequadas a cada caso concreto. A segurança jurídica não depende exclusivamente do texto normativo, mas requer antes a busca por outros elementos que possam preencher-lhe o conteúdo, a serem fornecidos pelos modos de atuar da administração e da econômica na busca por padrões de realidade informadores da decisão jurídica, cuja eficácia se faz sentir na realidade da empresa.

Nessa reformulada ordem jurídica, as disposições por cláusulas gerais requerem uma identificação de conteúdo a partir de certos limites que, no caso do problema investigado nesse trabalho, remete a reconstituição da técnica jurídica de elaboração da pessoa jurídica como centro de imputação, não apenas concebida no âmbito da linguagem do Direito na proposta de Kelsen, nem nos moldes da necessidade de identificação realista ou fictícia de sua existência, mas como meio de realização de atividade jurídica no plano econômico que prescinde de concreção normativa, quanto à imputação de atividade, de responsabilidade, para se manifestar no mundo das relações humanas.

Como visto, a pessoa jurídica não pode mais ser aceita apenas no plano do Direito como fator facilitador das relações jurídicas por conta da responsabilidade limitada e autonomia patrimonial; nem no plano da economia como elemento dificultador das relações econômicas pela imposição de custos de transação maiores em função da limitação de responsabilidade, servindo assim como uma couraça a proteger os sócios, acionistas controladores e até administradores em caso de insucesso de suas atuações no mercado, ainda que na prática de conduta que resulte em abuso da personalidade jurídica por desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

É preciso entender que a pessoa jurídica não pode mais seguir sendo tratada como ente fictício ou meramente equiparada por analogia à pessoa natural (pessoa humana), como forma de esconder sua verdadeira identificação de técnica jurídica para imputação de atividade jurídico-econômica a quem quer que a ela se integre e segundo as circunstâncias do caso concreto. Desse modo, sua disciplina no Direito não impera mais de modo absoluto, uma vez que o art. 20 do Código Civil de 1916 foi revogado e em seu lugar nada foi restabelecido, prevalecendo como estrutura de organização jurídica em uma disciplina relativizada na nova ordem aberta disposta nos arts. 47 e 50 do Código Civil de 2002.

Ao falar-se em limites, refere-se não a limites negativos, mas àqueles concebidos sob o prisma positivo, enquanto verdadeiros programas estabelecidos a partir do texto constitucional, que informam os parâmetros de relativização da pessoa jurídica, estendendo-se

pela legislação comum infraconstitucional até chegar à especializada, marcada por uma clara demonstração de objetividade no Direito fruto da funcionalização de suas estruturas, que não mais aceita ou contenta-se com a necessidade de identificação da culpa do agente, o que torna muito mais ágeis os mecanismos de planejamento de ações (econômicas, administrativas ou jurídicas) no combate aos casos de práticas abusivas no mercado.

Os limites à relativização da personalidade jurídica envolvem a identificação de certos fatores nesse programa positivo composto:

- pelo grau de alcance da responsabilidade societária aos sócios, controladores ou administradores (limitada ou ilimitada, solidária ou subsidiária);
- pelos fins social e econômico, a boa-fé e os bons costumes na perspectiva objetiva no exercício do direito que a personalidade jurídica confere sob a forma de órgãos institucionalizados (Conselho de administração e diretoria);
- pelo abuso da forma societária evidenciado por desvio da finalidade proposta pelo Direito ou pelos fundadores na constituição da pessoa jurídica com a indicação do objeto social;
- pelo abuso da forma societária caracterizado por confusão patrimonial havida entre a pessoa jurídica e aqueles que compõe o quadro societário ou administrativo (sócio, acionista controlador ou administrador); e
- pela função social da empresa, cuja observância é essencial a sua preservação em estado de crise.

Neste estudo mostrou-se que a descon sideração da personalidade jurídica é medida possível ao Direito Concursal como mecanismo capaz de proporcionar aplicação normativa com fins a responsabilização de sócios, controladores ou administradores, referente à prática de atividade inescrupulosa de qualquer desses, também na fase de recuperação judicial de empresa em situação de dificuldade econômico-financeira.

É sabido que o contrato já não mais oferece garantias suficientes à diluição do risco de operar no mercado, notadamente por conta do conteúdo assimétrico das informações e, sobretudo, diante da constatação de que esse risco existe em função dos custos operacionais representados internamente pela hierarquia das relações (societárias e trabalhistas) e externamente (no mercado) pelo sistema do preço, circunstâncias que exigem meios mais adequados de imputação de responsabilidade àqueles que se valem de suas atribuições regulares para abusar da pessoa jurídica em detrimento da própria organização societária ou de contratantes no mercado.

Nesse caso, seria medida de justiça ou eficiência deixar que esse debate sempre deva ser realizado na fase da falência, quando a empresa pode estar, inclusive, com suas operações paralisadas ou em estágio de deterioração mais profunda de seu patrimônio? Acredita-se que a desconsideração da personalidade jurídica, quando oferecida na fase de recuperação da empresa mostra para as pessoas físicas, que agem no mundo fáticas, investidas pelo direito de órgão conferido pela personificação jurídica, que a todo instante estão sujeitas à imputação de atividade, ainda que não decorrentes de violação às regras societárias legais ou estatutárias, mas por determinação de Direito Comum que trata da proteção da própria essência da pessoa jurídica.

A apuração de responsabilidade (Societária ou Comum) problematizada neste estudo e realizada via desconsideração da personalidade jurídica como método de aplicação normativa, não se refere à responsabilidade que possui dispositivo legal próprio, mas a que carece de disciplina normativa e é resultado da prática de atividade abusiva (abuso de forma societária), e não se refere à violação normativa expressa em lei específica.

Nesse contexto, o meio processual em que se faz a aplicação da desconsideração possui semelhante *ratio legis* (segundo a máxima: onde houver o mesmo motivo, há também a mesma disposição de direito) em relação aos aspectos teleológicos da apuração de responsabilidade que é feita na falência por meio da Ação Social, e revela-se como importante mecanismo ao fornecimento de informações que possam facilitar a aprovação do Plano (nas hipóteses descritas no art. 64, incisos IV, V e VI, da LRF).

As disposições normativas que tratam da recuperação judicial de empresa descrevem um procedimento conciliatório “híbrido” (pois comporta impugnações), em que não há litígio aparente entre as partes, muito embora se possa identificar pretensões antagônicas provenientes da relação débito-crédito, oriunda do atuar do empresário no mercado. Sob essa perspectiva, defende-se que o Administrador Judicial deve procurar investigar práticas abusivas resultado de desvios de finalidade praticados em nome da pessoa jurídica ou de confusão patrimonial (em casos de sociedade unipessoal, grupos de sociedades e redes associativas de MPE's), que tenham resultado em prejuízo da condição econômico-financeira da empresa e não apenas cumprir e fazer cumprir os preceitos contidos no plano de recuperação ou na LRF, pois sua atuação é relevante para a salvaguarda do estado econômico-financeiro da empresa.

A desconsideração é vista aqui como uma alternativa para se promover os meios necessários à recuperação da empresa, desde que seu estado de crise tenha sido gerado por conduta abusiva da forma da pessoa jurídica em detrimento do direito de terceiros, tanto no

âmbito interno, como no externo da empresa. Isso não quer dizer que a desconsideração terá lugar em todo e qualquer caso de recuperação, nem que apenas poderá ser reivindicada em casos excepcionais declinados pela pragmática normativa, mas que pode ser buscada sempre que presentes as circunstâncias que identificam práticas abusivas à forma da pessoa jurídica por parte de sócios, acionistas controladores ou administradores.

Desse modo, a desconsideração da personalidade jurídica não se revela apenas como um meio à obtenção de recebimento de crédito, mas volta-se ao favorecimento de reestruturação da própria pessoa jurídica societária. Importante não se esquecer o caráter publicístico do novo Direito Concursal, que revela nessa inovada ordem jurídica não haver mais espaço para condutas individualistas e privatistas dos credores, que pensem única e exclusivamente no recebimento de seus créditos ou mesmo do devedor preocupado apenas em livrar-se de suas obrigações valendo-se da condição de insolvente, pois o atual Direito Concursal impõe deveres a todos os interessados em exercer direitos negociais ou não-negociais, que agora ficam restritos a promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A desconsideração objetiva, considerada no âmbito deste trabalho, refere-se a desestimação da forma da sociedade empresária, que pode representar em momentos de dificuldade econômico-financeira a retomada da trajetória necessária à recuperação da empresa ainda viável, mediante o afastamento dos efeitos obrigacionais impostos, não só ao devedor, mas também a todos os demais credores, quando comprometer a capacidade de pagamento da empresa em razão de atividade econômica má conduzida pelo sócio, controlador ou administrador.

Conclui-se que o questionamento da conduta de sócios, acionistas controladores ou administradores, que agem em abuso de forma da pessoa jurídica societária é salutar ao mercado, pois previne a prática de atividades nocivas e reprováveis que não devem ser imputadas a sociedade empresária, pois os resultados e os benefícios não reverteram em seu proveito.

A desconsideração consagra, assim, o restabelecimento dos princípios da sociabilidade, da eticidade e da lealdade, face às atitudes inescrupulosas de sujeitos como sócios, acionistas controladores ou administradores que façam das estruturas organizacionais em que atuam um repositório para prática de irregularidades. Considere-se, ainda, o feixe de interesses que se entrelaçam no dinamismo da propriedade dos bens de produção e consumo através dos contratos, pelo que é imperioso destacar que a empresa não deve ser desativada

para fins de proteção apenas da comunidade credora, mas antes deve subsistir para cumprir sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A desconsideração contribui para o fortalecimento da pessoa jurídica, na medida em que proporciona uma análise mais profunda de suas estruturas e permite uma discussão mais aberta a respeito da conduta de sócios, acionistas controladores ou administradores, na condução dos negócios, favorecendo as transações a respeito do conteúdo do Plano, que alcancem sua modificação ampliativa ou restritiva quanto a bens e direitos das partes interessadas, pois, caso contrário, o caminho da falência pode ser o mais indicado na tentativa de preservarem-se os ativos necessários ao desempenho da atividade econômica, ainda que por empresário diverso ou pelos próprios credores conforme a LRF.

O instituto da recuperação de empresas implica forçosamente em uma mentalidade reformulada dos desafios da gestão empresarial no Brasil, para permitir a necessária transparência e responsabilidade da gerência nas atuações da atividade empresarial perante os credores no mercado. O avanço representado por essa proposta legislada aponta na direção de se aperfeiçoar os mecanismos de gestão empresarial, que se encontram em curso em alguns setores das médias e grandes empresas do país sob o prisma da administração e da economia, para alcançarem também o Direito.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. Insolvência. In FRANÇA, R. Limonge (Coord.). **Enciclopédia saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva. v. 44, p. 421-423, 1977.

ABRÃO, Nelson. **O novo direito falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1985.

ABRÃO, Nelson. **Curso de direito falimentar**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Leud. 1997.

ABRÃO, Nelson. **A continuação do negócio na falência**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Leud. 1998.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e concordata**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito civil: introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

ÁLVARES, Walter T. **Direito falimentar**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Sugestões Literárias. 1977.

AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor. **Revista do consumidor**. São Paulo, n. 5. p. 168-182, jan.-mar. 1993.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Direito comercial: autonomia ou unificação (segundo o novo Código Civil)**. São Paulo: Jalovi, 1989.

ASCARELLI, Tullio. O Empresário. tradução COMPARATO, Fábio Konder. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, ano XXXIV, nova série, n. 109. p. 183-189, jan.-mar. 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5 ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

BARBI FILHO, Celso. Apontamentos sobre a teoria “ultra vires” no direito societário brasileiro. **Revista Forense**, São Paulo, v. 305 (Separata), p. 22-28, 1990.

BEDÊ, Marco Aurélio (Coord.). **Onde estão as Micro e Pequenas Empresas no Brasil**. São Paulo: SEBRAE, 2006. Disponível em: [http://www.sebraesp.com.br/principal/conhecendo%20a%20mpe/mpes%20em%20n%FAmeros/documentos\\_mpes\\_em\\_n%FAmeros/onde\\_estao\\_mpes\\_br\(1\).pdf](http://www.sebraesp.com.br/principal/conhecendo%20a%20mpe/mpes%20em%20n%FAmeros/documentos_mpes_em_n%FAmeros/onde_estao_mpes_br(1).pdf). Acesso em: 10-mai.-2007.

BERALDO, Leonardo de Faria. O interesse de recorrer da decisão que determina a desconsideração da personalidade jurídica. **Revista EPD – Escola Paulista de Direito: Direito civil**. São Paulo. ano 1, n. 1, p. 425-444, 2005.

BESSONE, Darcy. **Instituições de direito falimentar**. São Paulo: Saraiva. 1995.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone. 1995.

BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense. 1975.

BULGARELLI, Waldirio. **O novo direito empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial**. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2000.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. 2. ed. atual. rev. São Paulo: Saraiva. 1998. v. 3.

CEOLIN, Ana Caroline Santos. **Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica**. Belo horizonte: Del Rey. 2002.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno: Por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

COASE, Ronald Harry. **The Firm, the Market and the Law**. Chicago: University Press, 1988.

COASE, Ronald Harry. The nature of the firm (1937). Reimpresso em **The Firm, the Market and the Law**. Chicago: University Press, 1988, p. 33-55.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 4. ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva. 2001. v. 2.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva. 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1970.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. ed. ver. atual.e corr. Rio de Janeiro: Forense. 1983.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, ano XXV, nova série, n. 63. p. 71-79, jul.-set. 1986.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais/Fasc. Civ.**, São Paulo, ano 85, v. 732, p.38-46, out.1996.

DEMSETZ, HAROLD. The Theory of the Firm Revisited. In WILLIAMSON, Oliver E., and WINTER, Sidney G. **The Nature of the Firm. Origins, evolution and, development**. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 159-178.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6 ed. Tradução João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1988. Título original em alemão: Einführung in das Juristische Denken.

EPSTEIN, David G.; NICKLES, Steve H.; WHITE, James J. **Bankruptcy**. St. Paul, Minn: West Group. 1993.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao código de processo civil; Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Rio de Janeiro: Forense. 1988. v. VIII, t. III: arts. 890 a 945.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de direito comercial**. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Max Limonad. 1955. v. 5.

FIUZA, César. Crise e interpretação do direito civil da escola da exegese às teorias da argumentação. In OLIVEIRA NAVES, Bruno Torquato de, FIUZA, César e SÁ, Maria de

Fátima Freire de (Coord.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 23-60.

FRONTINI, Paulo Salvador. Reflexões sobre a reforma da lei de falências. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, Ano XVIII, nova série, n. 31. p. 43-51, 1978.

GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais/Fasc. Civ.**, São Paulo, ano 87, v. 747, p. 35-55, jan.1998.

GOMES, José Jairo. **Direito civil: Introdução e parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

GOMES, Orlando. Novas dimensões da propriedade privada. **Revista dos Tribunais/Fasc. Civ.**, São Paulo, ano 59, v. 411, p. 09-14, jan.1970.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. atual. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. **Recuperação judicial de empresas: Direito Concursal contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1987.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. tradução João Batista Machado. 6. ed. 5. tiragem. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. **Os desafios propostos pela governança corporativa ao direito empresarial brasileiro: ensaio de uma reflexão crítica e comparada**. São Paulo: Malheiros. 2005.

LACERDA, J. C. Sampaio de. **Manual de Direito falimentar**. 14. ed. rev. e atual. por Jorge de Miranda Magalhães. São Paulo: Freitas Bastos, 1999.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica descomplicada. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**. Belo Horizonte. v. 6., p. 225-229, 1999.

LOBO, Jorge. **Da recuperação da empresa no direito comparado**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 1993.

LOBO, Jorge. **Direito Concursal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999a.

LOBO, Jorge. Direito da crise econômica da empresa. In LOBO, Jorge. **Direito Concursal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999b. p. 167-205. Apêndice A - Estudos de Direito Concursal.

LOBO, Jorge. Continuação do negócio do falido: determinação “ex officio”. In LOBO, Jorge. **Direito Concursal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999c. p. 308-310. Apêndice A - Estudos de Direito Concursal.

LOBO, Jorge. Direito da empresa em crise (a nova Lei de Recuperação da Empresa). **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano 101, v. 379, p. 119-155, mai.-jun.2005.

LOBO, Jorge. Princípios de governança corporativa. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 10, n. 37, p. 198-220, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Função atual da pessoa jurídica. **Revista de Direito civil**. São Paulo. ano 12, n. 46, p. 50-70, out.-dez. 1988.

LOPES, Carlos Leduar. Concorrência desleal: Aspectos civis. **Revista de Direito de Direito Privado**. São Paulo. Ano 3. n. 11, p. 25-67, jul.-set. 2002.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade: Função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

LUCCA, Newton de. **A reforma do direito falimentar no Brasil**. 1999. Disponível em: [http://www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/ARTIGOS/convidados/artigo\\_newton\\_de\\_lucca\\_reforma\\_falimentar.pdf](http://www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/ARTIGOS/convidados/artigo_newton_de_lucca_reforma_falimentar.pdf). Acesso em: 22/07/2007.

MACHIONI, Jarbas Andrade. Novos fundamentos do direito comercial sob o código civil de 2002. In SIMÃO FILHO, Adalberto; LUCCA, Newton de (Coord.). **Direito empresarial contemporâneo**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 309-362.

MACIAS, Isabel Candelario. Insolvency Law (Reorganizational Institutes) in the EU. **Revista Direito e Justiça** (Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa). Lisboa. v. XIII, t. I, p. 149-175, 1999.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A Autonomia Privada e a Função Social da Empresa. In OLIVEIRA NAVES, Bruno Torquato de, FIUZA, César e SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Direito civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey. 2007. p. 339-348.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. ano. 35. n. 139, p. 05-22, jul.-set. 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. **Revista de direito comparado Luso-Brasileiro**. v. 25. Rio de Janeiro. 2004.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3. ed. histórica. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

MATA MACHADO, Edgar de Godoi da. **Elementos de teoria geral do direito: para os cursos de introdução ao estudo do direito**. 4. ed. rev. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

MAZAGÃO, Lídia Valério. Recuperação judicial. In MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 75-118.

MAZZUCATO, Paolo Zupo. Medicamentos e livre concorrência. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. ano 42, n. 167, p. 115-133, jul.-dez. 2005.

MELO, Albertino Daniel de. **Sanção civil por abuso de sociedade**. Belo Horizonte: Del Rey. 1997.

MERCADO PACHECO, Pedro. **El analisis económico del derecho: una reconstrucción teórica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1994.

MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetiva no Direito Privado brasileiro. **Revista dos Tribunais Fasc./Civ.** ano 94, V. 842, p. 11-44, dez. 2005.

MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do ministério público. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.) **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin. 2005, p. 247-274.

MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Tradução para o francês de Olivier Jouanjan. Presses Universitaires de France, Paris: 1996. Título original em alemão: *Juristische Methodik*.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. re. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

NICOL, Donald Mac; SANNA, Murched Badih. Plano de recuperação. In MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 165-178.

NUNES, Rubens. Os limites da política de defesa da concorrência: Sobre o conceito de mercado. **Revista de Direito da Concorrência**. Brasília. n. 5. p. 15-22, jan.-mar. 2005.

NORONHA, Fernando. Patrimônios especiais: sem titular, autônomos e coletivos. **Revista dos Tribunais/Fasc. Civ.**, São Paulo, ano 87, v. 747, p.11-34, jun.1998.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva. 1979.

ORLANDO, Carvalho de. Empresa e lógica empresarial. In Estudos em homenagem ao professor Dr. A. Ferrer-Correia. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Universidade de Coimbra, n. IV, p. 03-31, 1997.

OSMO, Carla. Pela máxima efetividade da função social da empresa. In NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Função do Direito Privado no atual momento histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 260-305.

PAULA, Wesley Roberto de. Letra Escarlata: É difícil uma empresa se recuperar com o carimbo de fracasso. **Revista Consultor Jurídico**. mar.-2006. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/42460,1>. Acesso em 15-abr.-2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed.. rev. e atual. por Maria Celna Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense. 2005. v. I, Introdução ao direito civil. teoria geral de direito civil.

PEREIRA, Regis Fichtner. Origens e evolução da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Rio de Janeiro. n. 5. p. 61-83, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thomson. 2006.

PERIN JUNIOR, Ecio. O administrador judicial e o comitê de credores no novo direito concursal brasileiro. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.) **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin. 2005, p. 169-196.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo XIII: arts. 796-889. Rio de Janeiro: Forense. 1976.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Tomo I. Campinas: Bookseller. 1999a.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Tomo V. Campinas: Bookseller. 1999b.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 4. ed. Boston: Little Brown and Company. 1992.

POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho en el common law, en el sistema romano-germánico, e en las naciones en desarrollo. Tradução de Enrique Pasquel R. **Revista de Economia y Derecho**. v. 2, n. 7 (Inverno 2005). Título original em inglês: Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and Developing Nations. Disponível em: <http://www.upc.edu.pe/bolson/0/16/gru/49/Articulo%201%20Posner.pdf>. Acesso em: 25-mar.-2007.

PRADO, Martha Asunción Enriques; SILVA, Aldimar Alves V. A “onda” função social da empresa e sua imbricação com o direito fundamental à segurança jurídica no Brasil. **Revista Scientia Iuris**, Londrina. v. 10, p. 25-38. 2006.

QUEIROZ, Jorge. **Recuperação judicial – apenas parte do quebra-cabeça**. 2006. Disponível em: <http://www.ibgt.com.br/index.php?miolo=noticias1.php&id=60>. Acesso em: 11-mai.-2007.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

REQUIÃO, Rubens. A função social da empresa no Estado de direito. **Revista da faculdade de direito da UFPR**. Curitiba: UFPR. ano 19. n. 19. p. 263-280, s/m.-1978/80.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 17. ed. Falência. São Paulo: Saraiva. 1998. v. 1

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 14. ed. atual. São Paulo: Saraiva. 1995. v. 4, Responsabilidade civil.

SADDI, Jairo. Considerações sobre o comitê e a assembléia de credores na nova lei falimentar. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.) **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin. 2005, p. 199-219.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, Ano XXXIX, nova série, n. 119. p. 94-108, jul.-set. 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros. 2006.

SANTOS, Mário João Coutinho dos. Algumas notas sobre os aspectos económicos da insolvência da empresa. **Revista Direito e Justiça** (Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa). Lisboa. v. XIX, t. II, p. 181-189, 2005.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos**. 9. ed. rev. atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 1.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 26. ed. atual. Nagib Slaib Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SIMÃO FILHO, Adalberto. A nova empresarialidade. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo. ano 9, nova série, n. 18, p. 5-46, dez. 2006.

SZTAJN, Rachel. Sobre a desconsideração da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais/Fasc. Civ.**, São Paulo, ano 88, v. 762, p. 81-97, abr. 1999.

SZTAJN, Raquel. **Teoria jurídica da empresa: Atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas. 2004.

TEBET, Ramez. Relatório da comissão de assuntos económicos sobre o PLC n. 71, de 2003 (2004). In MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 343-386.

TIMM, Luciano Benetti. As origens do contrato no novo código civil: Uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual. **Revista dos Tribunais Fasc./Civ.** São Paulo. Ano 95, v. 844, p. 85-95, fev. 2006.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais Fasc./Civ.** São Paulo. Ano 92, v. 810, p. 33-50, abr. 2003.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Ainda sobre a unificação do Direito Privado no Brasil.** Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Unesp. Franca/SP. 2002. Disponível em: <http://www.franca.unesp.br/revista/Ainda%20sobre%20a%20unifica.htm>. Acesso em: 18-mai.-2007.

VALVERDE, Trajano Miranda. **Comentários à lei de falências: (Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945).** 4. ed. rev. e atual. por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense. 2001. v. 1.

WILLIAMSON, Oliver E. Por que Direito, Economia e Organizações? Tradução de Decio Zylbersztajn. In ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Raquel. **Direito & Economia.** Rio de Janeiro: Elsevier Campus. 2005. p.16-59. Título original em inglês: “Why law, economics, and organization?”.

WINTER, Sidney G. On Coase, Competence, and the Coporation. In WILLIAMSON, Oliver E., and WINTER, Sidney G. **The Nature of the Firm. Origins, evolution and, development.** Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 179-195.